

Revista de Derecho
de la
Seguridad Social

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones Laborales

Laborum

Dirección

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Subdirección

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré

Coordinación

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
SHEILA LÓPEZ VICO

Editor

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

Responsable de Indexación

ALEJANDRO MUROS POLO

Revista de Derecho
de la
Seguridad Social

Laborum

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Nº 3 Especial 2023

Homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30.008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo
Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970

Impreso en España - Printed in Spain



Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Gemma Fabregat Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*

Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina San Martín Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costaes Muñiz, *Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María Del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de “recursos humanos”, asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

**RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)**

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
<http://laborum.es/revsegsoc/>

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
<http://www.ejss.eu/>

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
<http://www.sweetandmaxwell.co.uk/>

ERIPS e-Revista Internacional de la Protección Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
<http://institucional.us.es/revistapsocial/>

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
<http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X>

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:

Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
(Universidad de la República/Montevidéo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:



Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

COORDINACIÓN:

Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:

Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*

María Lourdes Arastey Sahun, *Jefa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Francisco Javier Arrieta Idiákez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*

Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*

Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*

Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*

Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*

Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*

María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*

María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral*

Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*

Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*

Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*

Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*

José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*

Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

M^o Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*

María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*

Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*

Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*

Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*

Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*

Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*

Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*
Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.*

Expresidente del Tribunal Constitucional

María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*

Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*

Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*

Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*

Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*

Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*

Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid.*

Exmagistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*

Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Gema Fábregas Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*

Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*

Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*

Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo del Derecho del Trabajo sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de “recursos humanos”, asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Orientación y enfoque metodológico

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del “Derecho vivo” tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho comparado y Derecho extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:



Contenido

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ: UNO DE LOS GRANDES JURISTAS FUNDADORES DEL NUEVO DERECHO SOCIAL DEL TRABAJO DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....19

José Luis Monereo Pérez

- I. La persona y la obra: Fernando Valdés, jurista científico y magistrado.....19
- II. El papel del estado en el sistema español de relaciones laborales.....22
- III. La función de la negociación colectiva: la trayectoria del sistema español de negociación colectiva.....23
- IV. La tutela de los derechos de la persona que trabaja y su garantía multinivel.....26
- V. Los derechos de Seguridad Social y de protección social pública.....31
- VI. Fernando Valdés, magistrado del Tribunal Constitucional: ponencias y votos particulares en las que interviene (selección)38
- VII. Bibliografía45

IN MEMORIAM AL PROFESOR FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ61

Eliás González-Posada Martínez

COMENTARIO AL VOTO PARTICULAR EMITIDO POR DON FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (JUNTO A DOÑA ADELA ASUA BATARRITA) CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 33/2017, DE 1 DE MARZO (BOE DE 7 DE ABRIL), PRONUNCIADA COMO RESPUESTA AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD NÚM.4585-2012, PROMOVIDO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN RELACIÓN CON DIVERSOS ARTÍCULOS DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y MEJORAR LA CALIDAD Y SEGURIDAD DE SUS PRESTACIONES.....63

Joaquín García Murcia

LA EXIGENCIA DEL CÓMPUTO DE UN PERÍODO DE CARENCIA MÁS AMPLIO A LAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL PARA GENERAR LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN (EN TORNO A LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA 72/2013, DE 8 DE ABRIL DE 2013): LOS PRINCIPIOS DEL FIN DE UNA REGULACIÓN YA ELIMINADA.....71

Inmaculada Ballester Pastor

- I. La doctrina de la STC 72/2013: sobre lo perjudicial de las reglas que regulaban el cómputo de la vida laboral en el trabajo a tiempo parcial.....71
- II. Análisis de las posiciones de las partes.....72
- III. La doctrina contenida en la STC 72/2013: La DA 7ª LGSS redactada por RDL 15/1998 no eliminaba sino que reincidía en vicios de inconstitucionalidad74
- IV. Las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de las dos redacciones de la normativa cuestionada: Una necesaria puntualización.....75
- V. La importancia de la doctrina contenida en la STC 61/2013 y el “vacío legal” generado en 201377
- VI. Más allá de la STC 72/2013: El camino recorrido. Una nueva redacción de la norma, su cuestionamiento y, por fin, su eliminación.....77

EXTINCIÓN DE TRABAJADORA EMBARAZADA DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA. NO APLICACIÓN DE LA REGLA DE NULIDAD OBJETIVA EN CASO DE EXTINCIÓN POR DESPIDO. STC 173/2013 DE 10 DE OCTUBRE, Y VOTO PARTICULAR DISCREPANTE DE FERNANDO VALDÉS.....81

Eduardo Rojo Torrecilla

I. Introducción	81
II. Origen del conflicto	81
III. El litigio ante el TC	84
IV. El cambio normativo acaecido con el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo. nulidad objetiva	87
V. Anotación final	88

CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y CARTA SOCIAL EUROPEA: LA CONTRIBUCIÓN DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ AL CUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES89

Luis Jimena Quesada

Carmen Salcedo Beltrán

I. Premisas esenciales: los tratados internacionales, integrados con los pronunciamientos de los órganos de control, como parámetro interpretativo y aplicativo de los poderes públicos	89
II. La carta social europea en el constitucionalismo social de Fernando Valdés Dal-Ré.....	92
III. Reflexiones conclusivas	97

COMENTARIO A LA STC 194/2013, DE 2 DE DICIEMBRE DE 2013.....99

Ignacio García Perrote

I. Los hechos.....	99
II. El recurso de amparo: su carácter mixto.....	99
III. El derecho de acceso a la jurisdicción.....	100
IV. Los votos particulares.....	102

UNA LECCIÓN CON IMPACTO DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ. A PROPÓSITO DE SU ARTÍCULO DE 1976 SOBRE «LAS COMISIONES PARITARIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS».....105

Jesús Martínez Girón

I. La ocasión de la lección.....	105
II. La originalidad de la lección.....	106
III. La metodología de la lección.....	107
IV. La terminología de la lección	107
V. Su vuelta a la temática de la lección, veintisiete años después.....	108

SOBRE EL VOTO PARTICULAR FORMULADO ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA ESTABLECIDO POR EL CONTRATO POR TIEMPO INDEFINIDO DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES: REMISIÓN AL FORMULADO EN LA STC 119/2014, DE 16 DE JULIO: UNA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA IMPECABLE..... 111

María Luisa Molero Marañón

I. La trascendencia de su legado en el tribunal constitucional: la satisfacción de un vínculo académico y personal inquebrantable.....	111
II. Los límites en la configuración jurídica de la extinción contractual por decisión unilateral del empresario: condicionantes constitucionales e internacionales	112
III. La oposición al test de constitucionalidad de la duración del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores realizado por la sentencia de mayoría.....	114

IV. La construcción del juicio constitucional realizado por el magistrado Fernando Valdés: la aplicación del test de proporcionalidad.....	116
V. A modo de conclusión.....	118
SENTENCIA TC 124/2014, DE 21 DE JULIO (BOE N. 198, DE 15 DE AGOSTO). PENSIÓN DE VIUDEDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES	121
<i>Antonio Ojeda Avilés</i>	
I. La importancia del proceso evolutivo en la materia homosexual.....	121
II. El caso del Sr. Mahoney Morton	123
PLENO. SENTENCIA 170/2014, DE 23 DE OCTUBRE (BOE NÚM. 282 DE 21 DE NOVIEMBRE DE 2014) RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 866-2007 INTERPUESTO POR EL GOBIERNO DE LA GENERALITAT DE CATALUÑA EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE ACCESO A LAS PROFESIONES DE ABOGADO Y PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES. COMPETENCIAS SOBRE EDUCACIÓN Y PROFESIONES TITULADAS: INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL QUE ATRIBUYE AL MINISTERIO DE JUSTICIA LA COMPETENCIA PARA EXPEDIR LOS TÍTULOS ACREDITATIVOS DE LA APTITUD PROFESIONAL. VOTO PARTICULAR.....	127
<i>Marina Fernández Ramírez</i>	
I. Precisiones iniciales.....	127
II. Análisis de la sentencia.....	130
III. Relevancia de la sentencia y análisis de la resolución del problema jurídico.....	134
IV. Bibliografía.....	139
EL REPARTO DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE ACREDITACIÓN DE CURSOS DE FORMACIÓN PARA EL ACCESO A LA ABOGACÍA Y A LA PROCURA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: COMENTARIO AL VOTO PARTICULAR DE LA STC 193/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE	141
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
I. Fernando Valdés Dal-Ré: Un ejemplo de jurista crítico para los jóvenes profesores universitarios.....	141
II. Origen y síntesis del conflicto de competencias autonómico.....	143
III. Comentario al voto particular de la STC 193/2014, de 20 de noviembre.....	145
IV. A modo de cierre: ¿Qué hay de nuevo en la Ley 15/2021 y el Real Decreto 64/2023?.....	146
V. Bibliografía final.....	148
PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE NORMAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS. (STC 196/2014, 4 DE DICIEMBRE DE 2014)	149
<i>Sheila López Vico</i>	
I. Planteamiento general: Breve referencia al marco socio-económico y político existente en el momento de promulgación de las normas controvertidas.....	149
II. Comentario a la Sentencia 196/2014, 4 de diciembre de 2014.....	151
III. Conclusiones.....	155
IV. Bibliografía.....	156

LA DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA NORMA ESTATAL Y LA AUTONÓMICA EN ORDEN A LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD159

Laurentino Javier Dueñas Herrero

- I. El derecho a la salud y las prestaciones sanitarias159
- II. Recorrido por la Sentencia 211/2014, de 18 de diciembre de 2014 (BOE 03/02/2015)160
- III. Conclusión: Las razones del voto particular164

LA CONCEPCIÓN DE FERNANDO VALDÉS DAL-RE SOBRE EL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD, LA FUERZA VINCULANTE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS, EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN SU VERTIENTE INDIVIDUAL Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS DESPIDOS SIN JUSTA CAUSA. A PROPÓSITO DE SU VOTO PARTICULAR A LA STC 8/2015 SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA LABORAL DE 2012169

María Nieves Moreno Vida

- I. Antecedentes de la decisión constitucional sobre la reforma laboral de 2012 y discrepancias metodológicas y materiales planteadas en el Voto Particular de Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015169
- II. La concepción de Fernando Valdés sobre el canon de constitucionalidad: Su crítica al canon de constitucionalidad utilizado en la STC 8/2015 para el examen de la reforma laboral de 2012171
- III. La concepción de Fernando Valdés Dal-Ré sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos, el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente individual y la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa. A propósito de su Voto Particular a la STC 8/2015 sobre la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012.....175

EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO FERNANDO VÁLDES DAL-RÉ EN EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 35 DE 2015, SOBRE EL DESPIDO EN LA REFORMA LABORAL DE 2012. UNA APROXIMACIÓN TAXONÓMICA.....181

Alberto Arufe Varela

- I. Planteamiento, con recuerdo personal181
- II. Un voto particular acompañado182
- III. Un voto particular discrepante en sentido estricto, frente a la opinión mayoritaria ajena184
- IV. Un voto particular (aparentemente) breve185
- V. Un voto particular previsible.....186

COMENTARIOALVOTOPARTICULARFORMULADOPORELMAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DON FENANDO VALDÉS DAL-RÉ A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2015, DE 8 DE JUNIO189

Andrés Ramón Trillo García

- I. Antecedentes de hecho189
- II. La norma cuestionada190
- III. La duda y las razones de la duda de la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos190
- IV. El sentido de la sentencia dictada por la mayoría del Tribunal Constitucional191
- V. El voto particular emitido por el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re192

**COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
134/2015, DE 8 DE JUNIO, Y 49/2015, DE 8 DE MARZO.....199**

Antonio Martín Valverde

**LA CUESTIONABLE INSTITUCIONALIZACIÓN CONSTITUCIONAL
DE JUICIOS DE VALOR SOBRE EL ALCANCE DE LA OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA SANITARIA.....209**

Jorge Torrents Margalef

- I. La actualidad del problemático alcance de la objeción de conciencia sanitaria209
- II. La intervención del Tribunal Constitucional en la determinación del derecho a la objeción de conciencia sanitaria 214
- III. La virtual permanencia de consecuencias 219

**LOS LÍMITES DE DERECHO NECESARIO COMO LEGISLACIÓN BÁSICA
EN MATERIA DE EMPLEO PÚBLICO Y LOS MÁRGENES DE ACTUACIÓN
DE LAS CC.AA. A PROPÓSITO DE LA STC 9/2016, DE 21 DE ENERO (BOE
NÚM. 45 DE 22 DE FEBRERO DE 2016).....221**

Francisco Vila Tierno

- I. Contextualización.....221
- II. La legislación básica y el margen de las cc.aa. en el régimen jurídico de los funcionarios públicos 223
- III. El voto particular como manifestación en favor de la garantía de derechos para los empleados públicos. Una posición frente a políticas de austeridad o al derecho de la crisis..... 225
- IV. Bibliografía citada 227

**VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO FERNANDO
VALDÉS DAL-RÉ A LA STC 64/2016, DE 11 DE ABRIL: EJEMPLO DE SU RIGOR
JURÍDICO Y DE SU IMPRONTA EN LA CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....229**

Ana Murcia Clavería

- I. Preliminares sobre el interés doctrinal de esta sentencia 229
- II. Antecedentes de hecho y fundamentación del recurso de amparo que da lugar a la sentencia de la que disiente el VP 231
- III. Fundamentación y fallo de la STC 64/2016: El crédito horario forma parte del contenido adicional de la libertad sindical 232
- IV. Voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhiere la magistrada adela asúa batarria. el litigio no afecta al contenido adicional del derecho a la libertad sindical (crédito horario) sino a su contenido esencial: reconocimiento de la condición representativa que permite realizar actividad sindical 234
- V. Bibliografía 235

**EL JUEGO DE LOS CONTENIDOS ESENCIAL Y ADICIONAL DE LA
LIBERTAD SINDICAL. (SOBRE LA PERVIVENCIA DE LA CONDICIÓN
DE REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE CIERRE
DEL CENTRO PARA EL QUE FUERON ELEGIDOS Y TRASLADO DE SU
ACTIVIDAD A OTRO DE LA MISMA EMPRESA).....237**

Manuel Carlos Palomeque López

- I. De ponente y redactor del parecer de la sala, rechazado el suyo por la mayoría de magistrados que la componen, a disidente de “su” propia sentencia 237
- II. La cuestión litigiosa y la dimensión constitucional novedosa del asunto controvertido 238

III. La doctrina fijada por la sentencia constitucional	239
IV. La opinión discrepante del magistrado Valdés Dal-Ré y su voto particular	240

LA JORNADA LABORAL MÍNIMA EN EL SECTOR PÚBLICO. VOTO PARTICULAR A LA STC 99/2016.....243

Juan Antonio Maldonado Molina

I. La Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2016	243
II. El voto particular	244
III. Conclusiones	246

LÍMITES MATERIALES DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS; Y SOBRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO. (COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 135/2016, DE 18 DE JULIO. PONENTE, MAGISTRADO DON FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ).....247

María Emilia Casas Baamonde

I. Introducción	247
II. El proceso <i>a quo</i> y el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; requisitos formales y juicio de relevancia.....	248
III. Las dudas de inconstitucionalidad del órgano judicial: derechos a la tutela judicial efectiva en su dimensión de garantía de indemnidad y a la legalidad sancionadora en su vertiente de <i>ne bis in idem</i> , principios de seguridad jurídica y de orientación del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad a la reeducación y reinserción social efectivas, derecho a la igualdad normativa, ¿y a la no discriminación?.....	250
IV. Límites materiales de las leyes de presupuestos; la STC 135/2016 y la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.....	252
V. Sobre la cuestión de los límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos y los criterios aplicables para delimitar el ámbito propio de este tipo de leyes.....	254
VI. Sobre la regulación vigente el régimen de protección por desempleo de los liberados de prisión condenados por delitos de terrorismo.....	255

EL (IN)CONSTITUCIONAL ESPACIO MENGUANTE DEL DERECHO A LA SALUD (COMENTARIO AL VOTO PARTICULAR DE LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO).....257

Juan José Fernández Domínguez

I. Proscenio	257
II. Sobre la concurrencia de la existencia de extraordinaria y urgente necesidad y su justificación en el caso concreto	257
III. De la afectación a los derechos fundamentales: El derecho a la salud y la conexión instrumental con el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona	260
IV. La falta de proporcionalidad entre la finalidad pretendida y las medidas adoptadas. La exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito a la atención sanitaria pública	263
V. Bibliografía	265

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 48.K) DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO MODIFICADO POR EL RD-LEY 20/2012.....269

Ángel Luis de Val Tena

- I. El RD-LEY 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad: contexto y texto269
- II. El recurso de inconstitucionalidad presentado por el consejo de gobierno del País Vasco270
- III. La STC 119/2016, de 23 de junio de 2016.....272
- IV. El voto particular discrepante274

EL ACCESO A LA SUPPLICACIÓN ESTANDO EN JUEGO DERECHOS FUNDAMENTALES.....279

Antonio V. Sempere Navarro

- I. Introducción279
- II. Centralidad del recurso de suplicación280
- III. Identificación de la resolución examinada280
- IV. Antecedentes relevantes.....281
- V. Entramado normativo.....282
- VI. Doctrina del auto recurrido282
- VII. Tutela judicial y acceso al recurso282
- VIII. Sintonía con la jurisprudencia ordinaria.....285
- IX. Censura de la interpretación restrictiva.....285
- X. Apuntes adicionales286

EMPLEO PÚBLICO, COMPETENCIA ESTATAL Y TIEMPO DE TRABAJO. COMENTARIO AL VOTO PARTICULAR (STC 158/2016, DE 22 DE SEPTIEMBRE Y STC 99/2016, DE 25 DE MAYO)289

Juan García Blasco

- I. Objeto del recurso de inconstitucionalidad y fijación de una jornada mínima en el empleo público289
- II. La doctrina constitucional en la STC 99/2016289
- III. Los fundamentos discrepantes del voto particular293

A VUELTAS CON LA CONSTITUCIONALIDAD DEL SILENCIO NEGATIVO: CONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL AUTONÓMICO QUE ESTABLECE LA REGLA DEL SILENCIO NEGATIVO PARA DETERMINADOS RECURSOS PLANTEADOS EN MATERIA DE PERSONAL POR LOS PROFESIONALES DEL SERVICIO GALLEGO DE SALUD295

Juan Carlos García Quiñones

- I. Introducción295
- II. Desestimación de la inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por vulneración del artículo 43.1 de la LPC, dictado por el estado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE297
- III. Desestimación de la inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por vulneración del artículo 149.1.1 de la CE298
- IV. Desestimación de la vulneración del artículo 9.3 de la CE en relación con el artículo 14 de la CE299
- V. Valoración conclusiva300
- VI. Bibliografía301

EL REFUERZO CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS303

Jesús Lahera Forteza

I. Fernando Valdés Dal-Ré, maestro y gran amigo.....	303
II. La prohibición legal de sustitución de huelguistas.....	303
III. Doctrina constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas.....	304
IV. El supuesto de la STC 17/2017: La sustitución tecnológica de trabajadores en huelga.....	304
V. El refuerzo constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas en el voto particular de Fernando Valdés.....	305
VI. La reconstrucción constitucional de la sustitución tecnológica de huelguistas y ¿la huelga de robots?.....	306

COMENTARIO A LA SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 134/2017, DE 16 DE NOVIEMBRE309

Olimpia Molina Hermosilla

I. Una cuestión preliminar: configuración jurídica del derecho a la asistencia sanitaria como derecho social básico de las personas.....	309
II. La visión del intérprete constitucional a raíz de su Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre....	311
III. Análisis de los importantes votos particulares discrepantes.....	312
IV. A modo de conclusiones finales.....	314

STC 142/2017, DE 12 DE DICIEMBRE: SOBRE LA REGULACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO DEL PERSONAL EMPLEADO PÚBLICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (VOTO PARTICULAR).....317

Miguel Ángel Almendros González

I. El fallo de la STC 142/2017: Inconstitucionalidad y nulidad de la normativa autonómica reguladora de la jornada de trabajo.....	317
II. El voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré: la no consideración de la LPGE 2012 y del Real Decreto-Ley 14/2012 como normas básicas del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex art. 148.1.18 y 30 CE.....	320
III. Epílogo.....	322

STC 145/2017, DE 14 DE DICIEMBRE (BOE NÚM. 15, DE 17 DE ENERO 2018) TIPO DE PROCESO RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD 6022-2015: LA UNIVERSALIDAD DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN TELA DE JUICIO325

Belén del Mar López Insua

I. La lucha incansable por el derecho y por la justicia: recordando a Fernando Valdés Dal-Ré.....	325
II. La protección universal de la salud como derecho humano fundamental.....	326

LA FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO (COMENTARIO A LA SENTENCIA 71/2018, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)335

Luis Enrique de la Villa Gil

I. El conflicto positivo de competencia.....	335
II. Los hechos y los argumentos que soportan la demanda.....	335
III. La oposición de la abogacía del estado.....	337
IV. Los fundamentos jurídicos de la sentencia.....	338
V. El fallo.....	342
VI. Comentario final.....	343

SOBRE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE JORNADA DE TRABAJO DE SUS EMPLEADOS PÚBLICOS (A PROPÓSITO DE LA STC 78/2018, DE 5 DE JULIO).....345

Javier Gárate Castro

EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE CONVENCIONALIDAD (STC 140/2018, 20 DE DICIEMBRE).....351

Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer

DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES AL FONDO: CONDENA PENAL CON AGRAVACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS (NOTAS A LA STC 73/2019, DE 20 DE MAYO)361

Jesús R. Mercader Uguina

- I. Los hechos del caso.....361
- II. Los pronunciamientos previos del juzgado de lo penal y la audiencia provincial362
- III. Contenido de la demanda de amparo364
- IV. La respuesta del Tribunal Constitucional: la STC 73/2019.....365

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 105/22019, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019. RECURSO DE AMPARO 2925/2018 369

Tomás Sala Franco

LA PERPLEJIDAD Y PREOCUPACIÓN DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ POR LA REVERSIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES (SU VOTO PARTICULAR ANTE LA SUSPENSIÓN DE LA ACTUALIZACIÓN DE LAS PENSIONES PARA 2013 LLEVADA A CABO POR EL RD-LEY 28/2012)379

Guillermo Rodríguez Iniesta

- I. Origen del voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré379
- II. Las razones invocadas por los recurrentes para utilizar la vía del recurso de inconstitucionalidad.....380
- III. Los fundamentos jurídicos del Pleno del Tribunal Constitucional.....381
- IV. El voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré383
- V. Una f.....386

DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL MARCO DE LA GESTIÓN DE AYUDAS ECONÓMICAS DEL SISTEMA NACIONAL DE GARANTÍA JUVENIL. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2019, DE 13 DE NOVIEMBRE389

Susana Rodríguez Escanciano

- I. Reflexiones sobre el reparto constitucional de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en Materia Laboral y de Seguridad Social.....389
- II. El supuesto enjuiciado392
- III. Doctrina sentada394
- IV. Contenido del fallo397
- V. Apunte final.....397

LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL SINDICATO PARA INTERVENIR EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN DEFENSA DEL INTERÉS COLECTIVO. COMENTARIO A LA STC 89/2020, DE 20 DE JULIO; RECURSO DE AMPARO 505/2019 BOE NÚM. 220, 15 DE AGOSTO DE 2020399

Faustino Cavas Martínez

I. Planteamiento.....	399
II. Claves del litigio y del recurso de amparo.....	400
III. El proceso como medio o instrumento de acción sindical	401
IV. El interés legítimo del sindicato en los conflictos suscitados en el orden judicial contencioso-administrativo: Doctrina de la STC 89/2020.....	402
V. Valoración final	406
VI. Bibliografía citada.....	406


LIMITACIÓN DE DERECHOS EN LA CRISIS ECONÓMICA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. (VOTO PARTICULAR A LA STC 8/2015).....407

Joaquín Aparicio y Antonio Baylos

Fernando Valdés Dal-Ré: uno de los grandes juristas fundadores del nuevo derecho social del trabajo de la democracia constitucional

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario “José Vida Soria”
Universidad de Granada

Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

“No hay ninguna posibilidad de satisfacer en un pueblo la necesidad de verdad si no se puede encontrar a este efecto hombres que amen la verdad”

SIMONE WEIL¹

I. LA PERSONA Y LA OBRA: FERNANDO VALDÉS, JURISTA CIENTÍFICO Y MAGISTRADO

Fernando Valdés Dal-Ré (22 de abril de 1945-9 de marzo de 2023) ha sido uno de los grandes juristas y iuslaboralistas de la fase de “consolidación” de nuestra disciplina. Tuvo un papel muy relevante en la edificación del nuevo Derecho del Trabajo de la democracia constitucional, que atendiendo al garantismo jurídico dejó atrás el Derecho del Trabajo autoritario de la Dictadura del General Franco. Un proceso reconstrucción que, como se sabe, se iniciaría a partir de la Constitución de 1978. Pero esta Norma Fundamental exigiría, por su propia lógica interna, de un amplísimo desarrollo garantista de las previsiones constitucionales. Fernando Valdés fue un iuslaboralista de enorme prestigio y reconocimiento a nivel internacional (especialmente en Europa y en Latinoamérica). Lo corrobora su presencia como Conferenciante y Ponente en importantes Congresos Internacionales y la dirección y participación en monografías y artículos de Derecho Internacional y Comparado.

Fernando Valdés obtuvo la condición de doctor en el año 1973, y fue catedrático de nuestra disciplina en la Universidad de Valladolid (1981). Fue también Inspector de Trabajo y Seguridad Social y Procurador en las Cortes de Castilla y León por Valladolid (21 de mayo de 1983-febrero de 1984). En 1991 obtendría la consideración de catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid; y que pronto compatibilizaría con el cargo de Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (1993-1996) y miembro del Consejo Económico y Social de España (2005-2012). En ambos organismo institucionales de concertación y diálogo social Valdés Dal-Ré llevó a cabo una extraordinaria labor para afrontar los procesos de transición del sistema de relaciones laborales de la dictadura franquista, la racionalización del sistema de negociación colectivas en España y la elaboración de estudios rigurosos sobre la política socio-económica, el mercado de trabajo, el sistema de relaciones laborales y las cuestiones sociales del momento histórico (no sólo en el marco de las relaciones laborales, sino también de la multiplicidad de sistemas de protección social pública, como la protección de la pobreza y la exclusión social, y los instrumentos de aseguramiento social a través de la Seguridad Social).

¹ WEIL, S.: *Raíces del existir. Preludio de una declaración de deberes hacia el ser humano*, trad. y Prólogo de M. E. VALENTÍE, revisión, edición y estudio preliminar, “Filosofía social y del Trabajo y crítica política en Simone Weil” (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, p. 31.

Su producción científica comenzó a crecer cualitativamente, siempre dentro de su compromiso con el Derecho del Trabajo del Estado Social de Derecho. Así sus trabajos sobre la democracia industrial (en el libro homenaje a su Maestro Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, 1981), y la obra excelente y pionera sobre la *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos* (Civitas, 1982)², realizada en coautoría con Matía Prim, Sala Franco y Vida Soria, que constituye una de las referencias permanentes no sólo sobre estas materias, sino, más amplia, sobre los derechos fundamentales, su contenido esencial y sus garantías.

Conviene destacar, igualmente, la actualización del histórico *Manual de Derecho del Trabajo*, de Gaspar Bayón Chacón y Eugenio Pérez Botija³ (Gaspar Bayón Chacón fue su reconocido Maestro, se insiste aquí, el cual, a su vez, fue discípulo de Adolfo G. Posada⁴). Una labor que lamentablemente no tendría continuidad en otras ediciones. Se trataba típicamente, en ese momento, de un “Manual de Escuela” científico-académica. Cuyo contenido en gran medida persistió en la obra de Fernando Valdés, dentro de una evolución que se vio enriquecida con otras Escuelas y corrientes de pensamiento jurídico.

También asumió el cargo de Director de Servicio Jurídico del Estado y Consejero de Estado de 1986 a 1990, interviniendo en el proceso político. En ese contexto se llevaría a cabo, con su directa implicación, una reforma trascendental la legislación reguladora de la jurisdicción social (refleja también la publicación de libros de gran calidad que dan cuenta de la entidad de ese cambio). En 1989 fue el Presidente de la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Aparte de Presidir la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y ser Experto gubernamental del CES, intervino como experto en los procesos reformistas bajo los gobiernos del Partido Socialista Obrero Español (señaladamente, las reformas laborales de 1994 y 2006 y asimismo la reforma del trabajo autónomo de 2008 (que incluiría la controvertida figura del Trabajador Autónomo Independiente, TRADE). En este plano de intervención institucional y política cabe destacar igualmente que fue director del Departamento de relaciones laborales del Instituto Complutense de Estudios Internacionales (2000-2012), realizando una intensa actividad en el estudio de las relaciones internacionales y especialmente del Derecho Social de la Unión Europea. Asimismo tuvo una actividad de colaboración permanente, institucional y de asesoramiento, con la Unión General de Trabajadores.

Mostrando su condición de operador jurídico integral, cabe señalar que fue Magistrado del Tribunal Constitucional (20 de julio de 2012-14 de octubre de 2020), influyendo de desde esa posición en la elaboración del Derecho Social de la democracia constitucional. Valdés Dal-Ré ya ostentaba un gran prestigio en el estudio de la dimensión y bases constitucionales del ordenamiento laboral. Era lógico y coherente que dado su prestigio pudiera culminar su carrera profesional asumiendo esa condición de Magistrado del Alto Tribunal de nuestro país. En la justicia constitucional son extraordinariamente relevantes las aportaciones relativas a la defensa y garantía de los derechos fundamentales en general, y en el marco de las relaciones de trabajo en particular en su condición de ponente; como también ha sido significativa la lucha por la interpretación constitucional, cuestión siempre objeto de controversia jurídica, señaladamente a través de los “votos particulares” disidentes,

² MATÍA PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos. Régimen jurídico según la sentencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982.

³ BAYÓN CHACÓN, G.-PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 2 Volúmenes, Duodécima Edición revisada y puesta al día por Fernando Valdés Dal-Ré (Profesor Agregado de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valladolid), Madrid, Marcial Pons-Libros Jurídicos, 1978-1979.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma Social en España: Adolfo Posada*, Prólogo de Fernando Valdés Dal-Ré (pp. 11-25), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Adolfo González Posada (1860-1944)”, en *Revista De Derecho De La Seguridad Social*, Laborum, 2, 2015. <https://revista.laborum.es/index.php/revsegosoc/article/view/32>

que muchos reconocerán que superaban técnicamente a la interpretación mayoritaria reflejada en la sentencia del Alto Tribunal que recogía la opinión mayoritaria. En el contexto de esta experiencia —y evidenciando las posibles conexiones entre la teoría científica y la praxis judicial— intensificaría su dedicación al estudio de los derechos fundamentales. Es en esta perspectiva donde hay que destacar la importante e influyente obra sobre *“El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales: luces y sombras”* (Albacete, Bomarzo, 2016).

A todo ello se une la labor realizada el frente a la prestigiosa revista *Relaciones Laborales*, dirigida junto con Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde; y más adelante, con la innovadora revista *Derecho de la Relaciones Laborales*, dirigida también junto con Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Baamonde. En estas revistas publicaría editoriales de enorme interés y actuales, de Derecho vivo, por así decir. Esto le permitió incidir de manera determinante en los grandes debates doctrinales y jurisprudencias mantenidos en décadas en una disciplina, como es la del Derecho Social, extraordinariamente cambiante y en permanente proceso de modernización, respuesta a los desafíos y adaptación crítica los cambios coyunturales y estructuras en curso.

La labor realizada culminaría con el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional en una época ciertamente difícil fuera y dentro del propio Alto Tribunal. Sin embargo, deben destacarse las Sentencias en las que fue ponente, y en no menor medida sus importantes “votos particulares” discrepantes y un elevado nivel técnico jurídico.

Su producción intelectual es inmensa (hoy puede acudirse Dialnet y otras bases de datos bibliográficos para corroborarlo), y se despliega en todos los ámbitos de la literatura jurídico social, destacando sus brillantes aportaciones en materia de Derecho Sindical y de derechos fundamentales en el sentido amplio de esta expresión (esto es, en el sentido que le otorgan instrumentos internacionales como, paradigmáticamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con rango de Tratado de la Unión ex art. 6.1 del TUE, o nuestra Constitución en la rúbrica del Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, comenzando por el mismo art. 10, apartados 1 y 2, con independencia de su jerarquización interna a efectivos de su diferenciación en orden de sus garantías específicas más o menos reforzadas).

Como se verá después, sus aportaciones en materia de Derecho sindical se han centrado fundamentalmente en la negociación colectiva, diálogo social y participación e implicación de los trabajadores en la empresa. Podría destacarse, no sólo trabajos de investigación individuales, sino también obras colectivas por él dirigidas o coordinadas que fueron muy relevantes en su época, tal es el caso de los libros *“Sindicalismo y cambios sociales”* (Madrid, CES, 1994, aportaciones de Derecho comparado y extranjero); la *“Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea”* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, 769 pp.). Sus aportaciones más relevantes, en términos de conjunto, se recogen en la recopilación sistematizada, *“La negociación colectiva, entre tradición y renovación”* (Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, 2012, 465 pp., que también incluye contribuciones en materia de huelga y conflictos colectivos de trabajo); en la obra en coautoría, ya citada, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos* (Civitas, 1982); *“Lecturas de derecho laboral español e italiano”* (Fernando Valdés Dal-RÉ, F. y Perulli, A. (Dirs), García Quiñones, J.C. y Brino, V. (Coords), Valencia, Tirant lo Blanch, G. Giappichelli Editore, 2019).

Pero, se insiste, en el hecho verificable de que la tarea investigadora de Fernando Valdés se proyecta en todos los ámbitos fundamentales de nuestra disciplina (Derecho de la Unión Europea, fuentes del Derecho, libertad sindical, representación, participación e implicación de los trabajadores en la empresa, negociación colectiva, cooperativas, cambio de titularidad de la empresa, contratación laboral, modificaciones de condiciones de trabajo, despidos individuales y colectivos, etcétera.

Debe destacarse que en todo este quehacer se refleja un rasgo existencial que se corresponde con el *jurista crítico del trabajo*, comprometido con los principios y valores supremos establecidos en las normas constitucionales y en los textos internacionales análogos de valor constitucional. Por ello mismo, no debe de extrañar que ese compromiso se reflejara en su actividad científica (el énfasis en la visión crítica, reflexiva, de las reformas laborales, algunas de ellas regresivas o sencillamente neoliberales que se había aprobado, por ejemplo, en el año 2012), en su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional (tanto como Ponente como en su excelentes “votos particulares” disidentes). Ello refleja el rol del jurista en el Estado Constitucional, que transita desde una pretendida neutralidad al compromiso activo, y la consiguiente superación del formalismo jurídico de la tradición del positivismo legalista (el cual proyecta una imagen de un jurista neutral y aséptico); superación de la neutralidad formalista por un juez que no retrocede ante los valores, pero que no debe implicar la supresión de la imparcialidad respecto a los intereses en juego. Y que se corresponde con la dirección del garantismo más avanzado y solvente al estilo de pensamiento. Un jurista crítico del trabajo especialmente a las transformaciones y mutaciones históricas y su impacto en el sistema de fuentes y en las instituciones del Derecho del Trabajo⁵.

Ese compromiso del jurista del trabajo del Estado Social de Derecho le permitió impulsar un conjunto importante de iniciativas al asumir la presidencia de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en los años 2008-2012.

Con este bagaje no es de extrañar que Fernando Valdés Dal-Ré haya dejado una huella imborrable en sus discípulos, muchos de ellos (mayores y jóvenes) ya catedráticos relevantes y de reconocida valía.

Con todo, Fernando Valdés ha tenido un importante papel en la evolución del pensamiento iuslaboralista español, europeo y latinoamericano, donde, por cierto, ha dejado una huella imborrable.

II. EL PAPEL DEL ESTADO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES

En la forma política del Estado Social de Derecho no puede sino afirmarse el lugar preferente de la legislación estatal. Esa centralidad viene establecida en el propio texto constitucional, y se consolida en el desarrollo de las previsiones constitucionales, comenzando con la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al que le sigue una miríada o pléyade de leyes tan importantes como la Ley de Procedimiento Laboral, La Ley Orgánica de Libertad Sindical, etcétera. Estas normas tratan de instaurar un nuevo modelo democrático de relaciones laborales configurando un sistema jurídico laboral que da cuenta de los cambios en el ordenamiento político y jurídico de nuestro país. Destaca que el sistema español de relaciones laborales se ha construido y desarrollado históricamente en torno a tres elementos esenciales: la configuración de la norma estatal como cauce preferente de regulación del trabajo por cuenta ajena y subordinado; el análisis, tratamiento y solución de los problemas laborales desde las perspectivas eminentemente jurídicas y una concepción y práctica individualista de las relaciones laborales, en la que el centro de gravedad gira en derredor de la relación individual entre trabajador y empresario. Con la precisión de que cada uno de estos elementos ha ido segregando una constelación de consecuencias conformadoras para el sistema en su conjunto⁶.

La función básica del Estado en las relaciones laborales es la protección del contratante más débil, garantizando sus derechos en el ámbito laboral y limitando los poderes del empleador. Es una protección que se manifiesta en la tutela del mercado y del contrato, pero que también se extiende a las relaciones colectivas. Entre las técnicas e instrumentos se encuentra “frente a la autonomía

⁵ Paradigmáticamente: “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, en *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2005, pp. 37-54.

⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después”, en RUESGA BENITO, S.M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J.M. (Coors): *Transformaciones laborales en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 87-103.

colectiva, los que derivan de la inserción del convenio colectivo en el sistema formal de fuentes del Estado...básica”⁷. Este es un modelo de intervención plenamente compatibles con nuestra Constitución (artículos 9.2, 35, 37, 38, 40, etcétera. Sin embargo, la Constitución reserva en favor de la autonomía colectiva una función normativa de segundo grado. En esta perspectiva, el Estatuto de los Trabajadores es conforme con las características típicas del modelo clásico de intervención del Estado en las relaciones laborales. Posteriores reformas legislativas han llevado a cabo medidas flexibilizadoras/liberalizadoras del sistema de relaciones laborales en una dirección menos garantista. Ello ha conducido a una diversificación del marco regulador de las relaciones laborales y diferenciación de tipos contractuales⁸.

Pese a todo, cabe decir que el transcurso del tiempo ha venido a acrecer y realzar la significación del ET, que en el presente puede calificarse como estratégica en el doble plano político y jurídico. No sólo se ha afianzado el papel del intervencionismo público, sino que también el ET ha contribuido a la afirmación consolidación del valor de la autonomía colectiva, entendida la noción no en su sentido más estricto, como equivalencia a poder normativo autónomo, sino también en el más amplio de método de ordenación y gobierno del sistema español de relaciones laborales. Todo ello sin desconocer que el ET de los trabajadores se ha mantenido en su vigencia efectiva gracias a los procesos de reforma y a la interpretación de los jueces y tribunales; y de manera destacada la labor del Tribunal Constitucional ha otorgado una dimensión constitucionales al ET y la garantía de los derechos fundamentales laborales de la persona del trabajador⁹. Pero es éste un instrumento jurídico central en el modelo de relaciones laborales necesitado de una revisión completa de carácter estructural para responder a las nuevas realidades del trabajo en la empresa contemporánea.

III. LA FUNCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA TRAYECTORIA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Fernando Valdés había defendido el carácter transaccional y de compromiso del Derecho del Trabajo y, por decirlo, con Otto Kahn-Freund, que este sector del ordenamiento jurídico tenía como una de sus funciones principales el establecer un equilibrio en las relaciones de poder a través de la garantía del derecho a la negociación colectiva elevada a institución central del sistema de relaciones laborales. Se puede así comprender y explicar la dedicación extraordinaria en su quehacer de Fernando Valdés a esta institución. Publicó numerosos trabajos, alguna monografía propia y dirigió y coordinó numerosos libros en esta importante materia, siendo, sin la menor duda uno de los más grandes especialistas al respecto, por más que esta materia, por su misma complejidad, es en sí misma controvertida y se ofrece a legítimas discrepancias doctrinales en las que Valdés siempre intervino con agudeza. Subrayó que la negociación colectiva enlazaba con el pluralismo jurídico y la democracia en el sistema de relaciones laborales y en la empresa y también con el diálogo y la concertación social en la lógica de intercambio político propia de un sistema de democracia avanzada en el sentido amparado en nuestra Norma Fundamental.

Según Fernando Valdés la fórmula de reconocimiento constitucional de la negociación colectiva (art. 37.1 CE), ésta es un derecho dotado de sustantividad propia “y no sólo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asiste a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios”. Se configuraría como un derecho de ciudadanía protegido en los términos del art. 53.1 CE. Por lo demás, cuando

⁷ Nótese que Valdés matizaría esa afirmación con su teoría de “eficacia real” del convenio en su interpretación del art. 37.1 CE.

⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después”, en RUESGA BENITO, S.M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J.M. (Coors): *Transformaciones laborales en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pp. 87-103, en particular pp. 91 y ss.

⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Pequeña historia de una gran Ley: En el XXV aniversario del Estatuto de los Trabajadores”, en *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2005, pp. 1-14,

se emprende y ejerce por las organizaciones sindicales, se integra en el contenido esencial de la libertad sindical y, bajo la condición de derecho iusfundamental, quedando entonces protegido por los privilegiados remedios jurisprudenciales que la Constitución reserva a los derechos fundamentales en sentido querido por la Constitución (art. 53.2 CE)¹⁰. La Constitución impone al legislador la garantía del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos como refuerzo de la efectividad del ejercicio del derecho de libertad colectiva (STC 2008/1993, de 28 de junio, FJ. 53.1 CE).

Una de las cuestiones que centró una particular atención fue la controvertida cuestión del sentido y alcance técnico jurídico de la garantía constitucional de la eficacia jurídica de los convenios colectivos. Una cuestión ciertamente importante en el proceso de juridificación del convenio colectivo como expresión formal del poder sustancialmente creador atribuido la autonomía colectiva negocial constituida por los grupos representativos de intereses organizados en el mundo del trabajo. Como se sabe, en la doctrina española el problema de la eficacia jurídica del convenio colectivo no es un debate doctrinal cerrado, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución y su parcial desarrollo normativo en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Fernando Valdés mantuvo en un primer momento que la Constitución garantizaba la fuerza normativa del convenio colectivo como expresión jurídico formal de la autonomía colectiva: nuestra Constitución ex art. 37.1 venía a garantizar la eficacia normativa y la eficacia automática e inderogable de los convenios colectivos; pero indicando que la interconexión entre fórmula constitucional y desarrollo legal a través del Estatuto de los Trabajadores suscitaba relevantes interrogantes y problemas interpretativos¹¹. Esta posición originaria es sustancialmente matizada posteriormente a través de la construcción de la teoría de la “eficacia real” (que entronca directamente con la concepción histórica de Messina¹²). Para Fernando Valdés —coincidiendo en este punto con Rodríguez-Piñero— la negociación colectiva es un derecho de libertad y una “garantía institucional” ex art. 37.1 CE. Como “garantía institucional” exige del legislador de desarrollo de las previsiones y mandatos constitucionales una intervención que asegure la Constitución ha estimado necesaria para el establecimiento y apoyo de esa libertad y, por ello, al servicio de la misma. En opinión de Valdés el convenio colectivo no puede ser configurado como una norma, como fuente formal del Derecho. Por el contrario: “el entendimiento de la garantía del derecho a la negociación colectiva como expresa consagración por el art. 37.1 CE de un ámbito de libertad contractual reconocido a los grupos sociales organizados con vistas a autorreglamentar sus intereses recíprocos desvincula naturaleza y fuerza vinculante del convenio colectivo... Con buen criterio, a mi juicio, nuestro texto constitucional recupera para el convenio colectivo su genuina y originaria condición de contrato, de acuerdo nacido de la autonomía privada colectiva que encuentra en el conflicto social por excelencia su natural espacio de desarrollo”. De manera que el “el contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones del convenio colectivo destinadas a regular los contratos de trabajo una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual; le asegura, en su, una eficacia real y no meramente obligacional. Es aquella la “eficacia real”, y no ésta, la eficacia obligacional, la única eficacia que, sin desnaturalizar ni desvirtuar la figura del convenio colectivo como un acuerdo de voluntades, como un negocio jurídico contractual nacido del poder de autonormación social, le garantiza el cumplimiento de su función

¹⁰ “La confrontación entre los modelos constitucional y legal”, en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 43 y ss.

¹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatuarios*, Madrid, ACARL, 1988, pp. 69-78; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La negociación colectiva en la Constitución”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, 469-498, en particular pp. 497-498.

¹² MESSINA, G.: “I concordati di tariffe nell’ordinamento giuridico del lavoro”, en *Riv. Dir. Comm.*, 1904, I, pp. 458 y ss., recogida después en MESSINA, G.: *Scritti giuridici*, IV. *Scritti di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1948, pp. 3 y ss.

típica. Mediante la protección de su *fuerza vinculante, entendida como eficacia real*, el art. 37.1 CE no otro objetivo hace, así pues, que tutelar constitucionalmente la propia causa del convenio colectivo. El reconocimiento de la eficacia automática e imperativa del convenio colma el contenido esencial de la garantía constitucional¹³.

Respeto al desarrollo de las previsiones constitucionales entiende que la doctrina científica española mayoritaria sostiene que el ET sólo se aplica a un tipo concreto y definido de convenio colectivo, cual es el regulador por la propia ley. La garantía constitucional de la fuerza vinculante no alcanza, pues, a todas las convenciones colectivas de trabajo, sino exclusivamente a una especie muy singular: el convenio colectivo de eficacia general. De dicha garantía quedan excluidos, por tanto y de un lado, los convenios de eficacia limitada y, de otro, las convenciones colectivas que, aun desplegando una eficacia general, no son convenios colectivos o no han sido legalmente asimilados a ellos (art. 83.3 ET). Y, sin embargo, añade, la afirmación de que el ET mira en exclusiva a los convenios de eficacia general no es ni clara ni evidente. Y de semejante falta de claridad y evidencia adolecen, a su juicio, las tesis que privan a los convenios colectivos de eficacia limitada o a los acuerdos colectivos no asimilados a convenios de eficacia general de la fuerza vinculante que, en virtud del mandato constitucionalmente recibido, garantiza el ET. Concluye, que la construcción de una tesis normativa sobre la eficacia jurídica de los convenios colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales requiere de un giro metodológico. Y éste, a su juicio, pasa de manera inexorable por una recomposición del tradicional divorcio entre garantía constitucional y garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Para él, el contenido esencial de la garantía de la fuerza vinculante asegura a la función económico-social típica del convenio colectivo una vinculabilidad que se sustancia en los efectos automático e imperativo. La tesis que defiende es que el ET ha desarrollado en plenitud el mandato del art. 37.1 CE, confiando a todo acuerdo de voluntades nacido de la autonomía colectiva los efectos propios de esa vinculabilidad más fuerte frente a la autonomía individual en que consiste la eficacia real. En concreto, son los apartados b) y c) del art. 3.1 ET los preceptos que han procedido a desarrollar ese mandato constitucional. Además del efecto automático, los convenios y acuerdos colectivos —todos ellos, sin adjetivación alguna— también tienen reconocida una eficacia imperativa, al decretar el art. 3.1.c del ET la nulidad de las estipulaciones contractuales procedentes de la autonomía individual, desfavorables o contrarias a las reglas contenidas en aquellos. Este precepto legal prohíbe, en suma, las derogaciones *in peius* del contenido normativo del pacto, salvo que la propia autonomía colectiva hubiera removido esta restricción, consintiendo a las partes del contrato disponer del tratamiento colectivo. Una interpretación sistemática de los artículos 3.1.c y 3.5 ET permite configurar la eficacia inderogable (relativa) de los convenios colectivos como una medida promocional del interés colectivo a la efectiva aplicación de la parte normativa de carácter *half-mandatory*¹⁴.

Según Valdés el modelo legal español de negociación colectiva es un modelo abierto, en el sentido de que el legislador ordinario tiene una amplia margen de libertad en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. Pero precisando que esa libertad no es una libertad absoluta. Los rasgos del modelo constitucional de negociación colectiva son: el carácter promocional de la intervención de la ley; la tutela constitucional del derecho a la negociación colectiva (el principio de libertad de contratación; la fuerza vinculante del convenio colectivo). En este contexto se diseña un paradigma estatutario de negociación colectiva consistente en que se dota a los convenios colectivos negociados conforme a las reglas de forma y fondo establecidas en su articulado de una eficacia general. Lo cual vino a apartarse de los cánones típicos del derecho comparado, terminando por erigirse en el

¹³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia de los convenios colectivos” (2004), en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 62 y ss.

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia de los convenios colectivos” en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp. 103 y ss.

elemento más significativo del modelo estatutario, conformando nuestro paradigma convencional. A lo largo de la dilatada vigencia del ET, el modelo estatutario de negociación colectiva no sólo ha logrado consolidarse como la modalidad negocial socialmente típica, relegando la negociación extraestatutaria a zonas suburbanas de la actividad contractual; ha adquirido plena vigencia social, habiéndose erigido en una pieza insustituible de todo el complejo entramado —que es suma de numerosos factores, y no sólo jurídicos— que forma el sistema español de relaciones laborales. A lo largo de sus largos años de vigencia al modelo legal de negociación colectiva de eficacia general no le han faltado detractores, procedentes, en una primera fase, del campo jurídico y, en la actualidad y sobre todo, del campo económico, muy influido por una línea de pensamiento neoliberal que postula no sólo la supresión de la eficacia general, sino, más ampliamente, la sustitución del modelo vigente por otro distinto, en el que la vía preferentemente para organizar el sistema de relaciones laborales es la individualización. Tengan o carezcan de cobertura jurídica, las críticas al modelo vigente son, ante todo, críticas políticas; esto es, críticas a la opción de política legislativa que informa el modelo. Por lo mismo, la defensa del modelo es, ante todo, una decisión política. Y es en este contexto, en el que Valdés defiende la vigencia del modelo, que ha demostrado, pese a sus imperfecciones, una plena funcionalidad¹⁵.

Por otra parte, para nuestro pensador, siendo el papel del Estado muy importante en general y también en la dimensión promocional de la negociación colectiva, esa intervención pública heterónoma debe evitar el dirigismo autoritario y dejar un espacio vital propio a la autonomía colectiva negocial¹⁶, que es lo que, por otra parte, se infiere del art. 37.1 CE, interpretado con arreglo al canon de apertura constitucional establecido imperativamente en el art. 10.2 CE, en relación con los artículos 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental.

IV. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA QUE TRABAJA Y SU GARANTÍA MULTINIVEL

En la concepción de Fernando Valdés los derechos de las personas que trabaja no pueden ser disociados entre sí, pues forman un “sistema de derechos”. Trátase de derechos genéricos o inespecíficos o bien de derechos específicamente sociales vinculados genéticamente y funcionalmente. La persona como un todo queda implicada en la relación de trabajo y el contrato de trabajo ha de tener un componente estatutario o, si se quiere, estatuido, que garantice el respeto al ejercicio legítimo de esos derechos individuales y colectivos/sindicales. Por lo demás, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha consagrado ya el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos fundamentales (utilizando esta expresión en el sentido amplio que se impone deducir, paradigmáticamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

En ese enfoque garantista se inserta uno de sus mayores aportaciones científicas: *“El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras”* (2016)¹⁷. Obra, ésta, de gran madurez intelectual, en la que se aprecia la experiencia de toda una trayectoria investigadora de un jurista crítico del trabajo¹⁸, que ya contaba con la intermediación

¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El modelo español de negociación colectiva”, 2006, en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, pp.111 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual”, en PEDRAJAS MORENO, A. (Coord.): *Las reformas laborales pactadas: análisis y aplicación práctica*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 145-182; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, núm. 22 2001, pp. 1-12.

¹⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.

¹⁸ Esa preocupación se vio reflejada antes en VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derechos fundamentales de la persona del trabajador”, *Ponencia en el XVII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2003.

de la praxis que le proporcionaba su condición de Magistrado del Tribunal Constitucional. Su objeto principal es el estudio de la protección multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco del constitucionalismo europeo. Y parte de la perspectiva, ya acreditada en la doctrina iuslaboralista más solvente en la materia, sobre el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales. El constitucionalismo europeo se ha venido desarrollando a través de un proceso con múltiples aristas: 1) un doble proceso en las relaciones entre los tratados y las constituciones, en el sentido de que mientras aquellos primeros se han “constitucionalizado”, estos segundos se ha “europeizado” a través de las “cláusulas de apertura” o los “artículos Europa” en los textos nacionales (Diez-Picazo; Ziller). 2) Pero también a través del diálogo judicial o diálogo entre jueces. Formula de diálogo que contribuye a articular la integración constitucional laboral europea a todos los órganos encargados, en el ámbito de cada uno de los tres textos básicos de dimensión europea (CEDH, la Carta y la CSE), de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales¹⁹. En cualquier caso, existen limitaciones para una efectiva protección por el TJUE de los derechos laborales tanto de los instrumentos comunitarios fundamentales (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), como de los instrumentos fundamentales del Consejo de Europea (Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Carta Social Europea). Y ello pese a que desde una perspectiva formal, con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puede darse por concluido, en su opinión, el fatigoso proceso de reconocimiento, en el ámbito de la hoy Unión Europea, de un catálogo de derechos fundamentales, en general, y en favor de los trabajadores, en particular; un proceso iniciado con motivo de la firma del Tratado de Roma que vino a reconocer el principio de igualdad retributiva por razón de sexo. El Título IV de la Carta, que se ocupa de agrupar unos derechos bajo la rúbrica de “Solidaridad”, enuncia una serie de derechos sociales que, desde hace décadas, han venido tomando asiento en las constituciones de los países miembros y en textos internacionales, como la Carta Social Europea. Atendiendo a artículos como el 51 y el 52 CDFUE, estamos ante un escenario normativo que determina que las posibilidades de invocación de vulneración por una norma nacional de la CDFUE sean muy limitadas. Además, se constata las resistencias del TJUE a acometer una efectiva tutela de los derechos sociales fundamentales. Algo que se ve facilitado por el dato normativo de que la CDFUE no establece un completo sistema de garantías de tales derechos que gozan de fundamentalidad en el Tratado que constituye la CDFUE.

En esta materia de garantía de los derechos fundamentales en el sentido amplio de la expresión, la contribución de Fernando Valdés fue significativa en la teoría y la práctica como Magistrado del Tribunal Constitucional, siendo de destacar la construcción del denominado “control de convencionalidad”. Destaca la tarea de necesaria reconsideración de la cuestión del control de convencionalidad (postulada ya en la STC 270/2015, de 17 de diciembre, la llevaría a cabo la STC 140/2018, de 20 de diciembre. Desde el punto de vista de la configuración de nuestro sistema jurídico de control de convencionalidad, puede afirmarse que la sentencia TC 140/2018, de 20 de diciembre marca un antes y un después. Aclara el ejercicio por parte de los tribunales sociales del control de convencionalidad. Es decir, de la solución de las eventuales contradicciones entre normas internacionales y normas estatales. Observa —con Luis Jimena Quesada— que la STC constituye un verdadero hito para el afianzamiento de nuestro sistema constitucional de fuentes al consagrar explícita y nitidamente el control difuso de convencionalidad.

El fundamento jurídico 6 de la STC Pleno 140/2018, expresa que: “El otro vicio de inconstitucionalidad que la demanda atribuye a la totalidad de la norma, pese a ejemplificarlo exclusivamente respecto de los apartados a), b) y c) del artículo 23.4 LOPJ, se refiere a la vulneración del artículo 96 CE, al entender los recurrentes que la Ley Orgánica 1/2014 altera las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España, que se ven materialmente modificados por la misma. La Abogacía del Estado niega la contradicción y centra sus alegaciones en

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 61 y ss., y 89 y ss.

detallar cómo los apartados a), b) y c) del artículo 23.4 LOPJ no son incompatibles con los tratados internacionales relativos a los crímenes internacionales que contemplan dichos preceptos.

La cuestión a resolver en esta sede no versa sobre la compatibilidad entre los tratados internacionales concernidos y la regulación legal, sino sobre la premisa de partida; esto es, sobre si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE. Expresado en otros términos, los recurrentes plantean ante este Tribunal la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar sobre la viabilidad de dicho control que los recurrentes asocian a la aplicación del artículo 96.1 CE.

La noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones «no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos» y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

El artículo 96 CE establece que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales «no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2).

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de

marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un *obiter dictum* contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que «es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».

En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)» (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4).

La conclusión inmediata es que el recurso también debe ser desestimado en este punto, por cuanto cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable en un primer término, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado”.

Con todo, según el propio indica el propio Fernando Valdés la potestad de la Jurisdicción ordinaria se concreta así en una inaplicación de la norma nacional contraria al cano internacional, sin que dicha potestad lleve aparejada una consecuencia anulatoria. En suma, el control de convencionalidad atribuye a la norma internacional un carácter prevalente²⁰. Esta doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 140/2018 ya ha tenido una favorable acogida por los tribunales laborales. En tal sentido, resulta pionera la STSJ (sala de lo social) de Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 12 de marzo de 2019, que, en una controversia sobre el derecho de las trabajadoras domésticas a la protección de la maternidad y a facilitar tiempo libre suficiente para hacerlo, estimará

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010, pp. 1-7, en particular p. 6.

la demanda al amparo, entre otros, de los artículos 8.3 y 16 de la Carta Social Europea. Desde entonces comenzó a ser ya frecuente que los órganos de la jurisdicción social invoquen, como fundamento de sus decisiones, normas internacionales, señaladamente de la Tratado que constituye la Carta Social Europea. Subraya Valdés su deseo de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo avale y prosiga en esta senda, efectuando el oportuno control de convencionalidad cuando sea preciso y exigido por la necesaria interpretación conforme. De este modo el control de convencionalidad difuso de las normas del Derecho nacional es competencia de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio regular de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE). Esto permite garantizar una mayor efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales, sin perjuicio de la tutela de los mismos a través de la justicia constitucional (jurisdicción constitucional). Precisamente porque la ineludible sujeción del control judicial de convencionalidad a la Constitución y a la jurisdicción de amparo atribuida al Tribunal Constitucional. Lo cual implica que el control difuso de convencionalidad judicial no puede ser confundido ni suplantar al control de constitucionalidad (*in fine* FJ. 6 de la STC Pleno 140/2018)²¹.

Es en este marco de construcción jurídica de la teoría de los derechos fundamentales donde podría reconstruirse sus indagaciones y aportaciones en materia de derechos sociolaborales fundamentales. Sirviendo, así, a modo de cierre de un proceso de reflexión sobre el sentido y alcance de los derechos de la persona del trabajador. Así cabría sistematizar su tarea científica (como en gran medida su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional).

1). Sus aportaciones sobre la “democracia industrial”²², la representación y participación de los trabajadores en la empresa: “La regulación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de Empresa”; “Los derechos de implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”²³; “Derechos de Información y consulta y reestructuraciones de empresas”; derechos los trabajadores en la transmisión de empresa²⁴, etcétera.

2). La indicada aportación completa del derecho a la negociación colectiva y a la eficacia jurídica de los convenios colectivos y figuras conexas²⁵.

3). El derecho de huelga como derecho fundamental de máximo nivel de garantías²⁶. Siendo importante destacar su aportación como Magistrado del Tribunal Constitucional, señaladamente en el

²¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2010, pp. 1-7, en particular p. 7.

²² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Democracia industrial en Europa: balance de un debate”, en *Estudios en Memoria de Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, pp.487-522.

²³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, en VALDÉS DAL-RÉ, F., y MOLERO MARAÑÓN, M. L. (DIRS.): *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid, Ministerio de Trabajo E Inmigración-Fundación Francisco Largo Caballero, 2010, pp. 239 y ss.

²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

²⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La formación profesional continua, entre el diálogo social y la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2001, pp. 1-10.

²⁶ MATÍÁ PRIM, J., SALA FRANCO, T., VALDÉS DAL-RÉ, F. y VIDA SORIA, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos. Régimen jurídico según la sentencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Límites al derecho de huelga: apuntes críticos”, en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1977. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo*, en AA. VV.: *La negociación colectiva de las pequeñas y medianas empresas*, Madrid, IMPI, 1982. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho de huelga y servicios mínimos en la función pública”, en *RL*, núm. 9, 1986. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Servicios esenciales y servicios mínimos en la función pública”, en *RL*, núm. 9, 1986. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El proyecto de reforma de la legislación sobre medidas de conflicto colectivo”, (I y II), *RL*, núms. 13 y 14, 1992. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los Derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español”, en *REDT*, núm. 86, 1997. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El cierre patronal, treinta años después, entre un uso empresarial testimonial y un reconocimiento jurisprudencial amplio (I)”, en *Relaciones Laborales*, 2010, núm. 1. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (DIRS. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

Voto particular discrepante que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC Pleno 17/2017, 2 de febrero, dictada en el recurso de amparo abocado a Pleno núm. 1168-2014, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos²⁷.

4). La defensa de los derechos laborales genéricos o inespecíficos de la persona que trabaja (Libertad de expresión y de información²⁸; Derecho a la libertad de opinión, conciencia y religión²⁹, etcétera).

5). La defensa de los derechos de los trabajadores autónomos³⁰.

6). La defensa de los derechos de Seguridad Social y de Protección Social Pública, con aportaciones significativas que merecerán aquí una particular atención³¹.

V. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL PÚBLICA

Fernando Valdés para de la interpretación del art. 41 CE, realzan que para el Tribunal Constitucional “el art. 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remido de situaciones de necesidad”. Sin embargo, no puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regula, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (entre otras, sentencias 65/1987, de 21 de marzo, FJ. 17, in fine; 184/1993, de 31 de mayo, FJ. 6; y 231/1993, de 12 de julio, FJ. 2º. En otros términos, “la identificad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico” (entre otras y además de las ya citadas sentencia 184/1993 y 231/1993, sentencias 103/1984, de 12 de noviembre, FJ. 4º. De manera que mientras la fórmula contenida en el art. 41 CE ha dejado indemne, en el decir de la jurisprudencia constitucional y conforme se viene a razonar, la fraccionada estructura del sistema de Seguridad Social, e imperativo constitucional de igualdad sí ha logrado incorporar una

²⁷ STC Pleno 17/2017, 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo 2017, Recurso de amparo 1168-2014. Supuesta vulneración del derecho a la huelga: utilización de medios técnicos no habituales para la emisión televisiva de un partido de fútbol en jornada de huelga. Voto particular.

²⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad de expresión y de información (Artículo 11)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 225-245; MOLERO MARAÑÓN, M. L., y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014, espec., pp. 1 y ss., y 17 y ss.

²⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad de expresión y de información (Artículo 11)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 225-245.

³⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2008, pp. 5-14.

³¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, en revista *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Núm. 11, 1995, pp. 1-7.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social”, *Revista de derecho Social*, núm. 20, 2002, pp. 13-38; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1997, pp. 42-51; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, en MORENO VIDA, M.N., DÍAZ-AZUARTE, M.T. (Dir.) y GUÓN SÁNCHEZ, M.T. (Coord): *La protección social de la Salud en el marco del Estado del Bienestar: una visión nacional y europea*, Granada, Comares, 2019, pp. 69-82.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La contractualización de la protección por desempleo”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. y GETE CASTRILLO, P. (Dir.): *Nuevo régimen del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 9-20; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2 (2010), pp. 39-50; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019, pp.741-747.

mayor exigencia en la organización de la protección de las necesidades sociales mediante Regímenes Especiales. Todo ello está presidido por la tendencia racionalizadora del Sistema de Seguridad Social y su desarrollo “aluvional”³².

Según Valdés la Seguridad Social se conecta con la función distributiva del Estado Social del Derecho, que persigue la realización del principio de justicia social material. La Seguridad Social constituye, en suma, una de los grandes pilares del Estado Social. Haciendo suya la doctrina de la STC 37/1994, de 10 de febrero, que el art. 41 CE consagra en forma de “garantía institucional” un régimen público de Seguridad Social. Entiende Valdés que el art. 41 CE no estaría consagrando tanto el derecho de los españoles a la Seguridad Social cuanto el deber de Estado de estructurarla. De ahí la insistencia de la jurisprudencia constitucional en calificar al sistema de Seguridad Social como función del Estado. El art. 41 no se circunscribe a consagrar una garantía institucional; también establece un conjunto de bases para conformar el propio sistema de Seguridad Social, que sirve para precisar el núcleo duro o intangible a preservar. Dichas bases son: la protección de las situaciones de necesidad, la universalidad y la suficiencia de la protección y el carácter público del sistema. De este modo, considera, que el art. 41 CE consagra una norma de finalidad precisada de una mediación política e instrumental por parte del legislador. Con la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que dicha disposición configura a la Seguridad Social como un derecho de configuración legal, de suerte que pertenece al dominio del legislador precisar el alcance y contenido del mandato dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social con el alcance establecido genéricamente por el constituyente³³. Y, en efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional el legislador dispone de libertad para “modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económica y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ. 17, 184/1993, de 31 de mayo, FJ. 6, 37/1994, de 10 de febrero, FJ. 3 y 126/1994, de 26 de abril).

Ahora bien, estima Valdés que dados los términos en los que se expresa el art. 41 CE, no parece discutible que la configuración del régimen público de Seguridad Social quede en manos de legislador. Pero no es menos cierto que el legislador no goza de total libertad para acometer esta tarea. La función legislativa ha de ejercerse dentro de los cauces constitucionales, debiendo respetar, en concreto, las bases que se desprenden del propio art. 41 CE. Si algún sentido tiene atribuir a la Seguridad Social la naturaleza de “garantía institucional”, éste no puede ser otro, que el preservar la institución en los términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

Entiende Valdés que en el desarrollo de la Seguridad Social se pueden extraer algunas conclusiones generales: la primera, que la Seguridad Social (y lo que representa en el Estado del Bienestar organizado en España) ha jugado un papel crucial como paliativo de la crisis económica; ha sido y está siendo un elemento básico de cohesión social, habiendo evitado las quiebras sociales que la crisis económica ha generado, aun cuando no ha podido frenar los procesos de dualización y fragmentación social. En segundo lugar, la Seguridad Social ha mostrado una gran resistencia cumpliendo una función redistribuidora. En tercer lugar, la Seguridad Social ha afrontado y de seguro hará de afrontar todavía un proceso de reorientación ante la aparición de nuevas demandas sociales. La cultura en relación a la Seguridad Social, tradicionalmente estructurada entono al beneficiario con derechos sociales, se está modificando, reorganizándose en torno a la del usuario demandante de una mayor calidad. Frente a quienes postulan la necesidad de dismantelar el Estado del Bienestar y

³² VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 17, 1995, pp. 1-7; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I y II)”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1994, pp. 63-78.

³³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (I y II)”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 1994, pp. 63-78, y pp. 71-78.

sus instituciones más anclares, entiende que el verdadero debate que se habrá de afrontar no es el de discernir si menos Estado (mito del retorno a la sociedad civil) o distinto Estado (mito de la sociedad comunitaria), sino el interrogarse sobre los beneficios de este formidable desarrollo de la intervención pública en la sociedad. El reto reside en precisar qué estructura concreta de servicios universales se precisa para proporcionar un marco de valores y oportunidades con los cuales, y en su ámbito, puedan desarrollarse servicios selectivos socialmente aceptables que discriminen positivamente, con el mismo riesgo de estigma, en favor de aquellos cuyas necesidades son mayores (Richard Morris Titmus)³⁴.

Por otra parte, Valdés era consciente de que nuestro Sistema de Seguridad Social se insertaba en el más complejo universo jurídico de la Unión Europea. Y así venía a interrogarse sobre si existía algo parecido a un sistema europeo de Seguridad Social. En este sentido constataba que limitadas las acciones comunitarias a facilitar los procesos internos de movilidad geográfica, fue del todo ajeno al propósito de los padres fundadores de la Comunidad Europea favorecer o impulsar un sistema europeo de Seguridad Social. Para asegurar la libre circulación de los trabajadores y neutralizar o, al menos, suavizar los costes derivados de los flujos migratorios, no resultaba necesario, en efecto, ni recurrir a las técnicas de aproximación de los diferentes sistemas de protección que se habían ido organizando en el núcleo de países firmantes del Tratado de Roma ni, menos todavía, idear un sistema autónomo de Seguridad Social a escala europea, incluso en su ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores migrantes. Bastaba con implantar fórmulas de coordinación entre los diversos ordenamientos nacionales, declarándolos subsistentes pero instaurando unas pasarelas por las que pudieran transitar y comunicarse, en un sentido multidireccional, las condiciones de adquisición de las prestaciones y las prestaciones mismas. La regulación sustantiva de los derechos de Seguridad Social y su gestión conservan un carácter estrictamente nacional y territorial, asumiendo la Comunidad una competencia parcial y excepcional enderezada a resolver los conflictos y a ordenar las relaciones entre esos derechos, cuando los mismos afectan a trabajadores que se desplazan en el interior del espacio geográfico comunitario. En lo sustancial, nos indica Valdés, el derecho originario europeo ha mantenido invariable ese “modelo” de tratamiento de la Seguridad Social instituido originariamente por el Tratado de Roma. El ordenamiento europeo relativo a la Seguridad Social se ha desarrollado, en su mayor parte, mediante normas de coordinación, quedando relegadas las de armonización a un terreno secundario o periférico. Valdés toma nota de las diversas propuestas armonizadoras tendentes a la creación de un sistema europeo de Seguridad Social, concurrente con los nacionales. Constata que existen dos grupos de propuestas: una primera, y diversa, presentan el elemento común consistente en que se sitúan en una perspectiva de organización, conforme a la cual se trata de mantener los ordenamientos nacionales, introduciendo mecanismos de convergencia y aproximación entre ellos. Una segunda, se coloca en un escenario más radical interrogándose sobre si el progreso de Europa en sus distintas dimensiones es compatible al tiempo con la supervivencia de un número cada vez más creciente de sistemas nacionales. La demanda de equivalencia en el nivel de protección, ¿no se satisfaría de manera más adecuada en el marco de un único sistema de Seguridad Social? Si se conviene en una respuesta afirmativa, el problema que surge entonces es el de ponderar si entre la situación actual, de sistemas múltiples, y la de futuro, de sistema único, vale o no la pena buscar fórmulas de armonización, cuya sola finalidad sería la de propiciar la transición entre los modelos extremos. Viene a concluir que si, finalmente, la viabilidad de implantar prestaciones sociales únicas: si la hipótesis de un sistema europeo completamente unificado puede descartarse, no le parece que deba renunciarse a objetivos menos ambiciosos o parciales. No es aventurado —en el campo de posible— pensar que el avance del proceso de integración exige la aprobación de ciertas prestaciones de Seguridad Social. En este contexto, surge la demanda de política del derecho en favor del establecimiento de una prestación europea de desempleo que resulte necesario atender o, al menos, una demanda de modernizar los

³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (II)”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, 1994, pp. 71-78.

sistemas nacionales con vistas a procurar una movilidad intracomunitaria que asegure la conservación de las prestaciones de desempleo mientras se busca trabajo en otro Estado miembro³⁵.

En otra perspectiva de análisis reflexivo, Valdés se interroga sobre unas nuevas posibles relaciones entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. El Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social son sectores del ordenamiento jurídico general que han madurado y, sobre todo, se han desarrollado y evolucionado históricamente de manera autónoma e independiente, aunque conexas y coextensas. El tránsito de la previsión social a la Seguridad Social culmina el proceso de independencia/autonomía de ambos sectores de sistema jurídico. Originariamente el Derecho del Trabajo, en los sistemas contributivos, terminaría colonizando la regulación de los seguros sociales, colonización ésta que progresivamente el nuevo sistema que sucede a la previsión social, el sistema de Seguridad Social, iría eliminando, limitando o matizando. Por el contrario, en el nuevo escenario que se está construyendo, las incidencias tienen un signo diferente. Por lo pronto, las repercusiones del derecho del empleo sobre el derecho de la protección social, y a la inversa, no producen efectos invasivos e n, o de apropiación sobre, los respectivos ámbitos de imputación normativa y, menos aún, sobre las técnicas utilizadas. Pero además de carecer de toda vocación expansiva, las relaciones de influencia entre uno y otro orden jurídico pierden la unilateralidad de antaño para adquirir un sentido bilateral. Las políticas sobre el empleo y sobre la protección social nutren recíprocamente los cambios normativos adoptados en las respectivas áreas del empleo y de la protección social. Es esta inteligencia de complementariedad la que dota de unidad las opciones de política del derecho que terminan plasmándose en esos cambios. La consecuencia más relevante de la acción combinada de todos los cambios estructurales o, al menos, una de las relevantes ha sido, probablemente, la denominada crisis de la estandarización. En buena medida, la práctica totalidad de las opciones políticas en materia social vinieron respondiendo a lo largo del siglo XX a unos patrones sociales que esas políticas terminaban juridificando; es decir, creando reglas jurídicas igualmente estandarizadas, que terminaban recogiendo así el modelo social dominante. La regulación jurídica sobre el consumo (el consumidor prototipo) o la familia (la familia típica) han obedecido paradigmáticamente a esta lógica; a una lógica en la que la diferencia no era contemplada por la norma o, en caso de serlo, se hacía desde la excepcionalidad. Es lo cierto que la ruptura de la estandarización ha llevado aparejada o, al menos, ha propiciado, la multiplicación de las situaciones que caracterizan o identifican a los ciudadanos, considerados tanto en su individualidad como en su condición de miembros de la colectividad. Pero indudablemente, esa ruptura ha exigido del legislador un acentuado activismo normativo, destinado, en lo principal, a regular nuevos supuestos de hecho nacidos al compás de esa quiebra. La fórmula singular ha sido sustituida o lo está siendo lenta pero inexorablemente por la forma plural. O, lo que es igual, el ámbito del Derecho común ha ido menguando, como igualmente se ha reducido el ámbito de lo excepcional. Y entre ambos extremos, entre lo común y lo excepcional, ha ido ganando terreno el universo de las modalidades, cada una de las cuales comparte zonas de regulación con el ordenamiento jurídico común y, al tiempo, dispone de reglas especiales. Estima, al respecto, que muy probablemente, el debate que más ha contribuido a dotar de visibilidad esas nuevas relaciones entre los ordenamientos laboral y de Seguridad Social (que a la postre, confirman los dos grandes pilares del denominado derecho social) es relativo a la flexiseguridad. Hace notar que la flexiseguridad se ha convertido en uno de los lugares de encuentro en el que se diseñan, a veces, y ensayan, otras, medidas de empleo y de protección social de carácter complementario. Él aprecia la creciente tendencia a vincular políticas de empleo y políticas de protección social, constituyendo esa noción, la flexiseguridad, el espacio privilegiado para lograr la articulación de tales políticas.

Destaca en España, las primeras iniciativas de abrir nuevas fórmulas de diálogo entre el derecho del empleo y la protección social se toman con motivo de la aprobación el 30 de marzo de 1995, en el Congreso de los Diputados aprobando el “Informe para el análisis de los problemas

³⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 1997, pp. 42-51.

estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. La Recomendación décima de este Informe, más conocido como Pacto de Toledo, trata de la edad de jubilación, sugiriendo que la misma se regule de forma flexible, de modo gradual y progresivo, y aconsejando que se facilite la prolongación voluntaria de la vida activa. En desarrollo de esta Recomendación y bastantes años más tarde, se aprobaría la Ley 35/2002, de 12 de julio, en virtud de la cual, de un lado, se establece la figura de la jubilación parcial...; y esta normativa seguirían otras en una dirección análoga —más allá de algunas diferencias— como la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, que reformó dos de las modalidades de la jubilación distintas a la ordinaria; es decir, la jubilación anticipada y el retraso de la jubilación. Una mayor ambición en este propósito de establecer pasarelas entre el empleo y la protección social pretendió desplegar el RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, y otras normas posteriores³⁶.

En otro orden de ideas, Fernando Valdés, había realizado la trascendencia de las tendencias racionalizadoras que se hacen acompañar de la creciente preocupación por la sostenibilidad económico-financiera del sistema de Seguridad Social, señaladamente por el subsistema de pensiones públicas. La Unión Europea no tiene una normativa sustantiva armonizadora de las prestaciones de Seguridad Social, sino que se limita a una ordenación normativa encaminada a la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social; eso sí, dentro de orientaciones comunes en el plano de una política del Derecho enmarcada en una Estrategia de coordinación tales sistemas protectores en orden a facilitar la libre circulación de trabajadores y personas del espacio geopolítico de la Unión³⁷. Es conduce a una cierta tendencia hacia la europeización de los problemas de la Seguridad Social y de sus sistemas de prestaciones.

Junto a estas tendencias racionalizadoras y de contención del gasto se aprecia la que denomina tendencia general hacia la contractualización en el Sistema Español de Protección Social. Percibe que las políticas de protección social tienden a someterse a procesos de concertación social, propias de un intercambio político que garantiza un plus de legitimidad política a través de la obtención del consenso sobre las medidas que han de ser adoptadas en materia de protección social pública. El mutuo intercambio de poder —y la consiguiente transacción— comportan una limitación de la autonomía para cada uno de los actores que intervienen en el proceso político³⁸. Observa que la contractualización de las prestaciones sociales no sólo se expresa en el momento de elaboración de la ley que las regula: también se manifiesta en el momento del reconocimiento y disfrute de las prestaciones mismas. Es esta una vertiente de las tendencias de contractualización que ofrece aspectos de mayor novedad; y también la que ha alimentado debates más políticos y la que plantea los problemas de mayor envergadura en un orden político-social y jurídico. El itinerario por el que han discurrido las manifestaciones de gestión contractual de las prestaciones sociales en España responde, en términos general y sin perjuicio de particularidades, a la trayectoria seguida en otros países europeos, señaladamente en Francia. En un principio, las técnicas de contractualización hacen su aparición a resultados de la adopción parte de los poderes públicos de medidas de lucha contra la exclusión social. En otras palabras, la inserción constituye la vía por la que acceden en el sistema español de protección social las primeras expresiones de contractualización. Ulteriormente, las técnicas contractuales se han expandido extramuros del ámbito asistencial, siendo aplicadas a la gestión de prestaciones de carácter contributivo. La primera

³⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social ¿hacia unas nuevas relaciones?”, en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, Nº 2, 2010, pp. 39-50.

³⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1997, pp. 42-51.

³⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social”, *Revista de derecho social*, Nº 20 (2002), pp. 13-38; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La legislación laboral negociada entre la concertación social y el diálogo social”, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.): *La reforma de la legislación laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 1997, pp. 38 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho), 2012, Capítulo II (“Concertación y diálogo social: teoría y experiencias”), pp. 157-233.

expresión, se insiste, de contractualización hacen su aparición al hilo del reconocimiento por parte de las Comunidades Autónomas, durante la década de los noventa, de fórmulas de asistencia social de variada denominación, organizadas en el marco de programas de lucha contra la pobreza y la exclusión y adoptadas, en numerosas ocasiones, como consecuencia de acuerdos sociales alcanzados entre las organizaciones sindicales más representativas y los respectivos gobiernos autonómicos. Inspiradas en el modelo francés de “Revenu Minimum d’Insertion”, la regulación jurídica de estos dispositivos de asistencia social resulta extraordinariamente heterogénea y variada. Por otra parte, la contractualización se manifiesta en la protección por desempleo. Se ha ido extendiendo el “compromiso de actividad” al conjunto de las medidas que, en el ordenamiento jurídico español, organizan la protección por desempleo. El reconocimiento jurídico del compromiso de actividad en la prestación contributiva por desempleo es muy semejante al previsto para la prestación asistencia de la Renta Activa de Inserción (RAI). En relación con la reforma del RDL 5/2002, adopta una posición jurídico crítica, a saber: La finalidad perseguida ha sido romper con el modelo hasta ahora vigente, sustituyéndolo por otro, que acumula en el beneficiario las obligaciones clásicas del sistema contributivo (exigencia de cotización) y los deberes de un novedoso y errático sistema que se mueve en las arenas movedizas del apresurado mestizaje de asistencialidad y privatización (contrapartidas o compensaciones) sin incorporar, empero, el contenido profundo —moral, económico y jurídico— de ese nuevo derecho de ciudadanía social, en que consiste la “mejora de la empleabilidad”, con vistas a la restauración del principal instrumento de identidad individual y colectiva de nuestra sociedad, cual es el trabajo. Ahora bien: el cumplimiento por los desempleados de los deberes de mejora de la ocupabilidad (participación en acciones de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional) requiere, lógicamente, unos servicios públicos de empleo eficientes, dotados de unos medios técnicos, materiales y personales suficientes. Cabe decir, al respecto, que una valoración de las acciones de mejora de la ocupabilidad que deben incorporarse a los compromisos de actividad de cada uno de los desempleos españoles protegidos no sólo evidencia la precipitación política de nuestro legislador al acometer una reforma como la llevada a cabo, cuya puesta en marcha hubiera exigido, previa o simultáneamente, una transformación radical de la función y del funcionamiento de los servicios públicos de empleo. También evidencia la verdadera finalidad perseguida de manera inmediata con la reforma, que no es otras, que reforzar y acrecentar los mecanismos de control de los desempleados protegidos. La contractualización impuesta, lejos de ser un instrumento al servicio de un derecho de ciudadanía social, termina diluyéndose en un medio de contención del gasto social³⁹.

En el plano del análisis de las prestaciones específicas de Seguridad Social conviene destacar sus investigaciones sobre el derecho a la protección de la salud y asistencia sanitaria. Más allá del engarce en la amplia normativa internacional y comunitaria, entiende que el derecho a la protección de la salud encuentra su reconocimiento en el art. 43 CE, precepto constitucional de cabecera, que conecta con otras disposiciones constitucionales. La razón principal de esa multiplicidad de tratamiento y enfoques se debe a la complejidad y amplitud del propio concepto de salud, en su condición de bien jurídico objeto de tutela. Por lo demás, son estos unos rasgos que trascienden el universo jurídico para abarcar a la práctica totalidad de las ciencias sociales y también y en la actualidad, a la tecnología. Subraya, con la doctrina, que el art. 43 CE tiene una estructura compleja, ocupándose a lo largo de sus tres números de la protección de la salud, entendida esta como un bien jurídico precisado de tutelas por los poderes públicos. El derecho a la protección de la salud pertenece a la categoría de los principios rectores de la política social y económica. Entiende, problemáticamente, que el derecho a la protección de la salud constituye un buen ejemplo del concepto de principios, formulado este juicio desde un plano estrictamente constitucional y no ya legal. Desde este plano, el art. 43.1, a pesar de la terminología utilizada, no configura un derecho subjetivo. Pero afirmado esto, el valor

³⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social, *Revista de derecho social*, Nº 20, 2002, pp. 13-38, espec., pp. 20 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma de la protección por desempleo, concertación social y legislación de urgencia (I y II), en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16 y 17, 2002, pp. 1 y ss.

normativo del art. 43 CE no puede calificarse como de tono menor. Como otros muchos principios de política económica y social, el de la protección de la salud entronca, de un lado, con uno de los valores esenciales del ser humano y, de otro, con un concepto tipo de Estado. Aquel valor es el de la dignidad de la persona que, en el decir del art. 10.1 CE, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por su parte, este tipo de Estado es el Estado Social, expresión del pacto fundante del constitucionalismo contemporáneo y, desde luego, de nuestra Constitución. Es así que el art. 43.1 CE, a pesar del expreso reconocimiento de la protección de la salud como un “derecho”, no enuncia —en su opinión— una norma primaria, por utilizar ahora el lenguaje de Norberto Bobbio; no enuncia una norma atributiva de derechos y deberes ejercitables, sin ulterior auxilio normativo, por vía judicial. Instituyendo un mandato de optimización o, por expresa la misma idea desde otra vertiente, es una norma de acción, de invariable alegación ante los tribunales, que mandata a los poderes públicos a la inmediata adopción de una variada gama de obligaciones positivas destinadas a tutelar la salud; la de las personas individuales, la de cada una de ellas, pero también la de la colectividad de la que aquellas forman parte⁴⁰. Para Valdés la Constitución viene a consagrar el principio de universalidad de la protección de la salud. El art. 43.2 CE es un precepto que formula un principio de universalidad en cuanto a los destinatarios de las acciones de salud pública, entendido dicho principio no como un derecho subjetivo sino como mandato de optimización. El derecho a la asistencia sanitaria pública, corolario lógico del derecho a la protección de la salud ha de corresponder a todo ser humano por esa misma cualidad. Es ésta una conclusión que puede y debe sustentarse en la doctrina establecida en la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En este pronunciamiento, el TC parte del dato de que nuestro ordenamiento “no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, el cual tiene su fuente primera en el conjunto del texto constitucional”. O, en otras palabras, la titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros deben deducirse “de los preceptos del Título I, interpretados sistemáticamente” (FJ 3, párrafo primero). En definitiva, la STC 236/2007 infiere que “la remisión a la ley que efectúa el art. 13.1 no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros de modo que el legislador, aun cuando dispone de un amplio margen de libertad para concretar los términos en que aquellos gozarán de los derechos, “se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente de los contenidos en los apartados primero y segundo del art. 10” (FJ 3, párrafo segundo). En lo que se refiere a los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana como tal: en consecuencia, también el derecho a la tutela de la salud han de ser reconocidos a los extranjeros.

Por otra parte, Valdés realiza un análisis crítico de lo que denomina “embates al principio de universalidad”, en virtud de un doble frente: por un lado, del legislador articulado por el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y, de otro, del Tribunal Constitucional a resultas del dictado de la STC 139/2016, de 18 de julio, de 18 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados preceptos de dicha norma de urgencia⁴¹.

⁴⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, en MORENO VIDA, M.N., DÍAZ AZNARTE, M. T., y GIJÓN SÁNCHEZ, M. T. (Dirs): *La protección social de la salud en el marco del Estado del Bienestar: una visión nacional y europea*, Granada, Comares, 2019, pp. 69-82. Véase también, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8 (2019), pp.741-747.

⁴¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, en MORENO VIDA, M.N., DÍAZ AZNARTE, M.T., y GIJÓN SÁNCHEZ, M.T. (Dirs.): *La protección social de la salud en el marco del Estado de Bienestar: una visión nacional y europea*, Granada, Comares, 2019, pp.78-81.

VI. FERNANDO VALDÉS, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: PONENCIAS Y VOTOS PARTICULARES EN LAS QUE INTERVIENE (SELECCIÓN)

- STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular.

- STC Sala Segunda 108/2019, 30 septiembre. Recurso de amparo 2925-2018 (BOE, 262, de 31 de octubre). Recurso de amparo 2925-2018. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: resolución del Instituto Nacional de Estadística que impidió la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se hallaba en situación de baja por maternidad.

- STC Sala Segunda. STC 64/2016, Sala Segunda, de 11 de abril (BOE núm. 122 de 20 de mayo), Recurso de amparo 528-2014. Supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical: pérdida de la condición de representantes de los trabajadores resultante del cierre del centro de trabajo y el traslado de la actividad a otro centro. Voto particular.

- STC 24/2016, Sala Segunda, de 15 de febrero (BOE núm. 71 de 23 de marzo), Recurso de amparo 5859-2014. Se Alegada vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: inadmisión, por extemporaneidad, del recurso de amparo.

- STC 140/2014, Pleno, de 11 de septiembre (BOE núm. 243, 7 octubre 2014, Recurso de amparo 7535-2006. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, a la libertad ideológica, a la tutela judicial y a la libertad sindical: inexistencia de panorama indiciario suficiente que conecte la no renovación como profesora de religión con el ejercicio de derechos fundamentales (STC 38/2007). Votos particulares.

- STC 124/2014, Sala segunda, de 21 julio (BOE núm. 198, de 15 de agosto de 2014), Recurso de amparo 2201-2008. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Votos particulares.

- Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que, con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, razonan acerca de la improcedencia de aplicar la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Votos particulares.

- STC 95/2015 de 14 Mayo 2015 (BOE Núm. 146, 19 de junio), Recurso 7434/2013. Cuestión de inconstitucionalidad 7434-2013. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y límites a los decretos-leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de la suspensión de la paga única compensatoria prevista para el caso de que el índice de precios al consumo real sea superior al previsto (STC 49/2015). Voto particular.

- STC 73/2019, Sala Segunda, de 20 de mayo (BOE núm. 151, 25 junio), Recurso de amparo 3930-2018. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: sentencia condenatoria en segunda instancia que no permitió la valoración del testimonio exculpatorio de los acusados (STC 59/2018).

- STC 17/2017, Pleno, 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo), Recurso de amparo 1168-2014. Supuesta vulneración del derecho a la huelga: utilización de medios técnicos no habituales para la emisión televisiva de un partido de fútbol en jornada de huelga. Voto particular.

- STC Sala Segunda 64/2016, de 11 de abril (BOE núm. 112, de 20 de mayo), Recurso de amparo 528-2014. Supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical: pérdida de la condición de representantes de los trabajadores resultante del cierre del centro de trabajo y el traslado de la actividad a otro centro. Voto particular.

- STC Sala Segunda 89/2020, de 20 de julio de 2020. Recurso de amparo 505-2019 (BOE Núm. 220, 15 de agosto). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) en relación con el derecho a la libertad sindical: resoluciones judiciales que ignoran la dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de determinados intereses (STC 101/1996).

- STC Sala Segunda 149/2016, Sección Segunda, 19 septiembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre), Recurso de amparo 4700-2015. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión del recurso de suplicación basada en una interpretación de la ley procesal que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales (STC 257/2000).

- STC 194/2013, Sala Segunda, de 2 de diciembre (BOE núm. 7 de 8 de enero). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de un recurso contencioso-administrativo acordada sin aceptar la interrupción del cómputo del plazo por una previa demanda presentada ante el orden jurisdiccional social, cuya incompetencia no era manifiesta, y por la formalización de un recurso de alzada en vía administrativa (STC 194/2009). Votos particulares.

- STC Sala Segunda 140/2015, de 22 de junio (BOE núm. 182, de 31 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 693-2014. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad, principio de interdicción de la arbitrariedad: STC 119/2014 (constitucionalidad del período de prueba establecido para el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores). Voto particular.

- STC Pleno 8/2015, de 22 de enero (BOE núm. 47, de 24 febrero), Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular.

- STC Pleno 133/2019, de 13 de noviembre (BOE núm. 304, de 19 diciembre), Recursos de inconstitucionalidad 1974-2019, 2065-2019 (acumulados). Competencias en materia laboral y de ordenación general de la economía: nulidad de diversos preceptos legales que atribuyen funciones ejecutivas al Servicio Público de Empleo Estatal en la gestión de ayudas económicas del sistema nacional de garantía juvenil.

- STC Pleno 127/2019, de 31 de octubre (BOE núm. 293, de 6 de diciembre). Recurso de inconstitucionalidad 1327-2019. Competencias sobre empleados públicos y ordenación general de la economía, libertad sindical y derecho de negociación colectiva, derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la jurisdicción): constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos que suspenden temporalmente las previsiones relativas a la percepción de beneficios sociales, gastos

de acción social y similares que tuvieran su origen en acuerdos suscritos entre los entes integrantes del sector público autonómico madrileño y los representantes del personal a su servicio. Voto particular.

- STC Pleno 145/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

- STC Pleno 33/2017, de 1 de marzo (BOE núm. 83, de 7 abril), Recurso de inconstitucionalidad 4585-2012. Límites de los decretos-leyes, derecho a la protección de la salud y competencias sobre sanidad: constitucionalidad de los preceptos legales estatales que modifican la regulación jurídica de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud, el régimen de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, y la acción social destinada al personal estatutario de los servicios públicos de salud. Votos particulares.

- STC Pleno 158/2016, de 22 septiembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre), Recurso de inconstitucionalidad 2165-2016. Competencias sobre legislación laboral, ordenación general de la economía y función pública: nulidad del precepto legal que fija la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos (STC 99/2016). Voto particular.

- STC Pleno 139/2016, de 21 de julio (BOE núm. 196, 15 agosto), Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. Límites de los decretos-leyes, derecho a la salud y competencias sanitarias, derecho a la protección de datos de carácter personal: nulidad del precepto legal que remite en blanco al reglamento la determinación del nivel de ingresos que no deben superar quienes, sin tener vínculo alguno con el sistema de Seguridad Social, aspiren a acceder a la condición de asegurados. Votos particulares.

- STC Pleno 119/2016, de 23 de junio (BOE núm. 181, de 28 julio), Recurso de inconstitucionalidad 2218-2013. Límites a los decretos-leyes; competencias en materia de ordenación general de la economía y función pública y principio de seguridad jurídica: constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la supresión de la paga extraordinaria y de la paga adicional de complemento específico, correspondientes al mes de diciembre de 2012, permisos y vacaciones de los funcionarios públicos, horarios comerciales y régimen de promoción de ventas (SSTC 81/2015 y 156/2015). Voto particular.

- STC Pleno 99/2016, de 25 mayo (BOE núm. 159, 2 julio), Recurso de inconstitucionalidad 1743-2013. Límites de las leyes de presupuestos; competencias en materia laboral, ordenación general de la economía y función pública; principio de autonomía financiera: constitucionalidad de los preceptos legales que suspenden y modifican diferentes previsiones de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y establecen la jornada general de trabajo en el sector público. Voto particular.

- STC Pleno 193/2014, de 20 noviembre (BOE núm. 308, de 22 de diciembre), Conflicto positivo de competencia 5431-2011. Competencias sobre educación y profesiones tituladas: constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales relativos a los cursos de formación y la acreditación de la capacitación profesional (STC 170/2014). Voto particular.

- STC Pleno 196/2014, de 4 de diciembre (BOE núm. 11, 13 de enero), Cuestión de inconstitucionalidad 219-2013. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: nulidad por vulneración de la normativa básica estatal del precepto legal que introduce una reducción de las cuantías retributivas a percibir por el personal de los entes del sector público autonómico con presupuesto estimativo (STC 219/2013). Voto particular.

- STC Pleno 155/2016, de 22 noviembre (BOE núm. 263, de 31 de octubre). Principios de igualdad y seguridad jurídica, competencias sobre condiciones básicas de igualdad y procedimiento administrativo: constitucionalidad del precepto legal autonómico que establece la regla del silencio negativo para determinados recursos planteados, en materia de personal, por los profesionales del Servicio Gallego de Salud.

- STC Sala Segunda. 135/2016, de 18 de julio (BOE núm. 196 de 15 de agosto), Cuestión de inconstitucionalidad 1372-2015. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el apartado 1 de la disposición adicional sexagésima sexta del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, que establece el régimen de protección por desempleo de los liberados de prisión. Principio de seguridad jurídica y derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora (“non bis in ídem”); límites materiales de las leyes de presupuestos: STC 123/2016 (pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad).

- STC Pleno 109/2015, de 28 de mayo (BOE núm. 159, de 4 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 1457-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones (STC 49/2015). Voto particular.

- STC Pleno 93/2015, de 14 de mayo (BOE núm. 146, de 19 de junio), Cuestión de inconstitucionalidad 7434-2013. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y límites a los decretos-leyes: acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante; constitucionalidad de la suspensión de la paga única compensatoria prevista para el caso de que el índice de precios al consumo real sea superior al previsto (STC 49/2015). Voto particular.

- STC Pleno 78/2018, de 5 de julio (BOE núm. 189 de 06 de agosto), Recurso de inconstitucionalidad 3720-2017. Competencias sobre ordenación general de la economía, hacienda general y función pública: nulidad parcial del precepto legal autonómico relativo a la oferta de empleo público de 2017 u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal (STC 142/2017). Voto particular.

- STC Pleno, 71/2018, de 21 de junio (BOE núm. 179 de 25 de julio), Conflicto de competencia 5240-2017. Competencias sobre trabajo y relaciones laborales: nulidad de la atribución a la administración del Estado del ejercicio de potestades ejecutivas relativas a la financiación de programas formativos que incluyan compromisos de contratación y para nuevas funciones encomendadas a los agentes sociales.

- STC Pleno, 81/2017, de 22 de junio (BOE núm. 171 de 19 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 3219-2016. Competencias en materia laboral: nulidad de los preceptos legales que atribuyen a la Administración del Estado el ejercicio de competencias ejecutivas (STC 198/2014). Voto particular.

- STC, Pleno, 111/2014, de 26 de junio (BOE núm. 177 de 22 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 1453-2014. Derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, principios de mérito y capacidad y competencias sobre función pública: nulidad de la ley foral que contempla la apertura de nuevos procesos de conversión en funcionario del personal estatutario y contratado laboral fijo de la Administración de la Comunidad Foral y del personal laboral fijo de las entidades locales de Navarra.

- STC Pleno 144/2013, de 11 de julio (BOE núm. 183 de 1 de agosto), Recursos de inconstitucionalidad 8506-2010, 8507-2010 (acumulados). Competencias sobre colegios profesionales: nulidad de los preceptos legales autonómicos que introducen obligaciones de colegiación para el ejercicio de determinadas actividades profesionales (STC 3/2013).

- STC Pleno 137/2013, de 6 de junio (BOE núm. 157 de 2 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 4764-2007. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica.

- STC Pleno 7/2013, de 17 de enero (BOE núm. 37 de 12 de febrero), Conflicto positivo de competencia 3030-2006. Competencias sobre legislación laboral, régimen jurídico de las Administraciones públicas y régimen estatutario de los funcionarios públicos: competencias de ejecución cuyo ejercicio corresponde a la Generalitat de Cataluña (STC 225/2012).

- STC Pleno 86/2013, de 11 de abril (BOE núm. 112 de 10 de mayo), Recurso de inconstitucionalidad 2394-2008. Límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal autonómico que establece los efectos del silencio administrativo en los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes (STC 7/2010).

- STC Pleno 18/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72 de 23 de marzo), Conflicto positivo de competencia 136-2013. Competencias sobre extranjería, asistencia sanitaria y sanidad: pérdida parcial de objeto del conflicto y nulidad de los preceptos reglamentarios que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

- STC Pleno 2/2018, de 11 de enero (BOE núm. 34 de 07 de febrero), Recurso de inconstitucionalidad 2002-2017. Competencias sobre extranjería, legislación procesal, asistencia social y sanidad: nulidad de los preceptos legales autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017) y establecen la inembargabilidad de unas ayudas extraordinarias de apoyo social para contingencias. Votos particulares.

- STC Pleno 142/2017, de 12 de diciembre (BOE núm. 15 de 17 de enero), Recurso de inconstitucionalidad 3719-2017. Competencias sobre relaciones laborales y función pública: nulidad de la norma legal que fija la duración de la jornada laboral de los empleados públicos autonómicos (STC 158/2016). Voto particular.

- STC, Pleno, 10. Pleno, 140/2017, de 30 de noviembre (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2018), Recurso de inconstitucionalidad 501-2013. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos legales autonómicos que modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos (STC 134/2017). Voto particular.

- STC Pleno, 134/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308 de 20 de diciembre), Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares.

- STC, Pleno, 98/2017, de 20 de julio (BOE núm. 191 de 11 de agosto), Recurso de inconstitucionalidad 433-2013. Competencias sobre sanidad: suficiente acreditación de la concurrencia del presupuesto habilitante (STC 139/2016), adecuado ejercicio de las competencias estatales. Votos particulares.

- STC Pleno, 63/2017, de 25 de mayo (BOE núm. 156 de 01 de julio), Recurso de inconstitucionalidad 414-2013. Límites de los decretos-leyes, derechos a la igualdad y a la asistencia sanitaria, competencias sobre sanidad, salud pública, medicamentos y función pública: nulidad del precepto legal que atribuye funciones ejecutivas a la Organización Nacional de Trasplantes a partir exclusivamente del criterio de la supraterritorialidad (STC 27/2014). Votos particulares.

- STC Pleno, 43/2017, de 27 de abril (BOE núm. 126 de 27 de mayo), Recurso de inconstitucionalidad 1815-2013. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, legislación laboral, ordenación general de la economía, función pública y régimen jurídico de las Administraciones públicas: constitucionalidad de los preceptos legales que impiden temporalmente a los entes integrantes del sector público realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (STC 215/2015), limitan la incorporación de nuevos empleados públicos y establecen la gestión centralizada de programas de empleo (STC 194/2016) y el límite inferior de la jornada de trabajo en el sector público (STC 99/2016). Voto particular.

- STC Pleno 211/2014, de 18 de diciembre (BOE núm. 29 de 03 de febrero), Recurso de inconstitucionalidad 822-2011. Competencias sobre sanidad, productos farmacéuticos y Seguridad Social: constitucionalidad de la ley autonómica que introduce un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en Galicia (STC 98/2004). Voto particular.

- STC Pleno 170/2014, de 23 de octubre (BOE núm. 282 de 21 de noviembre), Recurso de inconstitucionalidad 866-2007. Competencias sobre educación y profesiones tituladas: inconstitucionalidad del precepto legal que atribuye al Ministerio de Justicia la competencia para expedir los títulos acreditativos de la aptitud profesional (STC 31/2010). Voto particular.

- STC Pleno 27/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60 de 11 de marzo), Conflicto positivo de competencia 443-2013. Competencias sobre educación y en materia laboral: nulidad del precepto reglamentario que atribuye al Servicio Público de Empleo Estatal la competencia para autorizar y evaluar las actividades formativas que se realicen en diversas Comunidades Autónomas (STC 111/2012). Voto particular.

- STC Pleno 215/2012, de 14 de noviembre (BOE núm. 299 de 13 de diciembre), Recurso de inconstitucionalidad 5851-2003. Competencias sobre ordenación de los seguros y mutualidades: nulidad de los preceptos legales que contradicen las normas básicas estatales que establecen un triple punto de conexión para delimitar las competencias autonómicas y prohíben a las mutualidades de previsión social participar como coaseguradoras en la cobertura de riesgos (STC 173/2005). Votos particulares.

- ATC Pleno 35/2015, de 17 de febrero, Cuestión de inconstitucionalidad 984-2014. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 984-2014, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, globalmente considerado. Voto particular.

- STC Sala Segunda 61/2017, de 22 de mayo (BOE núm. 156 de 1 de julio), Recurso de amparo 935-2016. Se Alegada vulneración del derecho a la igualdad: extemporaneidad del recurso de amparo interpuesto tras el vencimiento del plazo legalmente establecido para impugnar actuaciones de las Administraciones públicas.

- STC Pleno 145/2015, de 25 de junio (BOE núm. 182 de 31 de julio), Recurso de amparo 412-2012. Vulneración del derecho a la objeción de conciencia, vinculado al derecho a la libertad ideológica: sanción impuesta al carecer la oficina de farmacia de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel. Votos particulares.

- STC. Pleno 7/2017, de 19 de enero (BOE núm. 46 de 23 de febrero), Conflicto positivo de competencia 1923-2012. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, sanidad, farmacia y Seguridad Social: STC 210/2016 (constitucionalidad de las previsiones legales autonómicas relativas a la selección, mediante la correspondiente convocatoria pública, por el servicio de salud, de los medicamentos o productos sanitarios a dispensar por las oficinas de farmacia cuando se prescriban por principio activo o denominación genérica).

- STC Sala Segunda, 134/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6721-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda, 133/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6484-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda, 129/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6398-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC. Sala Segunda, 124/2014, de 21 de julio (BOE núm. 198 de 15 de agosto), Recurso de amparo 2201-2008. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a no padecer discriminación por razón de orientación sexual: denegación de pensión de viudedad al supérstite de una unión homosexual (STC 92/2014). Votos particulares.

- STC. Sala Segunda. 51/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo), Cuestión de inconstitucionalidad 7142-2013. Principios de igualdad en la ley y de protección de la familia; competencias en materia de seguridad social: pérdida parcial de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 40/2014); constitucionalidad del precepto legal que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público.

- STC. Sala Primera. 72/2013, de 8 de abril (BOE núm. 112 de 10 de mayo de 2013), Recurso de amparo 154-2008. Vulneración de los derechos a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 61/2013 (determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial).

- STC Sala Segunda, 134/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6721-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda. 133/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 06 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6484-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Sala Segunda. 129/2015, de 8 de junio (BOE núm. 160 de 6 de julio), Cuestión de inconstitucionalidad 6398-2014. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones). Voto particular.

- STC Pleno 9/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero), Cuestión de inconstitucionalidad 6423-2014. Competencias sobre función pública: constitucionalidad del precepto legal estatal que reduce a tres días el permiso por asuntos particulares que pueden disfrutar los funcionarios públicos. Voto particular.

- STC Pleno. 199/2015, de 24 de septiembre (BOE núm. 260 de 30 de octubre), Recurso de inconstitucionalidad 5099-2014. Límites a los decretos-leyes: falta de acreditación del presupuesto habilitante para aprobar con carácter urgente los preceptos legales relativos a las empresas de trabajo

temporal y agencias de colocación, y a la llevanza del Registro Civil por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Voto particular.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. De Fernando Valdés (Selección instrumental)⁴²

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El estatuto del trabajador autónomo en la legislación española”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Nº. Extra 3 (In Memoriam a Don Aurelio Desdentado Bonete), 2021.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Historia del Ministerio de Trabajo, 1977-1981: el comienzo y la consolidación de la democracia”, en *Sociología del Trabajo*, Nº 99, 2021.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 9, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: “Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 8, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La sentencia del López Ribalda II: más sombras que luces”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 5, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 1, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 8, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia constitucional sobre causas de discriminación distintas del sexo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 5, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Nuevas tecnología y derechos fundamentales de los trabajadores”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 2, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y MASALA, P.: “The Future of Social Europe and of European Integration at a Crossroads: How Can We Recover and Enforce Solidarity as a Fundamental Principle of European Constitutional Law (or Die)?”, en *European papers: a journal on law and integration*, Vol. 4, Nº. 1, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La libertad Sindical”, en *Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos*, Nº. 334, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. Y CASAS BAAMONDE, M.E.: “Derecho de las relaciones laborales y Constitución”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 11, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Una aproximación al juicio de ponderación utilizado por el TC”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 9, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 8, 2018.

⁴² Una relación más amplia puede localizarse en Dialnet Métricas: Artículos de revistas (327). Colaboraciones en obras colectivas (113). Documentos de trabajo/Prepublicaciones (1). Libros (48). Tesis dirigidas (29). Coordinación (8 publicaciones).

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (2018, 2019 y 2020)”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº.7, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y jurisprudencia del TEDH”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº 4, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 1, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades”, en *Grand place: pensamiento y cultura*, Nº 10, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Tendencias del derecho comparado hacia el reconocimiento de la obligatoriedad general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (I)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 21, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La negociación colectiva de las retribuciones en el sector público: normativa y doctrina de la OIT”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 10. 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: La divergencia en las formas de organización”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 7, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Un examen comparatista de las jurisdicciones sociales: la convergencia en los principios”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 6, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia general de los derechos fundamentales en las relaciones laborales: experiencias de derecho comparado”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 3, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Doctrina constitucional en materia de vigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”, en *Revista de derecho social*, Nº. 79, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La crisis de la Europa social”, en *Temas para el debate*, Nº. 268, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Teoría e Ideología de los Debates sobre el Despido en España”, en *Derecho & Sociedad*, Nº. 46, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Negociación colectiva y mejora de la productividad: sus relaciones en el Derecho transnacional”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 11, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Autonomía colectiva y productividad”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 9, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 6, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las libertades de reunión y de asociación en el CEDH”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, Nº. 4, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales”, en *Derecho de Relaciones Laborales*, Nº. 2, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “A función de protección dos dereitos fundamentais polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea: entre a renovación e o continuismo”, en *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*, Nº. 1, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia sobre negociación colectiva en 2014”, en *Anuario de relaciones laborales en España*, Nº. 6, 2015.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La refundición de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 8, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La regulación del despido (1980-2012): debates y embates”, en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 6, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., PEÑA PINTO, M., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: “La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010”, en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 6, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017”, en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 4, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Con la venia. El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007”, en *Derecho de las relaciones laborales*, Nº. 2, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Algunos rasgos caracterizadores de la reforma laboral”, en *Temas para el debate*, Nº. 249-250, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Cooperación y coordinación entre el Servicio Público Estatal de Empleo y los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos”, en *Temas para el debate*, Nº. 245, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma laboral de 2012 (Notas sobre su texto -sistemática interna y calidad técnica- y su contexto -la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos-)”, en *Relaciones laborales*, Nº 2, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 1, Nº. 4, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Sobre la calidad técnica de la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, en *Relaciones laborales*, Nº 1, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio (I)”, en *Relaciones laborales*, Nº 1, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema español de negociación colectiva, entre la continuidad y el cambio (y II)”, en *Relaciones laborales*, Nº 1, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Nº. 5, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La juridificación del concepto de flexibilidad interna”, en *Relaciones laborales*, Nº 2, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El debate europeo sobre la “modernización del Derecho del Trabajo” y las relaciones laborales triangulares”, en *Relaciones laborales*, Nº 1, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La negociación colectiva en la Constitución”, en *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El lugar del Reglamento en el ordenamiento laboral (I y II) (A propósito de la sentencia TS 3ª de 31 de enero de 1990)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1990.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Aplicación inmediata de Ley y derecho a la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, 1991.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El paradigma legal en la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, núm. 6-7, 1990.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual”, en VV.AA.: *Las reformas laborales pactadas: análisis y aplicación práctica*, PEDRAJAS MORENO, A. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”, en *Temas Laborales*, núm. 76, 2004.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El modelo español de negociación colectiva”, en VV.AA.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, PÉREZ DE LOS COBOS, F., GOERLICH PESET, J.M. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social” (I y II), en *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 17 (1995).
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las tendencias de contractualización en el Sistema Español de Protección Social”, *Revista de derecho social*, Nº 20, 2002.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Prólogo” al libro de MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma Social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro”, en *Relaciones laborales*, Nº 2, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar: una visión nacional y europea*, MORENO VIDA, M. N. y DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dirs.), 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La contractualización de la protección por desempleo”, en VV.AA.: *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, GETE CASTRILLO, P. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dirs.), 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho del Trabajo y Derecho de Seguridad Social; ¿hacia unas nuevas relaciones?”, en *Relaciones laborales*, Nº 2, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad de expresión y de información (Artículo 11)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho a la libertad de opinión, conciencia y religión (artículo 19 DUDH; artículo 19 PIDCP)”, en VV.AA.: *El Sistema Universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

2. Libros y Capítulos de Libros

BAYÓN CHACÓN, G., PÉREZ BOTIJA, E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1979 (12 ed.).

CASAS BAAMONDE, M. A., VALDÉS DAL-RÉ, F. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova, 2000.

CASAS BAAMONDE, M. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Seguridad y salud en el trabajo: el nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid, La Ley, 1997.

CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Sistema laboral*, Madrid, La Ley, 2001.

CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Reforma del mercado de trabajo: colocación, modalidades de contratación, protección por desempleo*, Madrid, La Ley, 1994.

CRUZ VILLALÓN, J., DURÁN LÓPEZ, F., JIMENO SERRANO, J. F., OLALLA MERCADÉ, M.A., RUESGA BENITO, S. M., SÁEZ LARA, C., TOHARIA CORTÉS, L. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas: Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.

CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid, La Ley, 2008.

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Constitucionalismo laboral europeo” en VV.AA.: *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación*, CASAS BAAMONDE, M. E., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GIL ALBURQUERQUE, R., GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), Vol. 1, 2023.

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Salcedo Beltrán, M. C. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Historia del Ministerio de Trabajo, 1977-1981: el comienzo de la democracia” en VV.AA.: *Centenario del Ministerio de Trabajo 1920-2020*, CASTILLO, S. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo, 2020.

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos” en VV.AA.: *Estudios en homenaje al profesor Luis María Cazorla Prieto*, CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. (Dir.), Vol. 2, 2021.

LAHERA FORTEZA, J. y FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La flexiseguridad laboral en España”, Madrid, en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, Nº. 157, 2010.

MOLERO MARAÑÓN, M.L. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada, Comares, 2014.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., GALIANA MORENO, J. M., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Los instrumentos de solución de los conflictos colectivos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Servicio de Publicaciones, 1983.

- REIS DE ARAUJO, A.: *El poder del control empresarial en la web 2.0 y la dignidad del trabajador: el uso laboral de los dispositivos móviles y entornos colaborativos*, prólogo de FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Albacete, Bomarzo, 2019.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La reforma laboral 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., GARCÍA QUIÑONES, J. C., JUANES FRAGA, E., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., ARTEAGA COLLAR, I., MOYA AMADOR, R. y LUIS FERRER GONZÁLEZ, J.: “Del proceso ordinario”, en VV.AA.: *El nuevo proceso laboral: estudio técnico-jurídico de la Ley de procedimiento laboral*, MONEREO PÉREZ, J. L., SERRANO FALCÓN, C. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., GARCÍA QUIÑONES, J. C., JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Del proceso ordinario” en VV.AA.: *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, en VV.AA.: *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: “De los actos preparatorios y diligencias preliminares, de la anticipación y aseguramiento de la prueba y de las medidas cautelares”, en VV.AA.: *La Ley de la jurisdicción social: estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Comentarios al Convenio general de la construcción*, Fundación Anastasio de Gracia, FITEL, 1993.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, D.L. 1988.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Homenaje a Fernando Valdés Dal-Ré a través de sus Prólogos. 25 años de catedrático de Derecho del Trabajo (1977-2002)*, Valladolid, Lex Nova, 2002.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Madrid, Reus, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada, Comares, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*, Granada, Comares.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales: un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Libros recopilatorios sistematizados de sus trabajos de investigación: Pluralismo social, relaciones laborales y negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1996.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 1996.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “14.- ¿ Qué función debe cumplir a su juicio la inspección de trabajo en el contexto actual del empleo y de las relaciones laborales ?” en VV.AA.: *La Inspección de Trabajo: Regulación española y perspectiva internacional*, GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Algunas, breves, reflexiones sobre el Curso de Derecho del Trabajo” en VV.AA.: *Semblanza del profesor Eugenio Pérez Botija*, DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Algunos aspectos de la reforma del marco de la negociación colectiva” en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 11. Libertad de expresión y de información”, en VV.AA.: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Coords.), Granada, Comares, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 28.1”, en VV. AA.: *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, PÉREZ TREMP, P. y SÁIZ ARNAIZ, A. (Dir.), Vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 37.1: El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución española*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), Vol. 1, Tomo 1, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Wolters Kluwer España, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Artículo 7”, en VV.AA.: *Ley orgánica de libertad sindical: Comentada y con jurisprudencia*, PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F. (Dir.), Madrid, La Ley, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Balance de la reforma laboral 2010-2011”, en VV.AA.: *Relaciones laborales en la crisis: España 2011*, PÉREZ INFANTE, J. I., RUESGA BENITO, S. M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Fundación Ortega-Marañón, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Capítulo 6: El contenido normativo del convenio colectivo”, en VV.AA.: *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Capítulo 72. Las relaciones entre autonomía colectiva y mejora de la productividad: una aproximación desde la doble perspectiva nacional e internacional”, en VV.AA.: *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco, JUSTE MENCIA, J. y ESPÍN GUTIÉRREZ, C., Vol. 2, Tomo 2, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales” en VV.AA.: *The balance between worker protection and employer powers: insights around the world*, CEREJEIRA NAMORA, N., MELLA MÉNDEZ, L., ABRUNHOSA E SOUSA, D., CEREJEIRA NAMORA, G. y CASTRO MARQUES, E. (Ed. lit.), United Kingdom, Cambridge Scholars Publishing, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Constitucionalismo laboral europeo”, en *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), Madrid, Francis Lefebvre, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Constitucionalismo laboral europeo” en VV.AA.: *Derecho Social de la Unión Europea: Aplicación por el Tribunal de Justicia*, CASAS BAAMONDE, M. E. y GIL ALBURQUERQUE, R. (Dir.), Madrid, Francis Lefebvre, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Contrato de puesta a disposición: objeto, supuestos de utilización, forma y duración”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, MOLERO MARAÑÓN, M. L. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer España, 2009.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Cuestiones y problemas aplicativos del acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC)”, en VV.AA.: *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo : X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 4 y 5 de junio de 1997*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración. Subdirección General de Publicaciones, 1998.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en VV.AA.: *Igualdad de género y relaciones laborales*, QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho a la libertad de opinión y de expresión (incluye derecho a comunicar o recibir informaciones): (art. 19 DUDH; art. 19 PIDCP)”, en VV.AA.: *El sistema universal de los derechos humanos: Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Granada, Comares, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derecho de huelga e interés comunitario: los criterios de solución de un conflicto entre derechos fundamentales” en VV.AA.: *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, RUBIO LLORENTE, F. (Hom.), Vol. 1, España, Congreso de los Diputados, 2002.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos” en VV.AA.: *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), España, Biblioteca Nueva, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual” en VV.AA.: *Las reformas laborales : análisis y aplicación práctica*, PEDRAJAS MORENO, A. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El cierre patronal”, en VV.AA.: *Jurisprudencia e instituciones jurídico-laborales: estudio en Homenaje al profesor Ramírez Martínez con motivo de su jubilación*, GARCÍA ORTEGA, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El contexto histórico-político y jurídico del reconocimiento constitucional del derecho de huelga”, en VV.AA.: *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, PENDÁS GARCÍA, B. (Dir.), Vol. 2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho constitucional a la protección de la salud. Configuración general y ámbito subjetivo”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad” en VV.AA.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II): XIII Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 2, 1993.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad” en VV.AA.: *Relaciones sociolaborales: (aspectos jurídicos, económicos y sociales)*, ORTEGA ESTEBAN, J. (Ed. lit.), España, Universidad de Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca, 1993.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El derecho del trabajo en la Segunda República” en VV.AA.: *La república de los trabajadores: la Segunda República y el mundo del trabajo*, ARÓSTEGUI SÁNCHEZ, J. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2006.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por Ley 6/2007”, en VV.AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, BAYLOS GRAU, P., A., CABEZA PEREIRO, J., CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 2015, pp. 875-905.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco constitucional del derecho a la protección de la salud”, en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado de bienestar: una visión nacional y europea*; MORENO VIDA, M. N. y DÍAZ AZNARTE, M. T. (Dirs.), Granada, Comares, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El marco jurídico legal de la LETA”, en VV.AA.: *El estatuto del trabajo autónomo*, CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El modelo español de negociación colectiva” en VV.AA.: *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, PÉREZ DE LOS COBOS, F. y ORIHUEL, JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET, J. M. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El papel de la negociación colectiva en la promoción del principio de igualdad por razón de género”, en VV.AA.: *Libro homenaje a Abdóm Pedrajas Moreno*, SALA FRANCO, T. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El régimen especial de trabajadores autónomos en el proceso de reforma de la Seguridad Social” en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El servicio de información de los servicios públicos de empleo como instrumento de la coordinación del Sistema Nacional de Empleo”, en VV.AA.: *La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MÁRQUEZ PRIETO, A. (Dirs.), Junta de Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El sistema de fuentes del derecho del trabajo”, en VV.AA.: *Lecturas de derecho laboral español e italiano*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y PERULLI, F. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El trabajo altruista y gratuito”, en VV.AA.: *El trabajo, en Homenaje a Juan Rivero Lamas*, DE LA VILLA GIL, L. E (Coord.), Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El tratamiento por las Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Flexibilidad interna: las alteraciones de sus tradicionales funciones”, en VV.AA.: *Precarización y empobrecimiento de la población trabajadora en España*, CEBRIÁN LÓPEZ, I. C. (Ed. lit.), Madrid, Universidad de Alcalá, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Génesis y desarrollo del Estatuto: anotaciones en minúscula a la historia de una ley mayúscula”, en VV.AA.: *25 años del Estatuto de los Trabajadores : (1980-2005)*, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Igualdad de trato y no discriminación en la actividad de intermediación laboral”, en VV.AA.: *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo: libro homenaje a la profesora Teresa Pérez del Río*, CRUZ VILLALÓN, J., GARRIDO PÉREZ, E. y FERRADANS CARAMÉS, C., Sevilla, ACARL, 2015.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral”, en VV.AA.: *Igualdad de género. Una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción*, Burgos, 11, 12 y 13 de marzo de 2008, GÓMEZ CAMPELO, E. y VALBUENA GONZÁLEZ, F. (Coords.), Burgos, Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones e Imagen Institucional: Caja de Burgos, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue”, en VV.AA.: *Cuadernos de derecho para ingenieros 22: las últimas reformas del mercado laboral en España*, AGÚNDEZ, M.A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (Dir.), Vol. 22, Madrid, La Ley, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Ingreso al trabajo y colocación”, en VV.AA.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, BORRAJO DACRUZ, E. (Coord.), Madrid, La Ley, 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia europea sobre la inmigración”, en VV.AA.: *Migraciones y su transversalidad: análisis interdisciplinar*, MONSALVE CUÉLLAR, M. E. (Coord.), España, Alderabán, 2018.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia sobre negociación colectiva (2009)”, Fernando Valdés Dal-Ré, en VV.AA.: *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo*, FERRER SAIS, A. (Coord.), Vol. 1, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia sobre negociación colectiva en 2010”, en VV.AA.: *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo*, Ferrer Sais, A. (Coord.), Vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La contractualización de la protección por desempleo”, Fernando Valdés Dal-Ré, en *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Pedro Gete Castrillo, Fernando Valdés Dal-Ré (dirs.), 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español” en VV.AA.: *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, DUEÑAS HERRERO, L. J. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La eficacia jurídica de los convenios según la jurisprudencia social: Cuatro desentimientos”, en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), Madrid, Tecnos, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La estructura formal y la calidad técnica de la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo”, en VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.), Reus, Fundación Alfonso Martín Escudero. Fundación Francisco Largo Caballero 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La flexibilidad del mercado de trabajo. Teoría e ideología” en VV.AA.: *El trabajo del futuro*, CASTILLO ALONSO, J. J. (Coord.), Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Editorial Complutense, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La Huelga General de diciembre de 1988: reflexiones sobre el contexto histórico-político y jurídico del RDL 17/1977”, en VV.AA.: *El paro general del 14 de diciembre de 1988: causas, desarrollo y consecuencias de la huelga con mayor seguimiento de la democracia*, MÉNDEZ, C. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2013.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)” en VV.AA.: *La sociedad anónima europea : régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. y ESTEBAN VELASCO, G. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 2004.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios”, en VV.AA.: *Reforma laboral 2012: preguntas y respuestas*, LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C. (Coords.), Madrid, Cinca, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La indemnización por despido colectivo: el errático debate sobre la dispositividad de un derecho mínimo” en VV.AA.: *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y BORRAJO DACRUZ, E. (Coords.), Madrid, Wolters Kluwer España, 2003.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación del Tribunal Constitucional” en VV.AA.: *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, MONEREO PÉREZ, J. L., VILA TIERNO, F. y ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. (Dir.), Granada, Comares, 2020.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La legislación laboral negociada entre la conversación social y el diálogo social” en VV.AA.: *La reforma pactada de la legislación laboral y de seguridad social*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931), entre la protección y la restricción”, en VV.AA.: *Cien años trabajando por la igualdad*, CAPEL MARTÍNEZ, R. M. (Coord.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La legitimación empresarial para negociar convenios estatutarios”, en VV.AA.: *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, BLASCO PELLICER, A. A. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La lucha contra la temporalidad injustificada por la ley de reforma del mercado de trabajo (la pequeña historia de una gran disociación entre buenos objetivos e ineficientes técnicas)”, en VV.AA.: *Anuario de relaciones laborales en España: objetivo el trabajo*, Ferrer Sais, A. (Coord.), Vol. 2, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La mayor representatividad sindical”, en VV.AA.: *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales: Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, M. R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La movilidad funcional” en VV.AA.: *La modificación del contrato de trabajo*, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. (Coord.), España, Ibidem, 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo”, en VV.AA.: *La nueva función de la negociación colectiva y los acuerdos interconfederales sobre el empleo : X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Madrid, 4 y 5 de junio de 1997*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración. Subdirección General de Publicaciones, 1998.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La obesidad como motivo de despido ex artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores” en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, GÁRATE CASTRO, F. J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dir.), Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 2020.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La pensión de jubilación máxima. El tope de pensión de jubilación” en VV.AA.: *Tratado de jubilación : Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, LÓPEZ CUMBRE, L. (Coord.), España, Iustel, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma de la intermediación laboral”, en VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Coord.), Madrid, La Ley, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma laboral de 2012-2014: reflexiones críticas sobre la fuente prioritaria de regulación y las materias reguladas”, en VV.AA.: *Reformas laborales en la gran recesión*, RUESGA BENITO, S. M., PÉREZ INFANTE, J. I. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La representatividad sindical”, en VV.AA.: *Los sindicatos: homenaje al profesor Don Jaime Montalvo Correa con motivo de su jubilación*, De la VILLA GIL, L. E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coords.), Madrid, Lex Nova, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La solución extrajudicial de conflictos en el derecho europeo” en VV.AA.: *Los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales: situación actual y perspectivas de futuro (en memoria del Prof. Javier Matía Prim)*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coord.), España, Fundación SIMA, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las reglas de concurrencia entre convenios colectivos, Fernando Valdés Dal-Ré” en VV.AA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, GOERLICH PESET, J. M. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), Madrid, Lex Nova, 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las relaciones laborales especiales” en VV.AA.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral: estudios en homenaje al profesor doctor Efrén Borrajo Dacruz*, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertades de reunión y asociación (artículo 11)” en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Coords.), Granada, Comares, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertad religiosa y contrato de trabajo” en VV.AA.: *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, CASAS BAAMONDE, M. E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F. (Coords.), 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los derecho de implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, en VV.AA.: *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dirs.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los despidos por causa económica”, en VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Los límites a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo” en VV.AA.: *Derecho y Autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, GASPAS LERA, S. (Coord.), Granada, Comares, 2017.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Nota introductoria al estudio “Teorías de receso. Problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo” en VV.AA.: *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (Coords.), España, Centro de Estudios Financieros, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva” en VV.AA.: *La reforma de la negociación colectiva*, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y DEL REY GUANTER, S. (Coords.), 1995.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva” en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral: Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Colegio de Abogados de Málaga (Málaga, noviembre 1994)*, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), España, Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo 1997.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Novedades en la negociación colectiva”, en VV.AA.: *Cuadernos de derecho para ingenieros 22: las últimas reformas del mercado laboral en España*, AGÚNDEZ, M.A. y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J. (Dir.), Vol. 22, Madrid, La Ley, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Nuevas formas de organización de la empresa, globalización y relaciones laborales”, en VV.AA.: *Relaciones laborales, organización de la empresa y globalización*, LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Orientaciones para una reforma de la ordenación jurídica de la negociación colectiva” en VV.AA.: *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, CAMPS RUIZ, L. M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. Y SALA FRANCO, T. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Participación y representación de los agentes sociales y de los trabajadores en la Seguridad y Salud en el Trabajo” en VV.AA.: *Historia de la prevención de riesgos laborales en España*, APARICIO TOVAR, J. y SARACÍBAR SAUTÚA, A. (Coords.), Madrid, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Persona del trabajador. Constitución, principio de igualdad” en VV.AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en VV.AA.: *Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, GÓMEZ ÁLVAREZ, U. (Coord.), España, Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones, 1993.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Poder normativo del Estado y sistema español de relaciones laborales: veinticinco años después” en VV.AA.: *Transformaciones laborales en España : a XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, VALDÉS DAL-RÉ, F., RUESGA BENITO, S. M. y ZUFIAUR NARVAIZA, J. M. (Coords.), Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Principio de igualdad y prohibición de discriminación. Derechos fundamentales”, en VV.AA.: *Igualdad*, Lefebvre, F., Madrid, Francis Lefebvre, 2019.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Sindicatos más representativos de ámbito autonómico y sindicatos representativos de sector”, en VV.AA.: *Trabajo, contrato y libertad: estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, GOERLICH PESET, J. M. y BLASCO PELLICER, A. A. (Coords.), Valencia, Universidad de Valencia, 2010.

- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Spanish Labour Law Report”, en VV.AA.: *Cross-border Collective Actions in Europe: a Legal Challenge (a Study of the Legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective)*, DORSSEMONT, F., JASPERS, T. Y VAN HOEK, A. A. H. (Dir.), Cambridge, Intersentia, 2007.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Tutela judicial efectiva y acceso al proceso laboral” en VV.AA.: *El proceso laboral : estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, Lex Nova, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Violencia laboral y derechos fundamentales”, en VV.AA.: *Retos del Derecho del Trabajo frente el desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.), Sevilla, ACARL, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, en VV.AA.: *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*, GORELLI HERNÁNDEZ, J., (Coord.), Sevilla, ACARL, 2014.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: “La Ley reformadora 11/1994, Ley Orgánica y delegación legislativa”, en VV.AA.: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, CASAS BAAMONDE, M. E. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Coords.), Madrid, La Ley, 1994.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y DUEÑAS HERRERO, L. J.: *Balance material del proceso de sustitución de las ordenanzas laborales: continuidad y crisis de sus contenidos normativos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 1999.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y GARCÍA BLASCO, J.: “Artículo 37” en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución española*, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), Madrid, Boletín Oficial del Estado; Tribunal Constitucional; Wolters Kluwer España; Ministerio de Justicia, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las Ordenanzas Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección de información Administrativa y Publicaciones, 2004.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: *La flexiseguridad laboral en España*, Madrid, Documento de Trabajo, Fundación Alternativas, 2009.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y LAHERA FORTEZA, J.: “Funciones de la negociación colectiva en las reestructuraciones empresariales” en VV.AA.: *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales*, CUENCA ALARCÓN, M. (Coord.), España, Pearson Educación, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho laboral y de la seguridad social*, Madrid, La Ley, 1985.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y SANTIAGO REDONDO, K. M.: “El recurso de amparo”, en VV.AA.: *Lecciones de jurisdicción social*, MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO, GARCÍA BECEDAS, G. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y SANTIAGO REDONDO, K. M.: “El recurso de amparo” en VV.AA.: *Lecciones de jurisdicción social*, NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *Comentarios a la Ley de empleo*, La Ley, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y VALDÉS ALONSO, A.: *El trabajo autónomo dependiente*, Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo, 2003.

- VALDÉS DAL-RÉ, F. y VALDÉS ALONSO, A.: “El trabajador autónomo: transformaciones, marco legal y concepto” en VV. AA.: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, MONEREO PÉREZ, J. L. y VILA TIERNO, F. (Coords.), Granada, Comares, 2017.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. y ZUFIAUR NARVAIZA, J.M.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2006.
- VV.AA.: *30 años de libertad sindical*, VALDÉS DAL-RÉ, F., Fundación Francisco Largo Caballero, 2007.
- VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, MOLERO MARAÑÓN, M. L. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Wolters Kluwer, 2009.
- VV.AA.: *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*, GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E., MOLERO MARAÑÓN, M.L., GARCÍA QUIÑONES, J.C., LAHERA FORTEZA, J., MURCIA CLAVERÍA, A. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Francis Lefebvre, 2018.
- VV.AA.: *El futuro del trabajo: análisis jurídico y socioeconómico*, Monsalve Cuéllar, M.E. (Coord.), con prólogo de FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Alderabán, 2017.
- VV.AA.: *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva: la reforma laboral de 1997*, CASAS BAAMONDE, M. E., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Tecnos, 1998.
- VV.AA.: *Igualdad de género y relaciones laborales*, QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2008.
- VV.AA.: *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), con prólogo de FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Wolters Kluwer, 2010.
- VV.AA.: *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos*, VALDÉS DAL-RÉ, F., DA SILVA BICHARA, J., LASIERRA ESTEBAN, J.M., PÉREZ ORTIZ, L., PÉREZ TRUJILLO, M. y RUESGA BENITO, S.M. (Dir.), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.
- VV.AA.: *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E. (Dir.), Barcelona, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2011.
- VV.AA.: *La reforma del mercado laboral*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 1994.
- VV.AA.: *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dir.), Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2010.
- VV.AA.: *Las relaciones laborales en la Comunidad de Madrid*, DILLA CATALÁ, M. J., GETE CASTRILLO, P., HUERTAS BARTOLOMÉ, T., LAHERA FORTEZA, J., LLANO SÁNCHEZ, M., MERINO SENOVILLA, H., QUINTANILLA NAVARRO, B., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.
- VV.AA.: *Lecturas de derecho laboral español e italiano*, BRINO, V., VALDÉS DAL-RÉ, F. y PERULLI, A. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch-G. Giappichelli Editore, 2019.
- VV.AA.: *Libertad de asociación de trabajadores y empresarios en los países de la Unión Europea*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2006.

VV.AA.: *Los nuevos textos refundidos*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E., Madrid, La Ley, 1995.

VV.AA.: *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Las Rozas (Madrid), La Ley, 2008.

VV.AA.: *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo: análisis crítico de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, GETE CASTRILLO, P. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Cinca, 2003.

VV.AA.: *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

VV.AA.: *Relaciones laborales en la crisis: España 2011*, PÉREZ INFANTE, J.I., RUESGA BENITO, S.M. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), Madrid, Fundación Ortega-Marañón, 2012.

3. Sobre Fernando Valdés

BRUNET, J. M.: “Fernando Valdés, magistrado del Constitucional. Formó parte de la minoría progresista de 2012 a 2020, cuando dimitió”, en *ELPAÍS*, 2023.

GONZÁLEZ POSADA, E.: “Fernando Valdés Dal-Ré: In Memoria”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 65, 2023.

LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Fernando Valdés Dal-Ré, Maestro del Derecho del Trabajo”, *Obituario-ELPAÍS*, 2023.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fernando Valdés Dal-Ré (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2023.

Real Decreto 1118/2012, de 20 de julio, por el que se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a don Fernando Valdés Dal-Ré.

Real Decreto 913/2020, de 15 de octubre, por el que se declara el cese de don Fernando Valdés Dal-Ré como Magistrado del Tribunal Constitucional.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: “in memoriam Fernando Valdés Dal-Ré: La defensa constitucional de las relaciones laborales”, en *ELPAÍS*, 2023.

VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudio en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, I. y MOLERO MARAÑÓN, M. L. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2021.

VV.AA.: *Libro Homenaje Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica*, Valladolid, Lex Nova, 2014.

In Memoriam al profesor Fernando Valdés Dal-Ré

ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ
*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid*

Con la muerte de Fernando Valdés, algo se va, pero también mucho queda. Entre lo que se queda ya se ha dicho reiteradamente por los profesores que le han dedicado recientemente su recuerdo al reproducir su extensa obra científica. No voy por tanto a recordar una bibliografía bien conocida, tampoco su biografía profesional. Sólo apuntar su vital y completa aportación en lo que se refiere a la configuración jurídica y eficacia de la negociación colectiva y los derechos fundamentales de matriz constitucional, así como, más recientemente al pluralismo constitucional, o protección multinivel de los derechos fundamentales.

Investigador brillante, profesor apasionado, hombre público entregado, compañero, generoso. Esas eran las cualidades que no se suelen citar en su currículum. Fernando creía en lo que decía.

A Fernando Valdés se le pueden aplicar los versos que Juan Boscán dedicó a la muerte de Garcilaso: al bien siempre aspiraste y siempre con tal fuerza lo seguiste que a pocos pasos tras él corriste, y en todo enteramente le alcanzaste.

Como investigador huyó del malabarismo jurídico con que en la actualidad hoy se permite jugar con los preceptos y las normas. Dibujó el conflicto de intereses que anida debajo de cada regla jurídica. Sutilmente nos recordó como la ley es la imagen del poder, y que su distribución está en las entrañas del contrato de trabajo. Nos introdujo en la vital distinción entre lo individual y lo colectivo en el Derecho del Trabajo, perfilando con perspicacia las conexiones y los márgenes existentes en cada caso.

Valdés subrayaba, que 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, 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.

Puede afirmarse que Fernando Valdés fue uno de los primeros autores en España en configurar el derecho constitucional del trabajo, dotando a la Constitución española de una dogmática utilísima en la práctica judicial.

Su presencia en el Tribunal Constitucional le permitió además mantener su magisterio, no sólo en sentencias sino también en los votos particulares. Como por ejemplo en el Auto del Pleno 180/2013, de 17 de septiembre de 2013, texto de particular actualidad: "...Así entendido, el Tribunal Constitucional es un órgano de inequívoca naturaleza político constitucional, derivando esta adjetivación de su función y del objeto de sus resoluciones así como de la fuente de su legitimación y el procedimiento de designación de sus miembros. En otras palabras, el Tribunal Constitucional, a través de las decisiones que en colegio adoptan los jueces elegidos, desempeña una función jurisdiccional con repercusión política; directa y netamente política, pues el Derecho Constitucional tiene contenido político en cuanto define los principios y valores configuradores de nuestro Estado plural y de nuestra convivencia, y precisa los límites de la acción y las relaciones entre los diversos poderes constituidos." Por ello continúa, la confianza de la ciudadanía exige extremar, con exquisito


rigor, las garantías de imparcialidad. La sociedad evoluciona, la Constitución evoluciona y el Tribunal Constitucional debe evolucionar al ritmo de los tiempos. Tiempos que no son de torres de marfil, sino de casas de cristal.

Actualidad argumental que se puede destacar en la Sentencia núm. 8/2015 de 22 enero del Pleno del Tribunal Constitucional, también por voto particular, afirmando que el límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser, así pues, único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a resultas del ciclo económico. Ciertamente, el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico. Pero esa maleabilidad no es predicable de su contenido esencial que, por su propia configuración, ha de estar dotado de una estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica.

Recordar ahora los puntos cardinales de su doctrina sirve para tener en cuenta la dirección que debe guiarnos en nuestro quehacer científico. Puntos cardinales que se extienden a las funciones que deben ser propias del maestro y también del profesor. Guía e instructor.

En toda su obra Fernando Valdés no se ha escudado en una falsa neutralidad, abriendo su argumentación a las cuestiones sociales y políticamente más comprometidas, afirmando con ello la idea de que el jurista debe tener una percepción del conocimiento empírico mediante la observación y análisis tanto de las normas jurídicas como de los fenómenos jurídicos. El maestro nos dibujó unas cartas de navegación que hoy nos debe permitir caminar en la intrincada selva de conflictos jurídicos y sociales.

Comentario al voto particular emitido por don Fernando Valdés Dal-Ré (junto a doña Adela Asua Batarrita) con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional 33/2017, de 1 de marzo (BOE de 7 de abril), pronunciada como respuesta al recurso de inconstitucionalidad núm.4585-2012, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos artículos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Instituto de Derecho Comparado
Proyecto de investigación PID2020-118499GB-C31
Universidad Complutense de Madrid
 <https://orcid.org/0000-0001-9586-7544>

I.

La sentencia TC 33/2017, dictada por el Pleno de dicho órgano jurisdiccional, dio respuesta al recurso de inconstitucionalidad núm.4585-2012, promovido ese mismo año de 2012 por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con los artículos 1.1, 1.2, 4.1, 4.4, 10.4 y 10.5 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de “medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones” (BOE de 24 de abril). Tras declarar la pérdida sobrevenida de objeto de la impugnación dirigida contra uno de esos preceptos (el artículo 10.4), la sentencia decidió la desestimación “en lo demás” del recurso de inconstitucionalidad de referencia. La resolución del TC, no obstante, apareció acompañada de dos votos particulares discrepantes. El segundo de ellos iba rubricado por don Juan Antonio Xiol Ríos, quien mostró su discrepancia “con parte de la fundamentación jurídica y con el fallo”, que a su juicio “hubiera debido ser parcialmente estimatorio”. El primero, por su parte, fue firmado por doña Adela Asua Batarrita y don Fernando Valdés Dal-Ré, que dejaron constancia de su opinión disidente respecto de dos apartados del recurso, en los términos conclusivos que inmediatamente vamos a señalar.

En relación con el primero de esos apartados, referido al artículo 1.2 de la norma impugnada, estos dos magistrados concluyeron que “resulta jurídicamente innecesario y, desde el punto de vista competencial, altamente perturbador que el Estado proyecte una especie de control o tutela sobre el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas, insertando una intervención ejecutiva en forma de acto formal de reconocimiento de la condición de asegurado, con carácter previo a que las autoridades sanitarias autonómicas expidan la tarjeta sanitaria y presten la correspondiente asistencia sanitaria, y con el pretendido valor de imponerse sobre dichas autoridades autonómicas”.

En lo que toca al segundo punto, relativo al artículo 10.5 del texto legal de referencia, el voto particular de los magistrados Asua y Valdés esgrimía el argumento de que la prohibición que tal precepto imponía a las comunidades autónomas en orden al reconocimiento de prestaciones de contenido económico al personal estatutario en edad de jubilación suponía “una intromisión en la

competencia autonómica exclusiva de acción social en relación con el personal al servicio de su Administración, mediante la imposición de un condicionamiento que limita la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma para fijar los objetivos, el destino y los posibles beneficiarios de sus propios fondos de acción social”, con una afectación “directa y singularmente intensa al ejercicio de una competencia autonómica que tiene carácter exclusivo”, de modo que, al no tratarse de bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos que pudiera tener amparo en el artículo 149.1.18 CE, la regla legal portadora de dicha prohibición “debió ser declarada inconstitucional y nula”.

II.

En este brevísimo comentario, y debido a la propia concepción del homenaje, nos vamos a referir exclusivamente a este voto particular de los magistrados Asua y Valdés, sin más alusiones a partir de ahora al voto del magistrado Xiol Ríos. Pero antes de entrar en la parte que nos corresponde, debemos presentar tanto la norma de rango legal que en su momento fue impugnada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía que por aquellas fechas regía los destinos de esa Comunidad Autónoma, como los argumentos del recurso de inconstitucionalidad que contra la misma interpusieron los responsables gubernamentales de la Junta de Andalucía en aquella época, así como los fundamentos de la sentencia que les dio respuesta y que a la postre motivó las voces discrepantes a las que nos hemos referido.

Respecto de la disposición legal impugnada, el RDL 16/2012, podemos decir por de pronto que, como tantas otras normas del periodo inmediatamente posterior a la crisis económica y financiera del año 2008, muchas de ellas referidas al ámbito de la protección social, había sido aprobada con el fin de “garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones”, esto es, con un evidente sentido de contención del gasto. Como justificación de su “extraordinaria y urgente necesidad” (conforme a lo exigido por el artículo 86.1 de la Constitución), el RDL 16/2012 aludía en su preámbulo a una situación de grave dificultad económica “sin precedentes” en el mencionado sistema sanitario, que, de acuerdo con el propio texto, tenía su origen en una serie concatenada de circunstancias, entre las que destacaba la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, en el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema, con un resultado final de “alta morosidad” y de “insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias”. A ello había que añadir —seguía diciendo el texto de referencia— los problemas derivados de la “descoordinación entre los servicios de salud autonómicos”, la puesta en cuestión de “la cohesión territorial y la equidad” a consecuencia de “determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años”, el incremento del gasto sanitario derivado del envejecimiento de la población, y “los preocupantes costes de destrucción de productos desechados sin utilizar o de unidades excedentes de las pautas terapéuticas establecidas”.

La exposición de motivos del RDL 16/2012 se completaba con algunos otros asertos: 1) la anotación de que “todos los países de la Unión Europea están analizando y adoptando medidas que permiten optimizar sus modelos asistenciales y farmacéuticos”; 2) la consideración de que “a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas” era imprescindible “regular la condición de asegurado” para evitar “algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria...que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”, y 3) una rotunda declaración destinada a poner de manifiesto que había que dotar al sistema sanitario de “solvencia” y “viabilidad” con la mayor urgencia posible. Finalmente, se dejaba constancia en ese texto preliminar de que las comunidades autónomas habían extendido el derecho de cobertura sanitaria “de forma muy diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento”, de que el “entramado jurídico-administrativo” encargado de la gestión de la asistencia sanitaria dificultaba la transparencia y “la eficiencia en su aplicación”, y, por último, de que era necesario solucionar “la

financiación de la atención sanitaria prestada a las personas residentes en una comunidad autónoma distinta”.

Con ese preámbulo, el RDL 16/2012 llevó a cabo retoques de diversa índole en algunas de las disposiciones legales preexistentes que se ocupaban en aquellos momentos del sistema nacional de salud, aunque no todas esas modificaciones quedaron afectadas por el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar a la sentencia TC que ahora comentamos. En tal recurso fueron impugnados, en concreto, los preceptos siguientes: a) el artículo 1 del RDL 16/2012, en cuanto modificaba la definición de “la condición de asegurado” y establecía los requisitos de reconocimiento y control de dicha condición, lo que acarrearía algunas modificaciones en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, sobre cohesión y calidad del sistema nacional de salud; b) el artículo 4 de esa misma norma, en cuanto modificaba la regulación previamente establecida por Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, sobre prescripción de medicamentos y fijación de sus precios, y c) su artículo 10, en cuanto reajustaba algunos aspectos del régimen jurídico del personal estatutario del sistema nacional de salud que unos años antes había proporcionado el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, con el fin, concretamente, de promover la integración de determinados cuerpos de empleados de las instituciones sanitarias públicas en “personal estatutario fijo” y de prohibir a las comunidades autónomas la concesión, con cargo a sus fondos de acción social, de prestaciones de contenido económico al personal estatutario que hubiera cumplido la edad de jubilación dispuesta por la legislación en materia de seguridad social o, en caso de prolongación de servicio activo, la edad prevista a tal efecto en “la resolución que autorice esta prolongación”.

III.

Tras sostener que, al aprobar el RDL 16/2012, el Gobierno del Estado habría infringido el artículo 86.1 CE “tanto en lo que se refiere a los límites formales como materiales del decreto-ley”, y mediante la invocación en favor de sus pretensiones de diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Andalucía, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Andalucía cuestionaba la norma legal impugnada en los siguientes puntos y con los argumentos siguientes:

a) en relación con su artículo 1.1, aducía el recurso referido que la sustitución del concepto de titular del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria por la mera garantía de “asegurado” suponía “una degradación normativa de los derechos ciudadanos que infringe el art. 43 CE, así como su norma de desarrollo, la Ley 14/1986, general de sanidad”, al mismo tiempo que una desconsideración del “principio de universalidad constitucionalmente reconocido y socialmente recepcionado por el pacífico consenso social, desde el nacimiento de nuestro sistema constitucional”;

b) en relación con el artículo 1.2 de la misma norma de referencia, el recurso del Gobierno de Andalucía defendía la declaración de inconstitucionalidad por haberse acometido “una regulación detallada de una actividad materialmente ejecutiva, como es el tratamiento de datos, reconocimiento y control de la condición de asegurado, y comunicación de variaciones para que surtan los efectos oportunos ante las Administraciones sanitarias, que serán las que expidan la tarjeta sanitaria individual y faciliten el acceso de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias correspondientes”, a lo que se añadía que ello entraba en contradicción con “la dirección que marca el principio constitucional de universalidad del sistema, con vulneración del art. 43. 1 y 2 CE, en conexión con lo señalado en el art. 149.1.1 CE y en oposición al consenso social que dimana de la conformación de nuestro Estado como Estado Social (art. 1 CE)”, y que vulneraba asimismo “las competencias de las Comunidades Autónomas, al tratarse de una norma básica tan exhaustiva que no deja espacio normativo al ejercicio por éstas de sus competencias de desarrollo”;

c) en relación con el artículo 4.1 y 4 del RDL 16/2012, alegaba el recurso de inconstitucionalidad “que el carácter exhaustivo y detallado de la regulación que se efectúa, no deja margen para que la

Comunidad Autónoma despliegue su competencia compartida en materia de sanidad y su competencia exclusiva sobre ordenación farmacéutica en el marco del art. 149.1.16 CE, por lo que se excede el alcance propio de las normas básicas, cercenando las competencias previstas en el art. 55 del Estatuto de Autonomía”, todo ello bajo la premisa de que se trataba de una regulación conectada al título competencial relativo al establecimiento de las bases de la sanidad (art.149.1.16 CE), sin apoyo posible en los títulos competenciales referidos a materia de seguridad social o a la legislación sobre productos farmacéuticos;

d) en relación con el artículo 10.4 de esa misma disposición legal, aducían los recurrentes que conculcaba el reparto competencial “al rebasar la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18 CE y lesionar las competencias autonómicas compartidas en materia de función pública y las que ostenta en relación al régimen de su personal funcionario y estatutario”, que según los recurrentes “abarcaría la regulación de los procedimientos de integración de este personal, por lo que el establecimiento por el Estado, en el precepto recurrido, de un sistema obligatorio de integración, invade las competencias de la Comunidad Autónoma sobre desarrollo de la normativa básica estatal”;

y e) en relación con el artículo 10.5 de la norma impugnada, la demanda presentada por los responsables gubernamentales de la Junta de Andalucía sostenían “que el precepto contiene una regulación relativa a la acción social, que resulta contraria a la competencia exclusiva que, en esta materia ostenta la Comunidad Autónoma”, bajo el presupuesto de que, aunque se rija por su legislación específica, el personal estatutario del sistema nacional de salud también quedaba afectado por “las competencias autonómicas en materia de acción social”, siendo así que “la nueva regulación del precepto impugnado constituye un mandato acabado, sin margen para la actuación autonómica y, en consecuencia, inconstitucional”.

IV.

Tras describir en su bloque de antecedentes los argumentos aportados por el Abogado del Estado, que solicitaba frontalmente “la desestimación íntegra del recurso de inconstitucionalidad formulado”, la sentencia TC 33/2017 recordó en primer término que el RDL 16/2012 ya había sido objeto de otras dos resoluciones del propio TC, una para dar respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra (sentencia 139/2016, de 21 de julio), y otra para poner fin al recurso que con ese mismo objeto había formulado el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias (sentencia 183/2016, de 3 de noviembre). Al decir de la sentencia TC 33/2017, estas otras decisiones contenían una doctrina “trasladable al presente supuesto”, habida cuenta de que en el recurso de inconstitucionalidad núm.4585/2012 se planteaba “en términos coincidentes” a los anteriormente resueltos, pues se refería “a los mismos preceptos” y se sustentaba “en idénticos motivos”. Esta circunstancia, de acuerdo con su propia jurisprudencia (con cita a tal efecto de la sentencia TC 172/1998, de 23 de julio), permitía al TC desestimar las impugnaciones del Gobierno de Andalucía con una “mera remisión” a lo señalado en los respectivos fundamentos jurídicos de esas otras resoluciones en todo aquello en lo que se apreciara “coincidencia objetiva”, de modo que en tal caso bastaba con “dar por reproducidos” dichos fundamentos sin necesidad alguna de recuperar su texto para construir esta otra resolución, “siquiera sea en extracto” (conforme a la doctrina sentada en sentencia TC 100/2016, de 25 de mayo).

Con esa argumentación, la sentencia TC 33/2017 procedió a la desestimación prácticamente automática de buen número de las impugnaciones presentadas por los recurrentes, entre ellas algunas de las que trataban de fundarse en el artículo 86.1 CE por supuesto mal uso de la figura del decreto-ley, así como la que se cernía sobre una parte de las modificaciones introducidas por el artículo 10.4 del RDL 16/2012, en este caso porque la regla afectada ya había sido declarada inconstitucional y nula por una de aquellas sentencias precedentes (TC 183/2016), y bajo la premisa elemental de que “la expulsión del ordenamiento jurídico” de una determinada previsión legal conlleva “la pérdida sobrevenida de objeto” de su impugnación (sentencia TC 139/2011, de 14 de septiembre, entre otras).

De ese modo, la tarea de enjuiciamiento del TC en el recurso de inconstitucionalidad núm.4585-2012 quedaba ceñida a las impugnaciones que no podían solventarse con el uso de resoluciones previas.

Una de las cuestiones necesitadas de un pronunciamiento propio por parte del TC era, de nuevo, la referida a la posible infracción del artículo 86.1 CE, en este caso por falta del presupuesto habilitante en relación con algunos de los preceptos legales respecto de los que, a resultas de su impugnación, el Gobierno de Andalucía suplicaba su anulación. En este sentido, la sentencia TC 33/2017 dedicó una buena parte de sus fundamentos a reproducir fragmentos de su doctrina sobre la figura del decreto-ley, esencialmente para recordar que en esta clase de juicios se ha de atender tanto a “los motivos que, habiendo sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación, hayan sido explicitados de una forma razonada”, como al grado de conexión “entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma”, para llegar a la conclusión, al igual que en casos precedentes (sentencia TC 139/2016), de que el autor de la norma había ofrecido “una justificación general” aceptable en la medida en que había hecho referencia a una situación grave que podía dificultar la viabilidad del sistema nacional de salud y por cuanto se introducían medidas de ahorro y de racionalización del gasto que guardaban “la necesaria congruencia con los problemas que la norma persigue solucionar y la situación deficitaria que se pretende controlar”. En consecuencia, y tras explicitar también la necesidad de dejar a salvo el “margen de discrecionalidad política que en la apreciación de este requisito corresponde al Gobierno”, la sentencia concluye con la desestimación de ese motivo de inconstitucionalidad.

Respecto del resto de las impugnaciones, la sentencia TC 33/2017 aportó las siguientes consideraciones, en función de los puntos de controversia planteados o suscitados por el recurso de inconstitucionalidad:

1) respecto de la distribución constitucional de competencias en lo que toca a las bases y la coordinación general de la sanidad, y con mención de su doctrina general en la materia, el TC recordó que en el concepto de bases se han de entender comprendidos “los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia”, y, más concretamente, que las bases en materia de sanidad buscan el establecimiento de “un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias”; de otro lado, también recordó que la idea de “coordinación” persigue “la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir”, de todo lo cual hay que deducir “que las facultades previstas en el precepto impugnado se insertan en el ámbito específico de las competencias estatales” en cuanto que tienen la finalidad “de hacer posible la información recíproca y la homogeneidad técnica para el ejercicio conjunto de las competencias que corresponden a las autoridades estatales y autonómicas en esta materia”;

2) respecto del título competencial relativo a la legislación sobre productos farmacéuticos, y de nuevo con base en jurisprudencia previa, la mayoría del TC en la resolución que ahora comentamos defendió que tal previsión constitucional tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto “sustancias” cuya fabricación y comercialización está sometida “al control de los poderes públicos” y cuya dispensación conforma la “prestación farmacéutica” del sistema sanitario, por lo que, partiendo “del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad”, había que concluir que las previsiones legales impugnadas a estos efectos “se insertan en el ámbito de la competencia estatal básica en materia de sanidad”;

3) en fin, respecto del régimen jurídico del personal estatutario, y una vez más con sustento en sus pronunciamientos previos, la sentencia TC 33/2017 parte de que la relación jurídica del personal sanitario es una relación funcional especial, para defender a continuación que, siendo el Estado titular de la competencia en relación con las bases del personal estatutario de los servicios de salud, y rigiendo en consecuencia en esta materia “el binomio bases estatales-desarrollo autonómico”, el ejercicio de la competencia autonómica en materia de acción social en relación con el personal

estatutario integrado en los servicios sanitarios autonómicos tiene el límite de no impedir ni menoscabar las competencias del Estado, también en lo que se refiere a “la regulación básica de la acción social en favor de dicho personal”, de modo que una disposición legal como la impugnada, que “no agota la regulación del derecho a la acción social del personal estatutario de los servicios de salud” y que “deja margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en la materia”, se ajusta al orden constitucional de distribución de competencias.

V.

Conocidos los argumentos de la sentencia, estamos en condiciones de comprender mejor las discrepancias mostradas por los magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré, que se concentraban en dos puntos del recurso de inconstitucionalidad de referencia.

La primera de ellas se proyectaba sobre la actividad de reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario abordada directamente por la norma estatal impugnada, que para este voto particular, y en contraposición a la opinión mayoritaria expresada en la sentencia TC 33/2017, no podía ubicarse en el ámbito de la coordinación general de la sanidad, no sólo por tratarse de “una intervención ejecutiva de carácter singular que no tiene encaje en el orden de distribución de competencias”, sino también porque la asunción directa por el Estado de esa función ni dejaba espacio, a juicio de dichos magistrados, para “facultad decisoria o ejecutiva alguna de las Comunidades Autónomas que coordinar”, ni entrañaba la necesidad “de una actuación conjunta”, pues la normativa básica estatal ya se había encargado de regular de manera plena lo relativo a “quién posee la condición de asegurado y, por tanto, quién tiene derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias”.

Por lo que deducían de diversos pronunciamientos precedentes del propio TC, los magistrados Asua y Valdés consideraban que la regla legal impugnada ni siquiera podía justificarse por una función de unificación de “la información existente y dispersa” que materialmente no podía desempeñar, siendo así, además, que “la unificación o el intercambio de información” entre el Estado y las comunidades autónomas no podía constituir “el objeto directo de la facultad estatal de coordinación general”, puesto que tan sólo podía ser “una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. En su opinión, favorable a las tesis de los recurrentes, la norma impugnada atribuía al Estado “la potestad de adoptar actos singulares en una materia cuya ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas”, en contra de la doctrina constitucional que sostiene que “la autonomía exige en principio que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos”.

La segunda discrepancia de estos dos magistrados se refería, como vimos, a la regla legal que imponía a las comunidades autónomas la prohibición de conceder al personal estatutario en edad de jubilación prestaciones de contenido económico con cargo a los fondos de “acción social”, respecto de la que este voto particular niega la mayor, por así decirlo, en cuanto que sostiene que la norma en este caso impugnada no debe adscribirse al ámbito de las bases de la función pública, sino al título competencial que rige para la denominada “acción social”, terreno en el que las competencias de las comunidades autónomas son “exclusivas”, al margen de que se proyecten sobre el personal estatutario de sus respectivos servicios de salud o sobre otros grupos sociales. Los magistrados Asua y Valdés avalan ese parecer con “la propia rúbrica” de la disposición de referencia y con su tenor literal, en tanto que una y otro aludían precisamente a la “acción social” y no a “eventuales derechos del personal estatutario a recibir unas u otras prestaciones de carácter social”. Por lo demás, ponen de relieve estos magistrados que la disposición controvertida no establecía reglas básicas en materia de retribuciones del personal estatutario en edad de jubilación, sino que se traducían en “una norma imperativa sobre el alcance subjetivo que hayan de tener las prestaciones de las Comunidades Autónomas en materia de

acción social del personal sanitario”, lo cual constituía, a su juicio, “una intromisión en la competencia autonómica exclusiva de acción social en relación con el personal al servicio de su Administración”, mediante la imposición del “condicionamiento” que ya conocemos y la consiguiente limitación de “la competencia que corresponde a la Comunidad Autónoma para fijar los objetivos, el destino y los posibles beneficiarios de sus propios fondos de acción social”.

VI.

Desde una perspectiva estrictamente formal, es probable que los argumentos de los magistrados Asua y Valdés cuenten con mayor sustento que los de la mayoría de participantes en la decisión colegiada que finalmente prevaleció en el interior del TC. Que la faceta de reconocimiento y control de la condición de asegurado y beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria pertenece más bien al ámbito de la ejecución administrativa es algo fácil de entender, de la misma manera que no hay mayores obstáculos para compartir la afirmación de este voto particular en el sentido de que cuando todo queda resuelto por una regla legal dispuesta por el Estado, poco espacio resta para las funciones de coordinación de decisiones con distinta fuente e hipotéticamente distintas o contradictorias, puesto que la solución proviene directamente de un precepto de validez general en el conjunto del territorio nacional.

Por otra parte, que para la ubicación competencial de la concesión de prestaciones de contenido económico con cargo a los fondos especiales de acción social deba atenderse sobre todo a su carácter asistencial, conforme a lo que defiende el voto particular, y no tanto a sus eventuales destinatarios, tal y como hacen los magistrados discrepantes, parece una conclusión razonable, pues no se trata de la implantación o reconfiguración de una pieza más del régimen jurídico de un determinado grupo de empleados de la Administración sanitaria (del personal estatutario, concretamente), sino de la aplicación a los grupos sociales que así se decida de unos recursos financieros que están concebidos con una proyección más general en la que potencialmente se encuentran todos los ciudadanos residentes en el territorio de referencia.

Si se está de acuerdo en esos puntos, esto es, en que las normas legales impugnadas en el recurso de inconstitucionalidad núm.4685-2012, o bien abordaban una faceta puramente aplicativa (reconocimiento y control de la condición de asegurado o beneficiario de asistencia sanitaria), o bien se ceñían a cuestiones imbricadas en el campo de la asistencia social (la concesión de prestaciones con cargo a los recursos de acción social), parece lógico defender la adscripción de los actos correspondientes al círculo de competencias autonómicas, tanto si la cuestión se examina desde la perspectiva constitucional, como si se analiza desde lo dispuesto en una legislación autonómica (la andaluza) que atribuía ese tipo de facultades a la comunidad autónoma de referencia.

Pero también es comprensible el propósito de las normas impugnadas (control del gasto público a escala nacional), y, desde ese punto de vista, también es razonable la búsqueda de un lugar apropiado para esas actuaciones dentro del acervo de competencias del Estado, como hizo la mayoría del Tribunal en esta ocasión. Téngase en cuenta, a estos efectos, que ninguna de las reglas o previsiones legales sobre las que mostraba su discrepancia el voto particular de los magistrados Asua y Valdés cuentan con un encaje claro, terminante e indiscutible en los esquemas vigentes de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, que, como no puede ser de otro modo, difícilmente podrían contemplar todas las situaciones o hipótesis posibles. Como dejan ver estos ejemplos, entre las competencias taxativamente atribuidas al Estado y las que se asignan con ese mismo grado de nitidez a las comunidades autónomas, existe inevitablemente un gran espacio, de contornos imprecisos o indeterminados, en el que la competencia estatal o la competencia autonómica puede depender, más que nada, de los criterios que convengan o seduzcan en mayor medida al intérprete. No se descubre nada al decir que existen distintas sensibilidades respecto del hecho autonómico, unas más proclives que otras a favorecer, o a restringir, el espacio de juego del principio de autonomía.

En esos terrenos de frontera, la intervención del Estado o de las comunidades autónomas puede estar movida, si lo miramos bien, no tanto por un designio propiamente dicho de seguimiento y cumplimiento estricto de las funciones que el sistema respectivamente les hubiera concedido, sino más bien por factores ajenos a la exigencia o técnica jurídica. Factores que, lógicamente, pueden ser de muy diversa índole, y que sobre todo tienen que ver con los dictados de programación o estrategia política. Como de todos es sabido, son factores que, por otra parte, suelen actuar o ejercer presión con un marcado carácter coyuntural. Algo de esto, justamente, parecía suceder en esta disputa competencial, en la que los apuros financieros del sistema sanitario (bien explicitados por el RDL 16/2012, aunque algunos duden de la crisis de esos años) requerían de alguna acción de control o contención por parte del máximo responsable a escala nacional. Podríamos sostener que si los recursos económicos manasen de fuentes autonómicas en toda su extensión, el Estado no tendría por qué preocuparse. Pero también debemos reconocer, por esa misma razón, que si los recursos que manejan las comunidades autónomas proceden en alguna medida de transferencias del Estado, no tiene mucho fundamento negar al Estado la posibilidad de control. De lo contrario, el Estado tendría que dar cuentas del exceso de gasto sin poder remediarlo, y sin poder exigir responsabilidad a los causantes más directos de tal desviación.

En el fondo de la sentencia TC 33/2017, como en el de sus gemelas (139 y 83/2016) y en el de tantas otras de esa misma instancia jurisdiccional, late un problema político, con alguna veta ideológica, como suele ser inevitable. Late, para decirlo más claro, la visión estatista o autonómica que prime en cada uno de nosotros, o en cada uno de los lados del espectro político. Una visión que, al parecer, admite dosis o graduaciones de mayor o menor calado, pues a la vista está que puede variar, dentro de un mismo sujeto o grupo social, en función del contexto o de las circunstancias reinantes. Tal vez hace algún tiempo pocos hubieran defendido que una prestación de tan claro signo asistencial como el “ingreso mínimo vital” fuese asumida o cuando menos intensamente intervenida por el Estado como sucedió hace un par de años, y es bastante probable también que de haberse promovido tal intervención desde responsables políticos de la derecha hubieran reaccionado los de la izquierda. Esa polarización política y social, que forma parte de nuestros valores constitucionales, y en particular de nuestro valioso pluralismo político (que nunca debiéramos perder), es la que también está por detrás de muchos de los asuntos que llegan ante el TC, como pudo ocurrir en este caso y en los que le acompañaron con el mismo objeto.

Nótese, para más señas, que tanto el recurso que dio lugar a la sentencia TC 4585-2012 como los que se interpusieron contra la misma norma legal, mostraban una especie de reacción de gobiernos o instancias políticas de composición “socialista” contra decisiones de un gobierno estatal de composición “popular”, en un cruce de disputas que en otras ocasiones se produce con inversión de las posiciones de sus protagonistas. No deje de repararse, además, en el hecho de que mediante tales acciones se quería poner freno a la aplicación de determinados criterios de orientación política y económica que en aquellos momentos fueron muy controvertidos (austeridad frente a mayor margen de gasto, “austericidio” frente a derroche, en términos más coloquiales), o, quizá, a una determinada concepción de la toma de decisiones en un Estado compuesto (centralismo *versus* autonomía), sino también al uso de los instrumentos de intervención legal urgente (el famoso decreto-ley) por parte del poder ejecutivo, terreno en el que la experiencia nos ha demostrado sobradamente que las actitudes de respaldo o de reproche se mueven con inusitada fluidez de un lado al otro al compás de la alternancia política.

La exigencia del cómputo de un período de carencia más amplio a las trabajadoras a tiempo parcial para generar la pensión de jubilación (En torno a la Sentencia de la Sala Primera 72/2013, de 8 de abril de 2013): los principios del fin de una regulación ya eliminada

INMACULADA BALLESTER PASTOR
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaume I de Castellón
Vocal de la Junta Directiva de la AESSS
 <https://orcid.org/0000-0002-5198-8923>

I. LA DOCTRINA DE LA STC 72/2013: SOBRE LO PERJUDICIAL DE LAS REGLAS QUE REGULABAN EL CÓMPUTO DE LA VIDA LABORAL EN EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La presente Sentencia resuelve el Recurso de amparo 154/2008 promovido por D^a Dolores Moreno del Arco, en relación con las Sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén, de 9 de enero de 2006, dictada en autos núm. 504-2005 sobre prestaciones de Seguridad Social; de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, Granada, de 5 de diciembre de 2006, que confirmó la anterior Resolución al desestimar el recurso de suplicación formalizado por la demandante de amparo, y del Auto de 10 de octubre de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que inadmitió el sucesivo recurso de casación para la unificación de doctrina. Las mentadas Resoluciones desestimaron la demanda de jubilación de la solicitante del amparo al no reunir ésta —trabajadora a tiempo parcial— el periodo mínimo de cotización de 15 años de carencia genérica exigido en el art. 161.1.b) TRLGSS.

El Tribunal otorga el amparo solicitado al entender que se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad en la ley y del derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), tras hacer suya la doctrina contenida en la Sentencia 61/2013¹, de 14 de marzo, por la que el Pleno del Tribunal Constitucional declara inconstitucional y nula la regla segunda del apartado 1 de la DA 7^a de la LGSS, Texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

La mentada Sentencia 61/2013, de 14 de marzo, daba respuesta a una cuestión de constitucionalidad presentada por el TSJ de Galicia y supuso la inmediata recepción por la jurisprudencia constitucional de la Sentencia del TJUE (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012, *Elbal Moreno*², en donde se concluía que la normativa existente en nuestro país —acerca del cómputo del tiempo cotizado para el acceso a la prestación por jubilación de las trabajadoras a tiempo parcial— iba en contra del principio de igualdad de trato y suponía una discriminación indirecta por razón de sexo.

¹ El pronunciamiento anula las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén, de 9 de enero de 2006, dictada en autos núm. 504-2005; de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 5 de diciembre de 2006 y el Auto de 10 de octubre de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así como la Resolución de la Dirección provincial de Jaén del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 16 de junio de 2005 retrotrayendo también las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la Resolución administrativa que deniega la pensión a fin de que se dicte una nueva Resolución respetuosa con el art. 14 CE.

² Asunto C-385/11, ECLI:EU:C_2012:746.

La STC 61/2013 alude en su Fundamentación, también, a la previa Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre, que también había declarado la inconstitucionalidad de la regulación cuestionada, aunque en la redacción previa a la aquí debatida.

Sostiene el Tribunal Constitucional que la exigencia de que en la determinación de los períodos de cotización de la pensión de jubilación se computen exclusivamente las horas trabajadas perjudica a las trabajadoras a tiempo parcial, lo que conduce a otorgar el amparo solicitado. El presente pronunciamiento acoge la doctrina sentada en la STC 61/2013, aunque, al tratarse de un recurso de amparo sus efectos tienen un ámbito de aplicación particular³; ello da lugar a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la Resolución administrativa que deniega la pensión de jubilación a la solicitante de amparo.

II. ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DE LAS PARTES

1. La postura de la solicitante del amparo: la regulación supone una falta de proporcionalidad y una injustificada dificultad de acceso a la pensión de jubilación para las trabajadoras a tiempo parcial

La demandante de amparo, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, solicita pensión de jubilación en fecha 7 de junio de 2005 y la petición es denegada por la Resolución de la Dirección Provincial de Jaén del INSS, de 16 de junio de 2005, razonándose que no reúne el período mínimo de cotización de quince años de carencia genérica prescrito en el art. 161.1 b) del TRLGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada por el apartado uno del art. 4º de la Ley 24/1997, de 15 de julio, «ya que solo son computables 2.070 días incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (cotizaciones efectuadas tiempo parcial)», siendo necesario reunir 5.465 días. Según los hechos probados, la demandante tiene acreditados como períodos de cotización a tiempo parcial los comprendidos entre el 1 de marzo de 1990 y el 17 de septiembre de 2002 y entre el 18 de septiembre de 2002 y el 31 de mayo de 2005.

Una vez agotada la vía previa, se interpone demanda contra la denegación del INSS, demanda que se desestima por la Sentencia de 9 de enero de 2006 del Juzgado de lo Social nº 1 de Jaén. Entiende el juzgador que las normas aplicables al conflicto —la DA 7ª TRLGSS y el art. 3º del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial— resultan acordes con lo establecido en el art. 12.4 d) del ET y con el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, toda vez que en ellos se trata de asegurar la protección social de los trabajadores a tiempo parcial, lo que, sin embargo, no implica una igualdad absoluta entre el cómputo de las cotizaciones efectuadas por un trabajador que realiza jornada completa y uno con jornada parcial, pues las situaciones que se comparan no son idénticas, sino diferentes, existiendo una base objetiva razonable para que el cálculo de sus cotizaciones se produzca de forma distinta.

Contra la citada Sentencia se interpone recurso de suplicación, recurso que es desestimado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de 5 de diciembre de 2006, reiterando el criterio formulado por el anterior Juzgador, entendiendo que la diferencia normativa en las cotizaciones exigibles en el contrato de trabajo a tiempo completo y el contrato a tiempo parcial no resulta contraria al principio de igualdad y no discriminación proclamada por la Constitución pues tales normas aseguran la protección del trabajador a tiempo parcial, sin que el hecho de no imponer una igualdad absoluta entre el cómputo de las cotizaciones efectuadas por un trabajador que realiza jornada completa y uno que realiza jornada parcial suponga trato discriminatorio alguno.

³ Otros recursos de amparo en los que, también, otorgaron el mismo amparo en base a la nulidad decretada por la STC 61/2013 fueron las Sentencias del Tribunal Constitucional 71/2013; 116/2013 y 117/2013.

Entiende el Tribunal que no se da en la regulación actual la situación que censura el Tribunal Constitucional en su Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, pronunciamiento que sí había declarado inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en cuanto que establece que, para determinar los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social, incluida la de protección por desempleo, se computan exclusivamente las horas trabajadas. La actual regulación, en cambio, dice la Sala, adecúa al principio de proporcionalidad las situaciones de cotización de los trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa, situaciones desiguales que justifican la regulación atenuada con criterios o coeficientes correctores.

Una vez interpuesto el recurso de casación para la unificación de doctrina contra la anterior Sentencia, éste se inadmite por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2007, por falta de contradicción entre las Sentencias a contraste, toda vez que en ellas se aplican previsiones normativas no coincidentes.

La demandante solicita, entonces, el amparo, por la infracción del art. 14 CE, al entender que sí debe aplicarse la doctrina constitucional contenida en las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre y la STC 50/2005, de 14 de marzo.

Según la demandante, la regulación que le ha sido aplicada intenta atemperar el cálculo del período de cotización en el trabajo a tiempo parcial, pero no logra el fin perseguido, tal como queda acreditado en su caso dado que con quince años y dos meses de cotización a tiempo parcial ha obtenido sólo la acreditación real de 2.070 días, por lo que para alcanzar los 5.465 días requeridos se precisaría acreditar más de treinta años de cotización. Entiende la demandante que se produce una absoluta falta de proporcionalidad y una injustificada dificultad de acceso a la prestación. La nueva regulación legal, por tanto, sostiene la demandante, no elimina los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la que norma que ya fue anulada en su día por el Tribunal Constitucional, sino que incide en ellos, disponiendo para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial un sistema de acceso a la prestación contributiva por jubilación desproporcionado, de injustificada dificultad para ser acreedor del derecho y, por darse especialmente en el empleo femenino, discriminatorio indirectamente por razón del sexo.

2. El INSS y el Ministerio Fiscal: la legislación atiende a criterios de proporcionalidad atendiendo al inferior esfuerzo y desgaste del trabajador a tiempo parcial

La representación del INSS⁴ presenta sus alegaciones con fecha 5 de mayo de 2011 y solicita la desestimación del recurso destacando que la legislación aplicada atiende, con criterios de proporcionalidad, al esfuerzo y desgaste del trabajador a tiempo parcial, inferior al propio de quien trabaja a tiempo completo, así como a la contribución económica al sistema, diferencias sustanciales éstas que justifican la distinta regulación normativa de sus situaciones, ya que lo contrario sería discriminatorio para los trabajadores a tiempo completo.

El Fiscal, por su parte, mediante escrito registrado el día 9 de mayo de 2011, interesa la denegación del amparo solicitado. Según el Ministerio público, la jubilación es una prestación contributiva, y por ello, dependiente de las cotizaciones del sujeto protegido y la finalidad perseguida con el diferente trato normativo no es otra que el equilibrio económico del sistema de la Seguridad Social, esto es, su viabilidad, estableciendo requisitos adaptados a las peculiares características de las respectivas modalidades contractuales e instaurando reglas proporcionales que atienden al tiempo efectivamente trabajado en cada supuesto, para completar el período mínimo de carencia exigido en todo caso. Por ello, sostiene el Fiscal, no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones o las modifique para adaptarlas a las necesidades del

⁴ En virtud de providencia de la Sala Primera, de 26 de julio de 2010, se admite a trámite de la demanda de amparo y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS, solicita se le tenga por personado y ser parte en el procedimiento.

momento, máxime cuando los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho. En atención a tales argumentos, concluye que no se ha producido la lesión del art. 14 CE, ya que los órganos judiciales han resuelto teniendo en cuenta una causa justificadora del diferente trato otorgado a la situación de la demandante de amparo y la correspondiente a los trabajadores a tiempo completo, que no es otra que la contributividad del sistema, aunque sin llegar a la exigencia de una proporcionalidad estricta.

III. LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STC 72/2013: LA DA 7ª LGSS REDACTADA POR RDL 15/1998 NO ELIMINABA SINO QUE REINCIDÍA EN VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Sostiene el Tribunal que la regulación en la que se justifica la denegación de la pensión de jubilación a la demandante de amparo no elimina los vicios de inconstitucionalidad contenidos en la regulación anulada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, sino que reincide en los mismos, estableciendo para las mujeres trabajadoras a tiempo parcial un sistema de acceso a la prestación contributiva por jubilación desproporcionado, de injustificada dificultad para ser acreedor del derecho y, por darse especialmente en el empleo femenino, discriminatorio indirectamente por razón del sexo. Recoge, así, el actual recurso de amparo la solución que aparecía en la STC 61/2013, de 14 de marzo pronunciamiento que resuelve una cuestión de constitucionalidad presentada respecto al mismo precepto.

Según se mantiene en la STC 61/2013, las reglas establecidas en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 CE, dado que las medidas de corrección en su momento introducidas no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir. Las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa —en la nueva regulación— se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

El Tribunal Constitucional declara, por tanto, que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo en la medida en que esa concreta previsión ya ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal otorgándose el amparo solicitado⁵.

⁵ Señala el Tribunal que la determinación de los efectos del otorgamiento del amparo y el alcance del restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exigen tomar en consideración los siguientes extremos. En primer lugar, el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo impugnado, en su labor de unificación de doctrina, se ha limitado a apreciar el incumplimiento de un requisito de acceso al recurso, sin que en sí mismo implique vulneración alguna. Ello no impide que deba ser anulado en la medida en que confirma y declara firme la Sentencia dictada en suplicación, que sí es contraria al art. 14 CE, al igual que ocurre con la dictada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Jaén. En segundo lugar, en el presente caso resulta necesaria la retroacción de actuaciones. En relación con ella, pese a dirigirse formalmente la demanda de amparo contra las Sentencias y el Auto recaídos en el proceso laboral, debe advertirse que el recurso se opone en última instancia a la Resolución del INSS que aquellas resoluciones judiciales han venido a confirmar. Teniendo en cuenta, por una parte, que no corresponde a este Tribunal seleccionar e interpretar la norma aplicable en el ámbito de la legalidad ordinaria una vez declarada la inconstitucionalidad de la norma aplicada a la demandante y, por otra, que ninguna de las resoluciones judiciales que conocieron de la cuestión sustantiva se ajusta a las exigencias del art. 14 CE, es procedente restablecer el derecho vulnerado retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del dictado de la resolución administrativa, que fue ratificada en el proceso, a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

IV. LAS SUCESIVAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS DOS REDACCIONES DE LA NORMATIVA CUESTIONADA: UNA NECESARIA PUNTUALIZACIÓN

1. La primera redacción de la norma cuestionada: la regla de proporcionalidad estricta

Fue la Resolución de 1 de febrero de 1982 la que introdujo, por vez primera, la regla de la proporcionalidad estricta para el cómputo del período de carencia, es decir, que debían computarse exclusivamente los días u horas trabajados —aunque esta regla no se aplicaba para las prestaciones por desempleo, de acuerdo con su normativa específica⁶—; posteriormente el RD 2319/1993, de 29 de diciembre reiteró lo ya señalado, manteniendo el diferente tratamiento de las prestaciones por desempleo, y esta regulación fue la que quedó insertada, posteriormente, en la DA 7ª de la LGSS de 1994, una regulación que se establecía a la vista del art. 12.4º del ET de entonces.

Pues bien, esta normativa fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre a la que alude la STC 72/2013 y la STC 61/2013. El Pleno del Tribunal Constitucional sostenía en este pronunciamiento —en respuesta al planteamiento de una cuestión de constitucionalidad—⁷ que el principio de igualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo se vulnera no en la cuantía de la prestación que considera proporcionada al menor esfuerzo contributivo, sino en el cálculo del período de carencia exigido para tener derecho a una pensión. Concluía, así, el Tribunal Constitucional que dicha normativa constituía una discriminación directa por razón de sexo al haberse acreditado que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino.

El problema fue que, al momento de dictarse esta Sentencia —2004— ya estaba en vigor la nueva regulación para el cómputo del período de carencia de los trabajadores a tiempo parcial pues la misma fue redactada, de nuevo, en 1998. Por eso, al haberse pronunciado esta Sentencia sobre una regulación no vigente en aquel momento su eficacia práctica fue nula, por cuanto se había emitido sobre una normativa ya derogada⁸.

Curiosamente, aunque cuestionando la primera versión de la DA 7ª LGSS, la propia STC 253/2004 aludía a la nueva regulación que había entrado en vigor en 1998, una regulación que mejoraba la situación previa, pues había facilitado el cómputo de la vida laboral del trabajador a tiempo parcial. Así, se puede leer en la STC 253/2004 (FJ 6ª) que: *el propio legislador ha venido a reconocer implícitamente el resultado desproporcionado a que conducía en muchos casos la aplicación de la regla contenida en el art. 12.4º ET” al introducir una regulación de la materia, inspirada en el criterio de la proporcionalidad, pero atenuada mediante diversas reglas correctoras, en aras a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las prestaciones de Seguridad Social.*

2. La segunda redacción de la norma cuestionada: la primera suavización de la regla de proporcionalidad estricta

El RD ley 15/1998, de 27 de noviembre de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad dio nueva redacción

⁶ Ley 31/1984, de 2 de agosto y Real Decreto 625/1985, de 2 de abril.

⁷ Vid. igualmente, las Sentencias del Tribunal Constitucional 49/2005, en relación con la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, y la STC 50/2005 para la determinación del período de carencia exigible a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a la jubilación, pronunciamientos que resuelven sendos recursos de amparo.

⁸ Vid. MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)”, en *Revista General de Derecho europeo*, nº 31, 2013.

al art. 166 LGSS y a la DA 7ª de la LGSS⁹ —aunque la entrada en vigor de tal DA 7ª tenía que esperar a la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollaran tal DA 7ª¹⁰—. Tal regulación contenía las normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial incluyendo cuatro reglas referidas al cálculo de la cotización, del período de cotización, de la base reguladora y de la protección por desempleo.

Esta segunda regulación mantuvo, como regla general, que el cómputo de las cotizaciones efectuadas había de realizarse en función de las horas trabajadas (ordinarias o complementarias), aunque también introdujo para las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente una regla correctora: la aplicación a los días teóricos de cotización —resultado de multiplicar el número de horas efectivamente trabajadas por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales— un coeficiente multiplicador de 1,5, resultando así un incremento del período computable para el período de carencia en las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación.

⁹ La redacción de la DA 7ª reformada por el art. 2º del RD ley 15/1998 fue la siguiente:

Disposición adicional séptima. Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial. 1. La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial se regirá por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por las siguientes reglas:

Primera. Cotización.

a) La base de cotización a la Seguridad Social y de las aportaciones que se recaudan conjuntamente con las cuotas de aquélla será siempre mensual y estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias. b) La base de cotización así determinada no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinan. c) Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.

Segunda. Periodos de cotización.

a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. b) Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

Tercera. Bases reguladoras.

a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para la prestación por maternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365.

b) A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

c) El tiempo de cotización que resulte acreditado conforme a lo dispuesto en el apartado b) de la regla segunda se computará para determinar el número de años cotizados a efectos de fijar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. La fracción de año que pueda resultar se computará como un año completo.

Cuarta. Protección por desempleo.

Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones por desempleo se estará a lo que se determine reglamentariamente en su normativa específica.

2. Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1 / 1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen Especial de la Minería del Carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

¹⁰ Según la DF 2ª del RDL 15/1998, de 27 de noviembre. Asimismo, el desarrollo reglamentario de la DF 7ª se produjo a través del RD 1131/2002

V. LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STC 61/2013 Y EL “VACÍO LEGAL” GENERADO EN 2013

No obstante, la dulcificación de la norma operada por la Ley 15/1998 no se aplicaba a todas las prestaciones sociales, ni eliminaba tampoco su impacto adverso. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales reaccionaron planteando nuevas cuestiones de constitucionalidad hasta llegar a la cuestión prejudicial¹¹ a la que se dio respuesta en la Sentencia *Elbal Moreno* resolviéndose que la normativa que exige a los trabajadores a tiempo parcial (que) en su mayoría (son) mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada iba en contra del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y suponía una discriminación indirecta por razón de sexo¹².

La gran relevancia de la STC 61/2013 fue que la cuestión de constitucionalidad sirvió para asumir rápidamente la Sentencia *Elbal Moreno*¹³ y para declarar nulo el precepto que servía para calcular la vida laboral para el acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial. Por eso, tras ella aparecía un “vacío legal” que obligaba al legislador a intervenir.

VI. MÁS ALLÁ DE LA STC 72/2013: EL CAMINO RECORRIDO. UNA NUEVA REDACCIÓN DE LA NORMA, SU CUESTIONAMIENTO Y, POR FIN, SU ELIMINACIÓN

1. La segunda dulcificación de las reglas del cómputo de la vida laboral de los trabajadores a tiempo parcial a través del RDL 11/2013, de 2 de agosto

El RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social fue una norma de urgencia que, tras someterse a la tramitación parlamentaria, se convirtió en la Ley 1/2014, de 28 de febrero y sirvió para dar nueva redacción a las reglas que habían quedado anuladas por la STC 61/2013. No obstante, el RDL 11/2013, de 2 de agosto no eliminaba la proporcionalidad de la regulación —que seguía resultando perjudicial para los/las trabajadoras a tiempo parcial, tal como pedía la doctrina científica de entonces—¹⁴ sino que dicha reforma implementaba unas nuevas reglas del cómputo de la vida laboral de los trabajadores

¹¹ Vid. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Protección social del trabajo a tiempo parcial según el Real decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 7, 2013.

¹² La lesividad de la normativa de seguridad social española que estima la Sentencia *Elbal Moreno* no se relaciona con el incumplimiento de la normativa reguladora del trabajo a tiempo parcial de la Unión europea, sino con la contravención de la normativa comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Vid. GÓMEZ GORDILLO, R.: “Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del Derecho de la Unión europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 47, año 18, enero-abril, 2014.

¹³ Vid. VICENTE PALACIO, M^a A.: “La Sentencia *Elbal Moreno* y sus resonancias (y una disonancia)” en VV.AA.: *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*, GÁRATE CASTRO, J. y MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (Dir.), Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, p. 685 y ss.

¹⁴ Decían ya en 2012 GARCÍA NINET, J.I., y VICENTE PALACIO, M^a A.: en “Trabajo a tiempo parcial y acceso al sistema español de Seguridad Social; el caso *Elbal Moreno*”, en *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, nº 102, 2012, p. 260. que la reforma de la DA 7^a LGSS-94 debía ir claramente en el sentido de restablecer el principio de equiparación de los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en lo referente al período de carencia, extendiendo la regla prevista para la protección por desempleo a todas las prestaciones económicas dispensadas por el Sistema de Seguridad Social. Y es que el período de carencia, aun siendo un requisito para el acceso a prestaciones de naturaleza contributiva, no necesariamente debe responder a reglas de proporcionalidad.

a tiempo parcial de gran complejidad, reglas, que, aunque en menor término, seguían resultando nocivas para ciertos colectivos¹⁵.

En síntesis¹⁶, la reforma, en vez de acoger la fórmula utilizada para las prestaciones por desempleo, consistente en la equivalencia entre día trabajado y día cotizado, cualquiera que fuera la jornada realizada, se inclinaba por otra que adecuaba los periodos de carencia a la “media” de la jornada que, a lo largo de la vida laboral (en pensiones) o en un período de tiempo más corto (en subsidios) acreditara el solicitante de las prestación y que se constataba a través del coeficiente global de parcialidad. Por tanto, gracias a la incorporación del coeficiente global de parcialidad se permitía una sensible reducción del período mínimo de carencia exigido¹⁷, pero las diferencias seguían existiendo para los trabajadores a tiempo parcial.

2. La STJUE Villar Laiz y la STC 91/2018: en busca de la eliminación de la regla de la proporcionalidad en el cómputo del tiempo trabajado para acceder a la pensión de jubilación

En los años sucesivos esta regulación se mantuvo, aunque con la entrada en vigor del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, las reglas del cómputo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial aparecían en el art. 247, 248 y ss. del TRLGSS. Y sobre el art. 248 TRLGSS incidieron, de nuevo, en los años siguientes, tanto la Sentencia del TJUE (Sala Novena), Caso *Villar Laiz* contra el INSS, Sentencia de 8 de mayo de 2019¹⁸, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio declarando, esta última, la inconstitucionalidad de parte del art. 248 TRLGSS.

Así, en este último pronunciamiento se concluía que la reducción adicional de la base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial mediante un porcentaje derivado de un coeficiente de parcialidad que reduce el número efectivo de días cotizados, una normativa que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, es una medida desproporcionada ya que una reducción de la base reguladora en función a su menor base de cotización se añade a la reducción paralela del período mínimo de cotización para fijar la cuantía de la prestación, y ello carece de una justificación objetiva y razonable.

Como se puede apreciar, teóricamente la inconstitucionalidad del art. 248 TRLGSS no afectaría al cálculo del período de carencia —aspecto contenido en el art. 247 TRLGSS— pero no es esto lo que estaban entendiendo los Tribunales, como se puede comprobar en la Sentencia del TSJ de Galicia (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 2021¹⁹, pronunciamiento en el que el Tribunal —haciendo suya la doctrina contenida tanto en la STJUE Villar Laiz, como en la STC 91/2019— concede a una trabajadora a tiempo parcial la pensión de jubilación al considerar inconstitucional la denegación de la misma en aplicación de los coeficientes de parcialidad contenidos en el art. 247 TRLGSS²⁰.

En este litigio, al igual que ocurría en la STC 61/2013, la trabajadora tiene más de 1000 días efectivos de cotización y se le computan menos de 300 en orden a la acreditación de la carencia específica en el acceso a la pensión de jubilación; es decir, a pesar de haber cotizado cuatro décadas

¹⁵ Para LOUSADA, op. Cit, al legislador no le preocupaba tanto completar el ordenamiento jurídico con la reforma, sino más bien el impacto económico de la declaración de inconstitucionalidad, motivo por el que se optaba por una legislación con gran complejidad técnica, invocando el principio de contributividad y el riesgo de fraude para no eliminar completamente el principio de proporcionalidad.

¹⁶ Como resume MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: en “Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial. A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto Elbal Moreno)”, en *Revista General del Derecho*, nº 31, 2013.

¹⁷ Vid. narrando las singularidades de esta nueva regulación, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Los efectos del contrato a tiempo parcial sobre la acción protectora de la Seguridad Social”, en *Revista del Ministerio de empleo y seguridad social*, nº 124, 2014.

¹⁸ TJCE, 2019, 83.

¹⁹ nº 4109/2021, de 29 de octubre, JUR 2022, 453, ECLI:ES:TSJGAL:2021:6215,

²⁰ Vid. también, la STJ de Madrid de 7 de octubre de 2021, st n1 848/2020, ECLI:ES:TSJM:2020:11811.

al sistema de seguridad social la trabajadora no accede a la pensión de jubilación. Considera el TSJ de Galicia en 2021 que la nueva regla del art. 247 TRLGSS no impide que, en casos como el analizado, se produzcan resultados desproporcionados, pues se dificulta el acceso mismo a la prestación, al exigir un mayor número de días trabajados para acreditar el período de carencia requerido en cada caso, lo que resulta especialmente gravoso o desmedido en el caso de trabajadores con extensos lapsos de vida laboral en situación de contrato a tiempo parcial y en relación con las prestaciones que exigen períodos de cotización elevados. Y concluye el pronunciamiento predicando la inconstitucionalidad del art 247 TRLGSS al resultar aplicable la doctrina incluida en la STC 91/2019²¹.

3. La eliminación de la norma cuestionada tras el RDL 2/2023, de 16 de marzo: a efectos del cómputo de los períodos de cotización computan los períodos de alta con contrato, cualquiera que haya sido la duración de la jornada

Afortunadamente, la norma que fue declarada inconstitucional en la STC 61/2013, y que sirvió para otorgar en el amparo a la trabajadora recurrente en la STC 72/2013, la misma norma que, para dulcificarse, fuera redactada, de nuevo, en 2013, ha sido finalmente eliminada con ocasión de la redacción del art. 26º del RDL 2/2023, de 16 de marzo, al darse nueva redacción al art. 247 TRLGSS del TRLGSS.

Tras dicha reforma la regulación cuestionada en el pronunciamiento que comentamos se ha eliminado. Así las cosas, con vigencia desde el 1 de octubre de 2023, la regla a seguir es que, a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tienen en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. Sin duda, la reforma legislativa se ha hecho esperar, pero ya es realidad; ello supondrá que, de cara a computar el período de carencia de cara a la obtención de tales pensiones y subsidios, el tratamiento de todos los trabajadores va a ser el mismo, independientemente de la duración de su jornada.

²¹ Podemos leer en este pronunciamiento que: *en definitiva, pudiendo predicarse la inconstitucionalidad de la regla relativa a los coeficientes de parcialidad del art. 247 TRLGSS la regla aplicable debe ser la misma que se aplica al trabajo a tiempo completo, es decir, el tiempo que, para cada prestación, se especifique en la norma aplicable, que, para la jubilación contributiva es el previsto en el art. 205 del TRLGSS, es decir, cada día, mes o año cotizado equivale a un día, mes o año de carencia en los mismos términos del trabajo a tiempo completo.*

Extinción de trabajadora embarazada durante el período de prueba. No aplicación de la regla de nulidad objetiva en caso de extinción por despido. STC 173/2013 de 10 de octubre, y voto particular discrepante de Fernando Valdés

EDUARDO ROJO TORRECILLA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

 <https://orcid.org/0000-0002-7840-6532>

I. INTRODUCCIÓN

Es objeto de atención en este artículo la STC 173/2013 de 10 de octubre¹, con voto particular claramente discrepante de Fernando Valdés y al que se adhirieron una magistrada y dos magistrados.

La sentencia fue publicada en los suplementos del TC del BOE el 7 de noviembre de 2013, y su resumen oficial es el siguiente: “Supuesta vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de sexo, a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que, con cita expresa de la doctrina sentada en las SSTC 92/2008 y 124/2009, razonan acerca de la improcedencia de aplicar la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba. Votos particulares”².

II. ORIGEN DEL CONFLICTO

Estamos en presencia de una trabajadora contratada con contrato de duración determinada de seis meses de duración, habiéndose pactado un período de prueba de dos meses. La trabajadora estaba embarazada en el momento de ser contratada, sin que conste que la empresa tuviera conocimiento de ello. Le fue comunicada la extinción del contrato el 4 de agosto por no haber superado el periodo de prueba, extinguiendo igualmente el contrato de otro trabajador el mismo día y por el mismo motivo³.

¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23619> (consulta: 15 de junio)

² La sentencia fue objeto de comentario por Talens Visconti, Eduardo E. “Extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. Comentario a la STC (Pleno) 173/2013 de 10 de octubre. Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, 2014, págs. 480-489. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a26.pdf> (consulta: 28 de junio). Para el autor, que manifestaba su acuerdo con la sentencia, es decir la tesis de la mayoría de quienes integran el TC, en el voto particular se subrayaba que la sentencia no ha realizado “una recta interpretación de las garantías que el art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el campo de las relaciones laborales”.

³ Dos tesis doctorales han abordado exhaustivamente el periodo de prueba, y lógicamente han prestado especial atención a la extinción contractual durante el mismo, desde una valoración bastante crítica de la normativa entonces vigente.

ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “El período de prueba en los contratos de trabajo” <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/34788/EI%20per%C3%ADodo%20de%20prueba.pdf?sequence=1> (consulta: 27 de junio).

GALLEGO MOYA, F.: “Aspectos esenciales del período de prueba: formalización, duración y extinción (transformación y tendencias de una institución clásica)” <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/46980/1/TESIS%20Fermin%20Gallego%20Moya.pdf> (consulta 20 de junio). En la conclusión decimocuarta de su tesis, el autor se manifiesta en estos términos: “En cuanto al “uso” que del período de prueba realiza el empresariado, no cabe otra conclusión, creemos, a la vista de las cientos de sentencias analizadas, que la de apuntar cómo, en demasiadas ocasiones, existe una utilidad “real”, que se impone a la “teórica”, y que consiste en aprovechar las “facilidades” de la institución probatoria para desistir, sin consecuencias, de la relación contractual iniciada, antes del transcurso de

1. El litigio en sede judicial laboral

A) Juzgado de lo Social

Demanda presentada por la trabajadora con pretensión de ser declarado nulo el despido, con alegación de que el motivo real de la extinción era el estado de embarazo.

La demanda fue desestimada por sentencia del JS núm. 31 de Madrid dictada el 2 de diciembre de 2009. Los tres argumentos en que sustentó el fallo fueron los siguientes: en primer lugar, no quedó probado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora; en segundo término, no se habían cubierto por esta los objetivos de ventas marcados por la empresa; por último, otro trabajador había visto extinguido el mismo día su contrato por los mismos motivos, lo que alejaba sospecha de discriminación por razón de sexo⁴.

B) Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Recurso de suplicación (rec. 1357/2010) que es desestimado por sentencia de 11 de junio de 2010. La Sala autonómica no aprecia la existencia de discriminación alegada por la recurrente y que hubiera debido dar lugar a la nulidad del despido, con argumentos semejantes a los del JS, cuales eran que no se conocía por la empresa el embarazo, y además el mismo día se despidió a un trabajador varón por no alcanzar los objetivos de venta⁵. Por su interés para un mejor conocimiento del litigio, reproduzco el fundamento de derecho octavo:

“si no hay el menor indicio de que la extinción contractual de la recurrente se debe a su embarazo, la empresa está facultada para terminar la relación laboral durante el período de prueba. El no alegar causa concreta no permite hablar de despido. Tampoco el que la causa alegada judicialmente no pudiera admitirse. Al respecto, por lo que toca a este caso concreto, hemos de decir que el contrato estipuló que el no alcanzar dos meses consecutivos determinado nivel de objetivos sería causa de extinción contractual, lo cual ha de entenderse en el sentido de que, si no se produjera la consecución de tales objetivos una vez superado el período de prueba, habría causa justa de extinción y, si se superasen, no la habría, de modo que estaríamos ante un despido. Pero, si la extinción se produce durante el período de prueba y sin móvil discriminatorio, la consecución de objetivos o falta de

aquella fase. En efecto, no sólo se constata el general establecimiento en los contratos de trabajo del plazo máximo permitido por los convenios, sino que se observa, en muchas ocasiones, el recurso al desistimiento para dar por finalizado el contrato aunque la decisión poco o nada tenga que ver con el resultado de la experimentación; en este terreno, salvo alegación de vulneración de aspectos esenciales del período de prueba: formalización, duración y extinción derechos fundamentales, no existen muchas posibilidades de invalidar la decisión empresarial, al poder invocarse la naturaleza acasual del acto extintivo”.

⁴ Sobre el marco normativo de aplicación en ese período, vid. BAJO GARCÍA, I.: “Extinción y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014. Para la autora, “La ley 39/1999 introdujo un nuevo supuesto de nulidad objetiva o radical del despido cuando, tratándose de una decisión no procedente, la extinción afecta a una trabajadora embarazada. La objetividad de la nulidad del despido, en interpretación del Tribunal Constitucional, es automática, lo que exime a la mujer trabajadora de la aportación de indicios de discriminación. Sin embargo, ni la mencionada ley 39/1999, ni la posterior ley 3/2007, orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, extienden expresamente esta protección reforzada al supuesto de extinción del contrato de la mujer embarazada durante el período de prueba, lo que obliga a una labor interpretativa al respecto”. Para ARETA MARTÍNEZ, M.: “La extinción del contrato de trabajo de una trabajadora embarazada por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba no goza de la tutela cualificada (nulidad objetiva y automática) prevista para los casos de despido (objetivo y disciplinario), sino de la tutela ordinaria antidiscriminatoria”. “Discriminación directa”, en VV.AA. *Un decenio de mi jurisprudencia laboral sobre igualdad entre mujeres y hombres*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2018-104, pág. 196 (consulta: 3 de julio).

⁵ En sentido contrario, vid la sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de junio de 2019 (Rec. 1039/2019), objeto de mi atención en el artículo “Embarazo de la trabajadora y carga de su justificación en caso de extinción durante el período de prueba. “Panorama indiciario” suficiente de discriminación y nulidad de la decisión empresarial” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/09/embarazo-de-la-trabajadora-y-carga-de.html> (consulta 18 de junio)

obtención de los mismos no incide en la facultad de rescisión unilateral del contrato prevista en el art. 14 E.T”.

C) Tribunal Supremo

Recurso de casación para la unificación de doctrina que es desestimado, en sentencia de Sala General y con el voto particular discrepante de seis magistrados y magistradas. Para la Sala no existe vulneración de la discriminación vedada por el art. 14 de la CE, no siendo aplicable la regla sobre nulidad objetiva del despido en caso de embarazo recogida en el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, incorporada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, por la distinta naturaleza jurídica de ambas. Partiendo de los hechos probados en la sentencia de instancia, inalterados en suplicación, concluye que no hay indicios de discriminación y por ello no ha sido vulnerado el art. 14 CE. La tesis doctrinal de la Sala es la siguiente: “durante el periodo de prueba la trabajadora embarazada no puede ver resuelto su contrato por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida. Pero ello no implica que toda resolución del contrato de una trabajadora embarazada durante dicho periodo de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese produjo por causas razonables y justificadas.

El voto particular discrepante va en la misma línea en la que se manifestaría Fernando Valdés en el suyo a la STC 173/2013. Su tesis central era que la protección de la trabajadora por razón de su embarazo ha de ser idéntica en los supuestos de extinción por causas objetiva y durante el periodo de prueba, sin que importe que la empresa tenga conocimiento del estado biológico de aquella. Para declarar la procedencia del desistimiento o cese acordado, se afirma, “es exigible que el empresario acredite que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria” (consideración jurídica primera).

Con amplio apoyo en la jurisprudencia constitucional, quienes suscriben el voto consideran que la protección de una trabajadora embarazada no tiene cobertura vía constitucional únicamente mediante la aplicación del art. 14 CE, sino que, en función de la existencia de una pluralidad de derechos y bienes constitucionalmente protegidos en un caso como el ahora analizado, debe ser reforzada y extenderse a todos ellos, como son el derecho a la seguridad y salud de quienes están embarazadas (art. 40.2), el aseguramiento de la protección de la familia y los hijos (art. 39 CE), o el derecho a la intimidad y dignidad de la mujer (arts. 18.1 y 10.1). No debe haber, ante una extinción contractual como la que es ahora objeto de atención, diferente nivel de protección; es decir, la protección, constitucional y legal, debe ser la misma “sin distinción de causas”, por no haber “elementos objetivos y razonables para tal distinción”.

El punto neurálgico del debate sobre la protección de la trabajadora ha de ser su estado de embarazo, con independencia de su conocimiento por el sujeto empleador, y no la causa del cese o extinción. Se apoya en la Directiva 1992/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, recordando que el art. 10 dispone que cuando se despida a una trabajadora durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y la finalización del permiso de maternidad, “el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito”, así como también que los Estados tomarán “las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras.... contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

Sustenta también su tesis en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2010 (asunto C-232/09), en la que se aprecia discriminación directa por razón de sexo y en la que se concluye que el art. 10 “debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal, que permite la destitución

de un miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital sin ninguna limitación, cuando la persona interesada tiene la condición de «trabajadora embarazada» en el sentido de esta Directiva y el acuerdo de destitución adoptado respecto a ella se basa esencialmente en su embarazo”.

Se insiste en la importancia de la jurisprudencia del TC que ya debió abordar con anterioridad la posible nulidad de las extinciones durante el período de prueba y se concluyó que, si bien no se trataba de un despido por causas tasadas en el marco normativo vigente y era una decisión no motivada, “resultaba igualmente ilícita una resolución discriminatoria, aplicando para su determinación los mismos parámetros que para los restantes derechos fundamentales”. Se apoya, además, en las tesis del Ministerio Fiscal, que se había manifestado a favor de la procedencia del RCUd.

Por todo lo anteriormente expuesto, quienes suscriben el voto particular, son del parecer que la doctrina del TC contenida en sus sentencias 92/2008 de 21 de julio y 124/2009 de 18 de mayo, es aplicable al cese producido durante el período de prueba aun cuando no sea conocido el embarazo por la empresa. Es decir, “la sola concurrencia de dicho estado es dato suficiente para configurar una nulidad objetivada de la decisión empresarial, distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación; por lo que, en consecuencia, para declarar la procedencia del cese sería exigible que el empresario acreditara que el mismo no tiene relación alguna con el embarazo, y que, en su caso, responde a una causa procedente, real, suficiente y seria, debiendo justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria”.

III. EL LITIGIO ANTE EL TC

1. Recurso de amparo

Se resuelve por el Pleno, a propuesta de la Sala Primera

La alegación de la parte recurrente es la de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). Se argumenta la incorrecta interpretación del art. 55.5 b) LET, y en la misma línea que el voto particular discrepante del TS se sostiene que la protección en caso de despido es aplicable a la extinción en período de prueba, y por ello, aun cuando la empresa no conozca el estado de embarazo, la decisión empresarial, si no está objetivamente justificada, “debe ser declarada nula ipso iure”.

La oposición de la parte empresarial se sustenta en no considerar vulnerados los derechos constitucionales alegados, con los mismos argumentos que el JS, TSJ y TS mantuvieron en sede judicial laboral.

El Ministerio Fiscal emitió su preceptivo informe, en el propuso propone la desestimación del recurso. Se basa en la sentencia antes citada del TS y su conclusión de estar antes dos instituciones de diversa naturaleza jurídica que impide extender a la extinción durante el periodo de prueba la jurisprudencia del TC sobre la nulidad en caso de extinción por causas objetivas.

Se enfatiza el desconocimiento por la empresa del estado de embarazo de la trabajadora, y de ahí que no pudiera haber móvil discriminatorio en la extinción. Se rechaza, al igual que hizo el TS, la aplicación al caso analizado de la normativa sobre extinción por causas objetivas por analogía (art. 4.1 Código Civil), ya que no hay laguna en la regulación del desistimiento durante el período de prueba, “expresamente previsto en el art. 14 LET”.

2. Fundamentación jurídica de la sentencia

Con prontitud delimita el TC la cuestión a la que debe dar respuesta, que no es otra que la del contenido y alcance del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo de trabajadoras

“a las que se resuelve su contrato durante el período de prueba, no constando que el estado de gestación fuera conocido por el empresario”. Tiene especial trascendencia constitucional porque permite al TC determinar qué protección tiene la trabajadora y más concretamente si su jurisprudencia puede ser extendida a otros supuestos, entre ellos el de extinción del contrato de trabajo, por desistimiento empresarial, durante el periodo de prueba.

La Sala efectúa un amplio repaso de la jurisprudencia anterior sobre el derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo, incluida la de declaración de nulidad del despido, y no la improcedencia, aun cuando no quedara acreditado el conocimiento del embarazo por parte del sujeto empleador.

Tras ese recordatorio, se acoge plenamente la tesis expuesta por la sentencia del TS y por las anteriores del JS y TSJ, concluyendo, en contra del criterio del voto particular discrepante, que el caso enjuiciado, “es sustancialmente diferente al considerado en las STC 92/2008 y 124/2009”, calificando el razonamiento de todas ellas de “exhaustivo y preciso razonamiento” sobre la diversa naturaleza jurídica de la extinción por causas objetivas y la que se lleva a cabo por no superación del periodo de prueba.

La sentencia del TC es clara al respecto: “no cabe formular reproche alguno desde la perspectiva del canon reforzado de motivación a una interpretación judicial que sostiene que el sistema de tutela objetiva previsto por la Ley 39/1999 para el despido de la trabajadora embarazada no resulta aplicable a las extinciones del contrato en el periodo de prueba, pues entre ambas instituciones existen suficientes diferencias sustantivas como para justificar un tratamiento diferenciado, reforzado en el caso del despido, en cuanto decisión necesariamente causal y motivada y cuya trascendencia para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas resulta indudablemente mayor”.

En un análisis más propio a mi parecer de legalidad que no de constitucionalidad, el TC se apoya en las mismas tesis que los órganos jurisdiccionales laborales cuando enfatiza que la extinción del contrato de un trabajador varón el mismo día y por idénticos motivos, pondría de manifiesto claramente la inexistencia de voluntad discriminatorio por parte de la empresa, “al no tener por causa el estado de embarazo de la trabajadora demandante, que la empresa desconocía”.

La tesis de la justificación de la extinción por ir acompañada de la de un trabajador varón es criticada en el voto particular concurrente del magistrado Andrés Ollero, para quien “de asumirse acriticamente tal justificación, bastaría para desistir de la relación laboral con una trabajadora embarazada hacerla acompañar de un trabajador varón en similar periodo de prueba”.

3. Voto particular discrepante

Al emitido por Fernando Valdés se adhieren la magistrada Adela Asúa y los magistrados Luis Ignacio Ortega y Juan Antonio Xiol. Su tesis queda meridianamente clara desde su inicio: a diferencia de la sentencia, considera que los argumentos de la minoría del TS, y los que va a defender en este voto, tienen “indudable fundamento y soporte en doctrina previa de este Tribunal, señaladamente en las SSTC 92/2008, de 21 de julio y 124/2009, de 18 de mayo”, de tal manera que la actuación empresarial provocó una lesión, no reparada ni en sede judicial laboral ni en la sentencia del TC del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo, “sacrificándolo, por el contrario, con una solución contraria a su contenido esencial y a la recta interpretación de las garantías que del art. 14 CE, segundo inciso, que se derivan para la mujer trabajadora en estado de gestación en el campo de las relaciones laborales”.

La importancia del voto particular trasciende de la resolución del caso concreto enjuiciado, y así lo pone de manifiesto con claridad su autor cuando afirma que “se instala en un terreno exquisitamente doctrinal, pues admito que la ratio decidendi de la Sentencia aprobada tiene respaldo

en la jurisprudencia constitucional antecedente. Por tanto y a diferencia de otros pronunciamientos de los que he disentido expresamente, ni puedo ni debo calificar el pronunciamiento del Tribunal del que me separo como un retroceso en la tutela de los derechos fundamentales, referido en el caso enjuiciado a la lucha antidiscriminatoria por razón de género. La opinión que me merece el pensamiento jurídico constitucional formulado en las SSTC 92/2008 y 124/2009 la dejo sintetizada del modo siguiente: revela una inteligencia del derecho fundamental concernido que no satisface el parámetro de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales que la prohibición de discriminación consiente y, sobre todo, demanda en atención, básicamente, al atributo que a esta distingue y que se sustancia en ser una norma de sistema dotada de una doble propiedad: una inconfundible vocación transformadora de nuestro modelo de convivencia y una indiscutible finalidad de salir al paso de un inaceptable legado, derivado de factores de muy diversa índole. En atención a su naturaleza de norma de sistema, los derechos vinculados a la proscripción de toda manifestación discriminatoria rebasan y sobrepasan la mera atribución subjetiva del derecho mismo”.

Sustenta su tesis concreta, para defender que hubiera debido ser otra completamente distinta la sentencia, en una interpretación muy distinta de aquella que realizó tanto el TC como ahora el TC, cual es que dichas resoluciones judiciales permiten concluir que aquella protección que se encuentra en el art. 55 de la LET cuando se trata de despidos de trabajadoras embarazadas no es en modo alguno un “plus añadido por el legislador”, sino que se trata, y ahí encontramos la base para entender que la sentencia ha incurrido en una interpretación incorrecta del precepto, de “un imperativo constitucional ex art. 14 CE”, en cuanto que no es que este precepto prohíba únicamente los actos discriminatorios intencionales (como sería una extinción durante el período de prueba por razón del embarazo) sino que también es objeto de prohibición “cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo”.

La polémica entre si debe aplicarse o no la nulidad objetiva regulada en la LET para supuestos de despido durante el embarazo queda diluida, jurídicamente hablando, cuando se sostiene, como hace el voto particular discrepante, que la protección de la trabajadora embarazada tiene una tutela directa, es decir no necesita de una “previa intermediación legislativa”, ya que “nace del contenido esencial del art. 14”. Por decirlo de otra forma: si estamos en presencia de un factor protegido, que es el embarazo, y de un perjuicio asociado, la extinción del contrato (poco importa el conocimiento de aquel por el sujeto empleador) se vulnera el art. 14 CE si no hay una causa objetiva que acredite que el segundo no tiene nada que ver con el primero.

Siempre muy atento a la protección en clave constitucional de los derechos laborales, como ha sido una constante común en la aportación del magistrado, y profesor, Fernando Valdés, durante su vida judicial y académica, no tiene ningún reparo en formular una crítica a la sentencia por la desprotección social en la que coloca a las trabajadoras embarazadas, en una situación laboral como la que se encuentran durante el período de prueba en que la protección frente a la extinción del contrato es sensiblemente inferior a la que existe durante una relación laboral ordinaria y una vez superado aquel periodo cuando se haya pactado. No menor es la crítica a la tesis de no ser la regulación legal (“infraconstitucional”) del art. 55 una expresión de un imperativo constitucional, ya que la única respuesta a esta tesis en la sentencia es que son posibles otros sistemas de tutela objetiva distintos de los del dicho precepto, pero, al no indicar cuáles pueden ser, la tesis, enfatiza el voto particular, no ofrece respuesta alguna, por lo que “queda desprovisto de toda fuerza persuasiva”.

El hilo argumental se detiene a continuación en lo que se califica de “tipología de los actos lesivos” de derechos fundamentales, que según consolidada jurisprudencia constitucional puede ser tanto intencionales como aquellos que sean puramente objetivos y no concurra la nota de intencionalidad, y de ahí deriva una consecuencia muy importante para cómo hubiera debido resolverse este litigio, cual es que el desconocimiento del embarazo, tan alegado en sede judicial laboral y en la

sentencia del TC para fundamentar la inexistencia de discriminación, “no es un elemento que, por sí mismo, excluya el reproche discriminatorio”.

Y al tener protección los derechos fundamentales tanto en uno como en otro caso, la conclusión respecto a la protección de máximo nivel que debe tener el embarazo cuando se produce una extinción contractual queda reforzada, y de ahí que la tesis de necesitar una “intermediación legal”, la del art. 55 LET, para poder apreciar la nulidad objetiva, que no existía en el marco normativo vigente, merezca una vez más la dura crítica en el voto particular, en el que se afirma contundentemente que su autor no encuentra “una tesis razonable —ni irrazonable siquiera— que pueda dotar a esa conclusión de soporte argumental”. En definitiva, la protección debería ser la misma para ambos supuestos (art. 14, extinción durante el período de prueba, y art. 55, extinción por causas objetivas o despido disciplinario).

Como conclusión del voto, y reiterando una tesis que Fernando Valdés defendió en varias sentencias, entre ellas con particular atención a las que se dictaron con ocasión de los recursos interpuestos contra la reforma laboral de 2012⁶, la sentencia desprotege a un importante colectivo, como es el femenino, y no abunda precisamente, más bien lo contrario, en el modelo constitucional y democrático que informa las relaciones laborales en España, “lo que no sólo repercute esta vez en la efectividad de los derechos fundamentales, sino que, adicionalmente, puede incrementar la situación de precariedad laboral en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas sometidas a un periodo de prueba”.

IV. EL CAMBIO NORMATIVO ACAECIDO CON EL REAL DECRETO-LEY 6/2019 DE 1 DE MARZO⁷. NULIDAD OBJETIVA

Son objeto de modificación los apartados 2 y 3 del art. 14 LET, que regula el periodo de prueba, siendo de especial importancia, en la misma línea defendida por los votos particulares emitidos, en el TS, y en el TC por Fernando Valdés, la incorporación de un nuevo párrafo al apartado 2, en los siguientes términos:

“La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”, arrastrando consigo la modificación de los supuestos de declaración de nulidad en las extinciones por causas objetivas y por despido disciplinario (arts. 53 y 55 LET).

Como subrayó en su momento la doctrina laboralista, la modificación “extiende a esa tipología extintiva la nulidad objetiva y automática que dos décadas atrás se introdujo para los despidos disciplinarios y objetivo, generando una presunción que sólo puede romperse, acreditando la falta de actitud y/o adecuación de la trabajadora embarazada”⁸, por lo que solo no operará la nulidad objetiva cuando el empresario acredite que la causa o causas de la extinción son totalmente ajenas

⁶ Sobre la citada reforma remito a mi artículo “Las reformas laborales de la legislatura 2012-2015. Una visión general y crítica del RDL 3/2012, de la Ley 3/2012 y de la jurisprudencia del TC que valida la reforma. Introducción” <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2016/02/las-reformas-laborales-de-la.html> (consulta: 22 de junio)

⁷ El TC desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la citada norma, que fue interpuesto por más de cincuenta diputados y diputadas del grupo parlamentario popular en el Congreso, en sentencia núm. 18/2023, de 21 de marzo. Véase un análisis detallado en mi artículo “El estreno del renovado Tribunal Constitucional en materia laboral y de protección social. Constitucionalidad del Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (con voto particular discrepante de tres magistrados y una magistrada)” <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/04/el-estreno-del-renovado-tribunal.html> (consulta: 27 de junio)

⁸ SOLÀ MONELLS, X.: “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, en *IUSLabor*, núm. 1, 2020, págs. 13-37 <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367266> (consulta: 3 de julio)

al estado biológico de la trabajadora, “lo que obligará a probar la causa del desistimiento, ligada a la experimentación de trabajo objeto de la prueba”⁹. No hay duda, pues, para la doctrina, y comparto plenamente esta tesis, de estar desde la entrada en vigor del RDL 6/2019, ante un supuesto de nulidad objetiva¹⁰.

V. ANOTACIÓN FINAL

La sentencia que ha sido objeto de comentario pone de manifiesto una vez más la diferente concepción de las relaciones laborales en el marco constitucional que ha existido durante mucho tiempo tanto en sede judicial laboral como mucho más en el propio TC.

En este último, la labor de Fernando Valdés ha sido fundamental, tanto en las sentencias de las que fue ponente como en los votos particulares discrepantes emitidos cuando quedaba en minoría (en bastantes ocasiones ciertamente durante el período en que fue magistrado) para potenciar el máximo respeto y protección de los derechos, y no sólo de los fundamentales, que afectan a toda la población trabajadora¹¹. El libro del que forma parte este artículo que ahora concluyo es un clamoroso ejemplo de toda aquella doctrina que Fernando Valdés elaboró y que no debería quedar nunca olvidada, ya que, como es bien sabido, ganar derechos cuesta mucho, pero perderlos, desgraciadamente, cuesta muy poco.

⁹ DE VAL TENA, A.L.: “La extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba”, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 2, abril 2021, págs. 56-98 <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/12444> (consulta: 28 de junio).

¹⁰ ARETIO ANTÓN, P.: “En caso de embarazo, la empresa tendrá que justificar las razones de la no superación del período de prueba”, en <https://bloglaboral.garrigues.com/embarazo-periodo-de-prueba> (consulta: 29 de junio)

¹¹ Sirva como claro ejemplo la protección otorgada al derecho constitucional a la negociación colectiva, habiendo sido objeto de atención su obra en otro libro de homenaje a su obra: VV.AA. *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales*, CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2021, en el que tuve la oportunidad de participar con el artículo “El principio de correspondencia: significación y consecuencias”, págs. 327-341.

Constitucionalismo social y Carta Social Europea: la contribución de Fernando Valdés Dal-Ré al cumplimiento de los compromisos internacionales¹

LUIS JIMENA QUESADA

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

 <https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>

CARMEN SALCEDO BELTRÁN

TU Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia

 <https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>

I. PREMISAS ESENCIALES: LOS TRATADOS INTERNACIONALES, INTEGRADOS CON LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL, COMO PARÁMETRO INTERPRETATIVO Y APLICATIVO DE LOS PODERES PÚBLICOS

De entrada, este comentario se inicia con una frase del maestro Valdés Dal-Ré para justificar el enfoque y la finalidad: “la tutela de los derechos sociales consagrados en la Carta Social Europea, en cualquiera de sus versiones, que ese órgano dispensa [el Comité Europeo de Derechos Sociales] puede y debe calificarse como efectiva y operativa, no resultando razonable apreciar en la actualidad, disfunciones vinculadas a su diseño institucional, entre el reconocimiento de derechos y su activo disfrute”².

Son numerosas sus facetas como jurista. En las páginas siguientes evidenciaremos su crucial contribución a la protección multinivel de los derechos sociales. En ella, es significativa su consideración de la Carta Social Europea (CSE/CSEr)³, la *Constitución Social de Europa*⁴, el Pacto de derechos humanos que tiene como finalidad la aplicación a nivel europeo, en complemento con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los derechos reconocidos a todos los seres humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es un instrumento normativo *vivo*, consagrado a los valores de la dignidad, la igualdad y la solidaridad, que pretende dar sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales que todo ser humano debe disfrutar (decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l’Homme (FIDH)* contra Francia, reclamación colectiva nº 14/2003, de 20 de octubre de 2020, *Commission*

¹ Los puntos de vista y opiniones expresadas en este documento son de los autores sin reflejar necesariamente la opinión del Comité Europeo de Derechos Sociales, en virtud de su condición anterior o actual de Miembros del órgano.

² En VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 112-113.

³ Afirmó también el correspondiente valor de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores respecto de la que indica que, pese a su fracaso como expresión normativa, debe atribuírsele un lugar privilegiado en la evolución del reconocimiento de una concreta categoría de derechos fundamentales en el espacio de la UE, particularizándola en los derechos sociales, al haber tomado como fuente de inspiración la CSE. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La Unión Europea: entre la renovación y el continuismo”, en *Revista Galega de Dereito Social*, nº 1, 2016, pp. 15-16.

⁴ Proclamada oficialmente en el Proceso de Turín I (2014). Todos los documentos relacionados con este se pueden consultar en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/turin-process>. Un exhaustivo estudio en JIMENA QUESADA, L.: “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 137, 2018, pp. 17 a 41, accesible en <https://rm.coe.int/the-european-social-charter-in-the-journal-of-the-spanish-ministry-of-168094621b>.

internationale de juristes (CIJ) contra la República Checa, reclamación colectiva nº 148/2017 o 26 de enero de 2021, *Commission internationale de Juristes (CIJ) et Conseil Européen sur les Réfugiés et Exilés (ECRE)* contra Grecia, reclamación colectiva nº 173/2018). Los derechos que reconoce no son teóricos sino *efectivos* (*Commission Internationale de Juristes* contra Portugal, reclamación colectiva nº 1/1999, decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999 y *FEANTSA* contra Eslovenia, reclamación colectiva nº. 53/2008, decisión el fondo de 8 de septiembre de 2009).

Esa remarcable actuación adquiere mayor envergadura si se tienen en cuenta algunas de sus concluyentes afirmaciones en cuanto al órgano en el que desempeñó con rigor y compromiso parte de su trayectoria profesional, el Tribunal Constitucional. En ellas, advertía que lamentablemente los derechos sociales eran más bien una materia ocasional o secundaria. En el caso de entrar en el fondo del asunto, las sentencias se mostraban más bien favorables al poder legislativo, legitimando las restricciones con fundamento en la crisis económica, otorgándose “un discutible pasaporte”, del que discrepó frecuentemente y así dejó ejemplarmente plasmado en numerosos Votos particulares⁵.

Sus referencias han seguido dos directrices. Por un lado, el obligado examen que se ha de realizar de la materia a enjuiciar atendiendo a los compromisos internacionales adquiridos, citando entre los más relevantes los relativos a la CSE. Estos, una vez cumplidos los requisitos constitucionalmente determinados, se convierten en normas vinculantes para el legislador, pasando a formar parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Por añadidura, de tratarse de derechos y libertades fundamentales, el art. 10.2 de la CE exige la interpretación conforme “a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias” (Voto particular de la STC, Pleno, Sentencia 119/2014 de 16 de julio de 2014, Rec. 5603/2012)⁶.

En virtud de ello se determina un mandato aplicativo de sujeción de la ciudadanía y de todos los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1, 53 y 96 de la CE) así como un mandato interpretativo, de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2)⁷. Se trata de una garantía del cumplimiento que no sólo implica a los órganos judiciales. Respecto de estos últimos, se aclara que a la jurisdicción ordinaria se extienden ambos, mientras que a la jurisdicción constitucional el segundo.

Sin entrar en un análisis específico, se ha de observar que el discernimiento entre esas fases de interpretación y aplicación en el ámbito de los derechos humanos va quedando cada vez más difuminada, resultando entonces disfuncionales algunos enfoques formalistas o positivistas de la cúspide de la jurisdicción ordinaria (el Tribunal Supremo —TS—⁸) y de la suprema jurisdicción

⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La protection des droits sociaux vue d’Espagne”, *Semaine sociale Lamy supplément*, nº 1746, 2016, p. 63.

⁶ Oportunamente denunció hace años la expansión en el derecho internacional de las fórmulas de *soft law* y su penetración en el universo de las relaciones laborales para hacer frente a los retos y desafíos de una economía crecientemente abierta y globalizada, contribuyendo a la desnacionalización del derecho del trabajo y a su deseuropeización. En VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: una aproximación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 25, 2007, pp. 21-22 y 24.

⁷ JIMENA QUESADA, L.: “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 50, 2022, pp. 263-264 y MONEREO PÉREZ, J.L.: «El valor jurídico de la Carta Social Europea Revisada y su significación», *Documentación Laboral*, nº 125, vol. 1, 2022, p. 17.

⁸ Es el caso del Auto del TS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2015, Rec. 926/2015, que parte de una “desfasada noción de jurisprudencia a los efectos del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tanto por rememorar la obsoleta aproximación a la jurisprudencia del Código Civil español, como para alejarse de los cánones jurisprudenciales europeos más recientes”, dando cuerpo “a una anomalía en el sistema de fuentes de Derecho del Trabajo”. En JIMENA QUESADA, L.: *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 65-68. Equivalente apreciación se señala de sentencias más recientes de la misma instancia, como manifiesta la de 28 de marzo de 2022, Rec. 471/2020 y la de 29 de marzo de 202, Rec. nº 2142/2020, en las que aparentemente el TS se erige en intérprete de la CSE ofreciendo “una especie de lección exegética sobre el contenido, estructura y alcance”, ignorando al exclusivo órgano que la tiene atribuida con la finalidad de justificar,

constitucional⁹, que sitúan en una tenue frontera o, peor aún, en un limbo hermenéutico, la asunción de los estándares internacionales sobre derechos humanos, y señaladamente sobre derechos sociales¹⁰. Semejante actitud, indudablemente, proyecta un efecto distorsionador en los mandatos aplicativo e interpretativo que se imponen a los demás órganos jurisdiccionales ordinarios.

Por otro lado, tratándose de convenios de derechos humanos que instituyen una instancia de garantía, Fernando Valdés significó igualmente la necesaria contemplación no sólo del texto del tratado sino asimismo de la interpretación última y máxima realizada por dicha instancia, o sea, de la jurisprudencia de los respectivos órganos de control. Su lectura profunda y tuitiva de los preceptos es completada oportunamente en ese sentido (Voto particular Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 118/2019 de 16 de octubre de 2019, Rec. 2960/2019). Específicamente, en cuanto al CEDS señaló que, con la aprobación del procedimiento de reclamaciones colectivas, su tutela se aproxima “con la protección de tipo jurisdiccional”¹¹.

Por ello, la regla “in claris interpretatio non fit” difícilmente cabrá elevarla a dogma con asidero exclusivo y excluyente en la literalidad del tratado (so pena de incurrir, paradójicamente, en parcial “complitud” del ordenamiento basada en una irreflexiva, y poco esclarecedora en la mayoría de los casos, interpretación literal o gramatical)¹². Meridianamente se ha destacado, “ninguna ley es ajena al proceso interpretativo, por clara que parezca”¹³.

Como elemento común de ambas orientaciones, insistimos nuevamente en el carácter vinculante. Muestra de ello son, por ejemplo, el Informe de la Secretaría de Estado de Justicia de 17 de diciembre de 2020, incluido en el trámite de ratificación del Protocolo de Reclamaciones colectivas que establece que “(...) el Tratado [CSE/CSEr] es jurídicamente vinculante y las decisiones del Comité de Expertos son de obligado cumplimiento” (Expediente 486/2021). Igualmente, en el Instrumento de ratificación de la CSEr (BOE de 11 de junio de 2021), se puede leer “España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta”.

No consideró Fernando Valdés impertinente señalar, respecto de este escenario de prevalencia, que durante años no había sido discutido por la doctrina laboralista, puesto que el nivel de protección de los derechos laborales estaba siendo superior en el ordenamiento español. Sin embargo, la situación cambió a partir de 2012 con las reformas legislativas, “zarandeando” esa tranquilidad¹⁴. A partir de ese momento, dejaron de ser extrañas las contradicciones entre una norma nacional y otra internacional. Carece de sentido la tensión que surgió ya que, frente a estos supuestos, idéntica regla debe de aplicarse, debiendo hacerse efectiva por las autoridades públicas internas, eventualmente, a través de un correcto ejercicio del control de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales. Esta interpretación es la coherente, de forma que de presentarse la situación inversa, es decir, cuando el parámetro internacional es menos favorable, las mismas normas convencionales sobre derechos humanos suelen manifestar su condición de estándar mínimo susceptible de ser superado por otras normas internacionales o nacionales en atención al principio *favor libertatis* (art. H CSEr, “Las

sin éxito, la no asunción del tratado y de la del CEDS, a pesar del mandato del art. 10.2 de la CE. Véase JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C., “Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*...)”, *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, volumen 12, número 1, p. 624, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257>.

⁹ Véase *infra* apartado II.2.

¹⁰ JIMENA QUESADA, L.: “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España...” *op. cit.* pp. 263-264.

¹¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel...* *op. cit.* p. 112

¹² JIMENA QUESADA, L.: “La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España...” *op. cit.* pp. 263-264.

¹³ MENEZES COELHO DE SOUZA, R.: *O Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Editora eletrônica, 2003, p. 114.

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”, en VV.AA: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, SALCEDO BELTRÁN, C. (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 342.

disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas”).

El fondo de las dos sentencias que se examinan a continuación son ejemplos de esa realidad, analizándose con más detalle el primero al ser el adscrito inicialmente.

II. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

1. La STC 95/2015, de 14 de mayo de 2015: reformas legislativas restrictivas y principio de elevar progresivamente el nivel de seguridad social (art. 12.3 CSE)

El supuesto de inconstitucionalidad que origina el pronunciamiento plantea dos cuestiones en relación con el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. Entre estas, se desliza la Carta Social Europea y una decisión sobre el fondo adoptada por el CEDS.

Los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad son brevemente los siguientes:

a) El Juzgado de lo Social núm. 4 de San Sebastián dictó Sentencia, estimando la demanda interpuesta por un ciudadano reconociendo su derecho a percibir una paga única compensatoria por el desvío del índice de precios al consumo correspondiente al año 2012, calculada sobre un 2,9 por 100, así como que el abono de su pensión de jubilación para el año 2013 se incremente en un 2,9 por 100 sobre la pensión que venía percibiendo en el año anterior.

b) El INSS y la TGSS recurrieron en suplicación al TSJ del País Vasco. En la instrucción, a este órgano le surgió una primera duda en cuanto a la norma mencionada y los efectos de su entrada en vigor al día siguiente de que hubiera finalizado el período de devengo del pago único establecido en la norma. Afirma la providencia que tratándose “de una percepción diferida en cuanto a su efectivo cobro, su supresión, cuando menos coyuntural, podría suponer una vulneración del art. 9.3 de la Constitución que prevé la garantía de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales”. Dos semanas después comunicó a las partes también sobre la necesidad de dirimir si concurría el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE como presupuesto habilitante de la norma.

En esa solicitud se incluye una última cuestión, que es en la que nos detendremos. La posible incompatibilidad de la medida con el art. 12.3 de la CSE y una decisión sobre el fondo del CEDS de 7 de diciembre de 2012 que resolvía la reclamación colectiva nº 80/2012, *Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE)* contra Grecia.

Para situar sobre el precepto, garantiza el derecho a la Seguridad Social. Los compromisos que las Partes contratantes asumen al ratificarlo están estructurados en cuatro apartados. Dejando el tercero para un examen separado, el primero determina el deber de los Estados a “establecer o mantener un régimen de seguridad social”. El segundo a que su nivel sea “satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social”. El cuarto y último, a la adopción de medidas, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales, multilaterales o por cualquier otro medio, dirigidas a preservar dos elementos clave. Por una parte, la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados Parte en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes. Y, por otra parte, la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad

social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes¹⁵.

La Sala se centra en el apartado tercero que determina el compromiso “a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social”¹⁶. Se está, como lógicamente se deduce de su lectura, ante un requerimiento de *progresividad*. Su significación en la praxis ha generado un gran debate en virtud de las reformas de pensiones, prestaciones y subsidios que llevan años implementando la mayoría de países. La cuestión a resolver es si son compatibles modificaciones legislativas que retrocedan en el nivel de protección alcanzado con el avance que parece ser exige la disposición.

Las primeras valoraciones doctrinales emitidas sobre qué presupone este término señalaban que es el reflejo de la implantación de un “effet cliquet”, también llamado “mécanisme du standstill” o de no regresión¹⁷. Contemplan que cualquier limitación, independientemente de su argumentación, resultará contraria al mismo si conlleva una modificación del nivel ya adquirido. Impide al legislador adoptar regulaciones que puedan tener como efecto disminuir el nivel de protección social ya alcanzado. Se parte de una concepción “dinámica” en la que el ideal de cobertura es cambiante y “siempre mejorable tanto respecto a las nuevas necesidades objeto de cobertura, como también en relación con la mejora de la intensidad o calidad de las prestaciones dispensadas por el régimen público de Seguridad Social”¹⁸. La apreciación se fundamentaba en los exámenes que el CEDS estaba realizando, traduciéndose en la obligación de realizar un “esfuerzo continuo” para llevar progresivamente el régimen de la seguridad social a un nivel cada vez más elevado y a informar regularmente al Consejo de Europa de los nuevos desarrollos acometidos (Observaciones interpretativas Conclusiones I y III, Conclusiones XXI-2, Polonia y Conclusiones IV-1, Finlandia¹⁹).

Con posterioridad, fue surgiendo otra, que advierte de una evolución en su implementación, considerando que pasa a identificarse más bien a un “effect plancher”²⁰. Exponen que, una vez alcanzados unos mínimos, de superarse, se pueden adoptar reformas de todo tipo en cuanto a ese

¹⁵ Un magistral estudio de todo el precepto en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de la seguridad social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021, pp. 1-100.

¹⁶ Un detallado análisis en SALCEDO BELTRÁN, C.: “La reforma del sistema de pensiones y el compromiso de elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social: vidas paralelas”, en VV.AA.: *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 523-547.

¹⁷ HACHET, I.: “L’effet de standstill: le pari des droits économiques, sociaux et culturels?», *Administration Publique, Le Trimestriel*, nº 1 2000, p. 30, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal:126521/datastream/PDF_01/view. Señala la autora que las tres expresiones son variantes de la efectividad de un derecho, si bien, su significado es incierto debido a la dificultad de situarlo con relación al de la aplicabilidad directa.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La garantía de los derechos de la Seguridad Social en la Carta Social Europea...op. cit.* p. 34

¹⁹ El CEDS subrayó que, para poder valorarlo, si se trata del incremento de la cuantía de ciertas prestaciones, se han de proporcionar los datos de años anteriores así como del aumento del coste de la vida. Complementariamente ha informado que el nivel de seguridad que tendrá en cuenta debe estar por encima del que determina el Convenio Internacional del Trabajo nº 102 sobre la seguridad social, 1952, de la OIT. El CEDS realiza constantemente sinergias entre la CSE y otros instrumentos normativos. En cuanto a los de la OIT, incluso ha señalado que, si sus Observaciones determinan que hay incumplimiento de su marco normativo, resolverá prácticamente en los mismos términos, llegando a solicitar la misma información que un Estado envía a esa organización. Igualmente se emite una conclusión de no conformidad con base en el incumplimiento por parte del Estado de los mínimos necesarios para la ratificación de ese convenio. Un estudio detallado en SALCEDO BELTRÁN, C., “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 434, 2019, pp. 153-188.

²⁰ En este sentido, MARGUENAUD, J-P y MOULY, J., “Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique », en *Droit Social*, nº 4, 2013, pp. 339-340 y LAULOM, S. “Le Comité européen des droits sociaux, artisan de la réalisation des droits sociaux. Le point de vue externe », en *Actes du colloque du 2 juin 2017, «Renverser la perspective: les droits sociaux comme remèdes aux crises européennes»*, sous la responsabilité de BENOIT-ROHMER, F., MOIZARD, N. et SCHMITT, M., Strasbourg, pp. 87-88, accesible en <http://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>.

exceso, incluyendo las que retrocedan. Por tanto, a diferencia de la anterior, no supone siempre una mirada hacia adelante para el legislador, es decir, no se puede efectuar una aplicación literal. Consideran compatible con el tratado que se pueda dar un paso hacia adelante, al lado e incluso hacia atrás si éste es argumentado.

Sustentan su valoración en los pronunciamientos que el CEDS en los que se detecta un giro interpretativo al admitir en algunos casos, modificaciones del sistema de seguridad social teniendo en cuenta la situación de algunos Estados, acordadas por motivos de carácter demográfico, económico y financiero para garantizarlo (Observación interpretativa Conclusiones XIII-4). Con ello, la hermenéutica inicial en la que siempre se atendía a mejoras y se centraba en la seguridad social *stricto sensu*, se abandona para permitir valorar circunstancias accesorias. Esta estimación inicial se confirmó con la siguiente Observación interpretativa del CEDS en la que, no sólo conserva la precedente, sino que incluso va más allá (Conclusiones 2002/XVI-1). Al solicitar que faciliten cifras sobre el valor de las prestaciones en términos reales, argumenta que, con ello, pretende examinar si estas han sido *preservadas*. Por consiguiente, los términos de progreso y avance en el nivel de las prestaciones de sus inicios ya no se encuentran y han sido sustituidos por el de *conservar*. Si había alguna duda, se disipó con la Observación interpretativa de las Conclusiones 2009/XIX-2 en la que explícitamente determina que, un desarrollo parcialmente restrictivo del sistema de seguridad social, no es automáticamente contrario al artículo 12.3 de la CSE/CSEr.

En este panorama debe estar presente la *Introducción general* a las Conclusiones XIX-2 que el CEDS adoptó en 2009. Su objetivo fue el de clarificar y recordar a los Estados sobre la aplicación del tratado en el contexto de la crisis económica global que se había iniciado el año anterior²¹. El organismo se mantuvo firme al determinar que “las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (...) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales”. Por consiguiente, “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta (...); los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más”. Las situaciones de dificultad legitiman la reorganización de los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vistas a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas. Ahora bien, esta no debe ocasionar una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la CSE. La esencia de este tratado es precisamente la instauración y al mantenimiento de los derechos garantizados. A mayor abundamiento, renunciar a tales garantías tendría dos efectos nocivos. Por un lado, recaería indebidamente sobre los asalariados una parte excesiva de las consecuencias de la crisis. Por otro lado, se aceptaría que los derechos sociales se disfrutaran según los ciclos económicos. Por tanto, los estándares de la CSE deben ser respetados permanentemente²².

Una vez delimitada la disposición, por lo que se refiere a la decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2012, se enmarca en un conjunto de cinco, en las que el CEDS, resolvió las reclamaciones colectivas nº 76, 77, 78, 79 y 80 de 2012, presentadas por la *Fédération des pensionnés salariés de Grèce*, la *Fédération panhellénique des pensionnés des services publics*, el *Syndicat des pensionnés des Chemins de fer électriques d'Athènes-Pirée (I.S.A.P.)*, la *Fédération panhellénique*

²¹ Se ha convertido en un principio general, que prácticamente es reproducido en toda la jurisprudencia posterior. Véase NIVARD, C.: “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques », en *Lettre Actualités-Droits-Libertés du CREDOF*, 15 noviembre 2012, <https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>, pp. 1-3.

²² Se ha de apuntar que este principio no es extraño en nuestros pronunciamientos judiciales domésticos. Se pueden encontrar extractos en fundamentaciones jurídicas, como es el caso de las SSJS nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, nº 421/2013, nº 1 de Toledo, de 27 de noviembre de 2014, Rec. 536/2014 o nº 3 de Talavera de la Reina de 29 de junio de 2018, Rec. 109/2018.

des pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI) y el *Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE)*²³. En el examen, el CEDS admitió que "(...) una evolución restrictiva de un sistema de seguridad social no supone determinar automáticamente que es contrario al art. 12.3 de la CSE". Ahora bien, tras un análisis particular del supuesto de hecho concluyó una situación de violación puesto que el conjunto de las modificaciones gubernamentales conducían a una "(...) degradación significativa del nivel de vida y condiciones de vida de los pensionistas (...)", así como el riesgo de empobrecer de forma considerable a la mayoría de la población. No pudo apreciar, para resolver en otro sentido, la situación de crisis del país o que el origen de las medidas estaba en las obligaciones dictadas por la *troika*, puesto que los responsables gubernamentales debían haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad.

Con este escenario, la sentencia del TC no apreció la aplicación del precepto ni de la decisión de fondo al supuesto planteado, por tres motivos:

²³ Todas fueron condenatorias. También versaba sobre ese precepto la decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2011, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY)*, reclamación colectiva nº 66/2011. El supuesto de hecho versaba sobre las condiciones laborales de los menores con contratos de aprendizaje excluyéndoles de la protección del sistema de seguridad social. En principio, el CEDS admitió la necesidad de medidas de saneamiento en las finanzas públicas en tiempos de crisis económica con la finalidad de asegurar el mantenimiento y la viabilidad del sistema de seguridad social existente. Ahora bien, semejantes medidas no debían perjudicar el marco esencial del régimen nacional o privar a los individuos de la oportunidad de beneficiarse de la protección que este frente a los graves riesgos sociales y económicos. En consecuencia, toda evolución del sistema de seguridad social debía mantener vigente un sistema de seguridad social obligatorio suficientemente amplio y evitar excluir a categorías completas de trabajadores de la protección social ofrecida por este sistema. En otros términos, las medidas de saneamiento financiero debían de observar unos límites. Trasladado a la modificación denunciada, el CEDS consideró que la protección extremadamente restrictiva frente a los riesgos sociales y económicos, acordada para los menores vinculados por los contratos especiales de aprendizaje suponía un deterioro del sistema de seguridad social que no satisfacía los criterios necesarios para ser conforme con el artículo 12.3 de la CSE.

Ahora bien, no siempre los pronunciamientos del CEDS han sido condenatorios. Así, no apreció violación, siguiendo un orden cronológico, en primer lugar, en la decisión sobre el fondo de 3 de diciembre de 2008, *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (SMMP)* contra Portugal, reclamación colectiva nº 43/2007. La entidad demandante solicitó al CEDS que declarara la existencia de incumplimiento del art. 12 de la CSEr en sus tres primeros apartados tras adoptar el Gobierno el Decreto ley nº 212/2005, de 9 de noviembre, por el que se excluía a los magistrados del ministerio público de la protección del régimen especial complementario existente, integrándolos en el régimen general. El CEDS consideró que el nivel de protección que tienen no había cambiado y que era, al menos, igual que el que tenían, añadiendo que, además, es una protección más alta que la que se proporciona a toda la población en general.

Igualmente resolvió en las dos siguientes, que coinciden en las partes del procedimiento, *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia. La primera es la decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, reclamación colectiva nº 88/2012. La organización denunció que el país no estaba aumentando determinados subsidios y que incluso habían disminuido. El CEDS no apreció la alegación, argumentando que, en el examen en el marco del procedimiento de presentación de informes, había observado la existencia de mejoras, en particular en lo que respecta a las pensiones de invalidez, las prestaciones por desempleo y las prestaciones por enfermedad (Conclusiones 2013, Finlandia). Encontró que la situación era ajustada y los argumentos presentados no permitían llegar a una conclusión diferente. La segunda es la decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2016, reclamación colectiva nº 108/2014. Se abordaba el incremento gradual del límite de edad para recibir determinadas prestaciones de desempleo a los parados de edad avanzada. El CEDS apreció que esas modificaciones se habían establecido con el objetivo de que este colectivo se mantuviera más tiempo en el mercado de trabajo. Por tanto, observaban el requerimiento de ser proporcionadas al fin perseguido.

Un último ejemplo es la decisión sobre el fondo de 24 de enero de 2018, *Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola-Sicilia* contra Italia, reclamación colectiva nº 113/2014. Las restricciones adoptadas por el gobierno de unas prestaciones de desempleo se examinan según el principio de proporcionalidad. El CEDS consideró que respondían a un objetivo razonable desde el punto de vista económico: la asignación de recursos limitada por los presupuestos de disponibilidad y a favor de sectores con dificultades económicas. La finalidad de preservar el sistema de seguridad social en ese contexto presupuestario era legítima.

- Primero, porque el pronunciamiento “se dicta en un procedimiento de reclamación colectiva que no es de aplicación al Reino de España, al no haber suscrito la reforma del Tratado relativo al ejercicio de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales”. En ese sentido se ha de señalar que se confunde la posibilidad de incoarlo con la de invocación de la interpretación derivada de una reclamación colectiva presentada contra un país en el que sí se puede aplicar. No hay ningún obstáculo si hay identidad de supuestos y el precepto está ratificado.
- Segundo, porque las reformas de nuestro país son radicalmente distintas de las adoptadas por Grecia. Consideramos que este sí puede ser un argumento más factible debido a que la realidad que sustancia la invocación es diferente, siendo de mucha más envergadura la del segundo.
- Tercero, porque las afirmaciones efectuadas por el CEDS “son retóricas, no sustantivas, realizadas en el contexto particular de Grecia y de la concreta acción del gobierno griego”, debiendo priorizar la finalidad del Real Decreto-ley 28/2013 de mantener y conservar el sistema de Seguridad Social y elevar progresivamente su nivel, medidas que son necesarias para el cumplimiento de la garantía institucional de la protección de las necesidades sociales, establecida en el art. 41 CE. Esta, además, se considera que se encuentra condicionada, a “las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social” (como ha afirmado este Tribunal en su Sentencia 37/1994).

2. La STC 119/2014, de 16 julio de 2014: período de prueba de un año y derecho a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de la relación laboral (art. 4.4 CSE)

Otra muestra del papel más destacado de la CSE en la trayectoria de Fernando Valdés, más consistente que la anterior, es la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014.

El origen se ha de situar en un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra, contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Una de las novedades que se incluyeron fue la creación del contrato de apoyo a emprendedores. Presentado como un “contrato estrella” por su carácter indefinido, determinaba que se le aplicaría el régimen jurídico de los contratos y los derechos y obligaciones dispuestos en el ET, con la única excepción de la duración del periodo de prueba, que sería de un año en todo caso (art. 4.3). Las reacciones en su contra fueron inmediatas pues la pretendida apariencia de estabilidad claramente desaparecía con esa condición, convirtiéndose más bien en un contrato temporal puesto que, como así se demostró, la gran mayoría de ellos finalizaban durante ese período de prueba.

El fallo del TC consideró que la regulación era legítima, razonable y proporcionada por los siguientes motivos:

a) Era una medida legislativa coyuntural adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo.

b) Su finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable era legítima, conectando, además, con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE).

c) Cumplía con la naturaleza jurídica típica del periodo de prueba.

d) Permitía al empresario comprobar, en el contexto de crisis económica en el que se aprobó, si el puesto de trabajo ofertado con carácter indefinido era viable económicamente y por tanto sostenible.

En resumen, se estimó que estaba destinada a facilitar las decisiones de creación de empleo estable de las pequeñas y medianas empresas (que constituyen la inmensa mayoría del tejido empresarial español), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, en una coyuntura económica difícil y adversa. Esta interpretación *sui generis*, “a la baja” o restrictiva carece de la más mínima proporcionalidad, razonabilidad y consistencia, y más aún su condición de “coyuntural”. Deliberadamente “silencia” el parámetro internacional más favorable²⁴.

Fernando Valdés contestó con contundencia en un Voto particular discrepante en el que uno de sus argumentos para sustentarlo fue la vulneración del art. 4.4 de la CSE, que garantiza el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo, interpretado según la decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2012, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI) / Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY)* contra Grecia.

En ese conocido pronunciamiento se había solicitado al CEDS que se declarara la violación de la CSE por el art. 17.5 de la Ley 3899/2010, de 17 de diciembre, que determinaba que los contratos de duración indefinida tendrían un período de prueba de doce meses, durante el que los trabajadores pueden ser despedidos automáticamente, sin previo aviso y sin indemnización de despido en caso de que el empleador considere, sin tener que demostrarlo, que el trabajador no satisface las exigencias de sus supervisores.

La Decisión del CEDS fue tajante y unánime en el sentido de estimar que se producía resolviendo que “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”.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Llegados a este punto, la primera reflexión que nos suscita el legado del maestro Valdés Dal-Ré es el espíritu de coherencia del que ha hecho gala en sus facetas teórica y práctica como eminente jurista. En efecto, a través del breve análisis de algunas de las más significativas sentencias constitucionales en las que ha intervenido (y, sobre todo, de sus votos particulares) se pone de manifiesto que su importante obra científica no da pábulo a meras expresiones retóricas que luego sean contradichas en su desempeño como magistrado constitucional. Al contrario, Fernando Valdés es un magistral ejemplo de consistencia en el ejercicio de su libertad académica y de su independencia judicial.

En conexión con lo anterior, la segunda reflexión nos interpela a ver en Fernando Valdés Dal-Ré un modelo de jurista con mente abierta que ha situado resueltamente el constitucionalismo social multinivel en esa tendencia creciente e inexorable de constitucionalización del derecho internacional y correlativa internacionalización del derecho constitucional. Sus aportaciones, como profesor y como magistrado, revelan que nuestra Constitución social no solamente no puede rebajarse a los avatares aleatorios de quien legisla, sino que debe verse impregnada por los eventuales estándares internacionales socio-laborales más favorables. En otro caso, nos veríamos abocados a una especie de chauvinismo jurídico que representa una amenaza para la defensa real de los derechos. Como ilustración de ello, el control de convencionalidad, tan brillantemente elaborado por Fernando Valdés como ponente de la trascendental STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, Rec. 3754-2014 (FJ

²⁴ JIMENA QUESADA, L.: *Devaluación y blindaje del Estado social...op. cit.* pp. 127-135.

6)²⁵, no es sino una clara muestra de la insoslayable convergencia entre los sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, así como de su contribución al cumplimiento de dichos compromisos internacionales; en esa misma línea, el maestro Valdés Dal-Ré ha contribuido decisivamente a apuntalar la convergencia entre la Constitución social de España y la Constitución Social de Europa que es la Carta Social Europea.

En fin, como tercera y última reflexión, quienes suscriben la presente contribución a Fernando Valdés Dal-Ré dan fe, no solamente de su gran talla intelectual, sino igualmente de su enorme talento personal. En nuestras discusiones con el maestro, lo mismo que en las sentencias constitucionales objeto de comentario en las que él ha intervenido, hemos podido comprobar siempre su constante preocupación por orientar su quehacer jurídico al bienestar social de todas las personas. Desde esta perspectiva, la conocida “cláusula de progreso” de nuestra Constitución social (art. 9.2 CE) traduce de alguna manera su posición y vocación ante el reto de optimizar ese constitucionalismo social multinivel cuyo objetivo último es la consecución de la Justicia (también social) reflejada en el respeto a la Dignidad de toda persona y en la Solidaridad²⁶.

²⁵ Se erige, como ha subrayado JIMENA QUESADA, en un “verdadero hito para el afianzamiento de nuestro sistema constitucional de fuentes al consagrar explícita y claramente el control difuso de convencionalidad”, perfeccionándolo, debiendo quedar superadas “las antiguas disputas entre las normas internacionales y nacionales a cuenta de la discusión en torno al monismo, al dualismo o a la combinación de ambos, para sostener con firmeza y solidez que los diversos cánones normativos del sistema global de derechos humanos deben articularse en aras de su optimización”. En “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, pp. 434-461. Véase también del mismo autor los trabajos previos sobre la materia “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: ¿un desafío para los Tribunales Constitucionales en la Unión Europea?”, en UGARTEMENDIA, J.L. y JAUREGUI, G. (Coords.), *Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 285-318, su libro *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Aranzadi, 2013 o el artículo “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 22, 2018, pp. 31-58.

²⁶ La actual crisis europea de solidaridad y, por consiguiente, de la democracia, exige que se adopten decisiones con responsabilidad “por los responsables políticos, los ciudadanos europeos y los académicos”. Sólo de esta forma la incertidumbre, los miedos y la oscuridad (nuevos nacionalismos, antieuropeísmo, xenofobia, división) no prevalecerán. MASALA, P. y VALDÉS DAL-RÉ, F., “The Future of Social Europe and of European Integration at a Crossroads: How Can We Recover and Enforce Solidarity as a Fundamental Principle of European Constitutional Law (or Die)?”, *European Papers*, volumen 4, número 1 2019, pp. 257-268, <https://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/future-of-social-europe-and-european-integration-at-crossroads>.

Comentario a la STC 194/2013, de 2 de diciembre de 2013

IGNACIO GARCÍA PERROTE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (s.e.)*

I. LOS HECHOS

La sentencia del Tribunal Constitucional que se comenta y de la que fue ponente —con la bella y rigurosa prosa que le caracterizaba— el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, otorga el amparo por entender que la decisión de inadmisión —por extemporaneidad— de los recursos contenciosos administrativos interpuestos vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en su vertiente del acceso a la jurisdicción.

El demandante de amparo estuvo incluido en un despido colectivo autorizado por la resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de diciembre de 2000.

El 23 de marzo de 2001, el demandante interpuso recurso de alzada contra la anterior resolución. El recurso fue inadmitido por extemporáneo. El demandante interpuso recurso contencioso-administrativo, pero el emplazamiento para formalizar la demanda contenciosa no fue atendido por el demandante.

Con anterioridad a esto último, el demandante de amparo acudió a la jurisdicción social denunciando la vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE). Tras diversos avatares que constan en los antecedentes de la sentencia, la jurisdicción social se declaró incompetente.

Tras esta declaración de incompetencia de la jurisdicción social, el demandante de amparo intentó en el año 2008 reabrir la vía contenciosa, interponiendo de nuevo recurso de alzada contra la resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de diciembre de 2000, alegando vulneración del artículo 14 CE. El recurso fue inadmitido por ser firme la resolución recurrida.

La sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de abril de 2010 inadmitió por extemporáneo el correspondiente recurso contencioso administrativo. El demandante de amparo interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, siendo desestimado el recurso por la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2011.

II. EL RECURSO DE AMPARO: SU CARÁCTER MIXTO

En su recurso de amparo, el recurrente impugnó, de un lado, la resolución de la Dirección General de Trabajo de 30 de diciembre de 2000, por vulneración —alegaba— del artículo 14 CE. Y, de otro, las mencionadas sentencias del orden contencioso-administrativo de 29 de abril de 2010 y 26 de septiembre de 2011, por considerarlas contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción social (artículo 24 CE).

Lo primero que hace la STC 194/2013 es precisar que se trata de un recurso de amparo «mixto», porque se imputan infracciones independientes a la administración (la vulneración del principio de igualdad) y a los órganos judiciales (la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción).

En el presente supuesto, el TC entiende que debe comenzar por examinar la denunciada vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, la STC 194/2013 entiende que las resoluciones judiciales recurridas en amparo que inadmitieron por extemporaneidad, si bien no pueden calificarse de irrazonables o arbitrarias, son rigoristas y excesivamente formalistas, por lo que no superan el canon de constitucionalidad.

La sentencia recuerda que el control constitucional de las decisiones judiciales de inadmisión ha de verificarse de forma especialmente intensa, y que, en particular, respecto de la decisión judicial de inadmisión por extemporaneidad, el TC ha declarado que, si bien la aplicación de los plazos de prescripción y de caducidad es una cuestión de mera legalidad ordinaria, adquiere no obstante dimensión constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que, por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida.

De ahí que la sentencia se adentre en el examen de los motivos y argumentos en los que se funda la decisión judicial de inadmisión, con la finalidad de comprobar si resultan o no constitucionalmente justificados.

La declaración de extemporaneidad se funda por las sentencias del orden contencioso recurridas en amparo, en primer lugar, en la equivocada estrategia procesal del recurrente, que libre y voluntariamente decidió, sin que nada ni nadie le obligara a ello, formular su tacha de desigualdad del artículo 14 CE ante los órganos de la jurisdicción social, cuando bien pudo haberlo hecho antes con ocasión del recurso contencioso-administrativo que previamente había interpuesto contra la resolución administrativa, de 30 de diciembre de 2000, y que, sin embargo, dejó luego caducar sin formular demanda. En estas circunstancias, el fracaso posterior de la vía jurisdiccional social por falta de competencia material para conocer de la infracción del artículo 14 CE no permitiría, so pena de ignorar los plazos procesales, volver sobre la citada resolución administrativa para formular esa misma pretensión nuevamente en la vía contenciosa.

El segundo argumento de las sentencias contencioso-administrativas era que, cuando en el año 2008 el recurrente interpuso su recurso contencioso por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, había transcurrido de sobra el plazo de diez días previsto en el artículo 115.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), sin que el hecho de que el recurrente hubiera interpuesto previamente recurso alzada sirva para interrumpir el cómputo del citado plazo, dado su carácter manifiestamente improcedente.

Para la STC 194/2013, ninguno de estos dos argumentos supera el canon de constitucionalidad, pues, aun cuando ciertamente esa interpretación judicial no puede calificarse de irrazonable o arbitraria, resulta rigorista y excesivamente formal.

Respecto del primer argumento consistente en que la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa quedó agotada tras su abandono voluntario por el recurrente, sin que el fracaso de la vía de la jurisdicción social por falta de competencia permita reabrir la vía contenciosa y promover un nuevo recurso contra el mismo acto administrativo, la STC 194/2013 recuerda que, al tiempo de la aprobación administrativa del expediente de regulación de empleo (año 2000), el reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso y social era una cuestión confusa. De donde el TC deduce que las sentencias contenciosas recurridas razonaron con un rigorismo exagerado.

La STC tiene muy en cuenta que no fue hasta la STS 23 de enero de 2006 cuando la sala de lo social del Tribunal Supremo clarificó la cuestión de la competencia, dictándose en el proceso judicial *a quo* la STS 19 de diciembre de 2007. En estas sentencias —hace notar la STS 194/2013—, la sala de lo social del TS advierte que «el deslinde entre el ámbito de competencia de los Tribunales del orden social y contencioso-administrativo viene fijado por una línea que puede parecer confusa.»

Para la STC 194/2013, vista la existencia de cierta confusión sobre la jurisdicción competente en este tipo de asuntos, no hay duda de que, al igual que hizo la STC 194/2019, de 28 de septiembre, reprochar al recurrente que decidiera acudir a la jurisdicción social para concluir de ese modo en la inadmisión por extemporáneo del recurso contencioso interpuesto una vez cerrada la vía del orden social por falta de competencia, resulta una decisión judicial excesivamente rigorista y contraria al principio *pro actione*, vulnerando, en consecuencia, el derecho fundamental del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la justicia.

La STC 194/2013 no ignora que, a diferencia del caso resuelto en la citada STC 194/2009, en el presente asunto el recurrente ya impugnó antes la misma resolución administrativa que luego años después, una vez clausurada definitivamente la vía jurisdiccional social, ha intentado nuevamente recurrir mediante la interposición del recurso contencioso. Esta circunstancia, que apunta a la doble impugnación jurisdiccional de un mismo acto administrativo en sede contenciosa, era precisamente la que utilizaban las sentencias recurridas en amparo y, singularmente, la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2011, para justificar su decisión de inadmisión.

La STC 194/2013 no comparte el razonamiento de las sentencias del orden contencioso en términos de proporcionalidad, dado que confirma el carácter excesivamente formal y rigorista de la decisión judicial. Para el TC esa explicación, al hacer hincapié en la identificación del acto formalmente recurrido, aun posible en una interpretación de legalidad ordinaria, desenfoca las circunstancias del caso y prescinde sin ninguna justificación de su verdadero contenido material. Ciertamente —reconoce el TC— el acto administrativo recurrido es siempre el mismo, la resolución administrativa de 30 de diciembre de 2000, que autorizó el expediente de regulación de empleo. Sin embargo, para la STC 194/013, esa identidad es únicamente formal, toda vez que no tiene en cuenta que en esa época la impugnación del acto administrativo de aprobación del expediente de regulación de empleo tenía, según testimonian las propias resoluciones dictadas en el previo proceso judicial, muy concertado su ámbito: se limitaba poco más que a comprobar si el correspondiente despido colectivo acordado entre las partes era conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En estas condiciones, para el TC nada tiene de extraño ni de reprochable que el recurrente considerara, al tiempo de recurrir por primera vez en sede contencioso-administrativa el acto administrativo de aprobación del expediente de regulación de empleo, que su contenido resultaba novedoso, pues no se limitaba ahora a la comprobación de la regularidad del expediente tramitado y al acuerdo alcanzado entre el empresario y los representantes de los trabajadores, ya que también perseguía combatir las condiciones económicas del plan de prejubilación previsto en el expediente de regulación de empleo ante los órganos de la jurisdicción social, queja ésta que no quedó expresada en la anterior impugnación en sede administrativa. Y en atención a las vicisitudes litigiosas del presente caso, tampoco resulta extraño que el recurrente decidiera abandonar en su día el recurso contencioso.

Desde esta perspectiva, recuerda la STC 194/2013 que, como se ha avanzado, no es sino hasta su sentencia de 23 de enero de 2006 cuando la sala de lo social del Tribunal Supremo despeja definitivamente las dudas existentes y declara la falta de competencia del orden social por considerar que la discusión sobre el régimen de indemnización previsto en el controvertido plan de prejubilación acordado entre las partes «supone una impugnación del acuerdo asumido por la resolución del expediente administrativo (de modo que) la acción ejercitada implica una revisión de lo acordado entre las partes e incorporado a la resolución administrativa que puso fin al expediente de regulación de empleo». Para la STC 194/2013, el razonamiento es bien significativo y permite ver que con esa declaración la sala de lo social del Tribunal Supremo proporciona una solución que determina la atribución al acto administrativo de aprobación del expediente de regulación de empleo de un contenido hasta entonces cuando menos discutido. Por esta razón —concluye la STS 194/2013—, la afirmación de las sentencias recurridas acerca de que el recurrente en amparo ha pretendido impugnar

en 2008 el mismo acto administrativo que ya antes había impugnado en 2001 es en realidad un criterio excesivamente formalista, que mira exclusivamente a la identificación del acto administrativo recurrido, y, por tanto, contrario al principio *pro actione*. Para la STC 194/2013, materialmente el contenido del acto administrativo recurrido en uno y otra ocasión podría considerarse distinto.

Para el TC, el razonamiento anterior hace decaer igualmente la posibilidad de compartir el criterio judicial sobre que el recurso contencioso resulta en todo caso extemporáneo porque el recurso de alzada previamente interpuesto por el recurrente no interrumpe el cómputo del plazo previsto en el artículo 115.1 LJCA, y que es, como se ha avanzado, el segundo motivo razonado por las sentencias recurridas para justificar su decisión de inadmisión.

Para la STC 194/2013, el argumento esgrimido por la sala de lo contencioso-administrativo, relativo a la interpretación del artículo 115 LJCA, antes que desproporcionado, es manifiestamente irrazonable, por contrario a la literalidad del precepto y a su origen y sentido.

Recuerda la STC 194/2013 que el artículo 115.1 LJCA, en relación con el plazo para interponer el recurso para la tutela de libertades y derechos fundamentales, establece que «será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de la notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites», y que «cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio del actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente».

Según afirma la STC 194/2013, la literalidad de la norma hace referencia, con claridad, a la interposición potestativa de recurso administrativo, por lo que la interpretación que realiza la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo no atendería, entonces, a los términos de la previsión normativa. El TC señala que dicha previsión tiene su origen en la regulación que estableció, en su día, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de derechos fundamentales de la persona, para los recursos contencioso-administrativos de tutela de libertades y derechos fundamentales, conforme a la cual, para la interposición de este tipo especial de recursos, se eliminaba la obligación de agotar previamente la vía administrativa.

En consecuencia —cierra su razonamiento la STC 194/2013—, la interposición de recurso de alzada por el ahora demandante de amparo fue plenamente acorde con la legislación: no tenía obligación de interponerlo, pero consideró que era conveniente debido a que la administración no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema de la posible vulneración por el contenido económico del acuerdo del principio de igualdad, lo que no merece reproche alguno ni puede constituir, en consecuencia, causa legal determinante de la inadmisión de su recurso por extemporaneidad.

Una vez declarada por la STC 194/2013 la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, su restablecimiento en dicho derecho y la necesidad de garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo conducen al TC a anular las resoluciones judiciales impugnadas y, tal como interesaba el Ministerio Fiscal, a la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicte nueva resolución respetuosa con el derecho constitucional vulnerado.

IV. LOS VOTOS PARTICULARES

La STS 194/2013 cuenta con dos votos particulares.

A destacar que fueron cuatro los magistrados y magistradas que deliberaron la sentencia (el quinto magistrado se abstuvo), lo que permite atisbar que la sentencia mayoritaria salió adelante por el voto de calidad de la (entonces) presidenta de la sala segunda.

El primer voto particular reconoce los inconvenientes que acarrió la falta de un criterio interpretativo unificado respecto de las impugnaciones deducidas con motivo de la aprobación de los expedientes de regulación de empleo, con la consiguiente incertidumbre que tal circunstancia supuso para los interesados, amén de las demoras que originó, por el denominado «peregrinaje de jurisdicciones», en la resolución de las cuestiones de fondo.

Sin embargo, el voto expresa su discrepancia respecto del rigorismo que sala STC 194/2013 atribuye a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues, para el magistrado que formula el voto, la principal razón por el que el motivo de fondo quedó imprejuizado trae causa, en esencia, de la actuación procesal del recurrente. Este solicitó la caducidad del recurso interpuesto, lo que para el voto supuso un verdadero abandono de la vía contencioso-administrativa de cara a la impugnación de la resolución aprobatoria del expediente de regulación de empleo.

En fin —sigue razonando el voto—, aun cuando la línea divisoria entre el ámbito competencial de los órdenes social y contencioso-administrativo no estaba fijada con la suficiente claridad, lo cierto es que el demandante optó voluntariamente por abandonar la vía impugnatoria inicialmente escogida, en un momento en que, al menos, la competencia de los órganos del orden jurisdiccional social estaba en entredicho.

Por último, el voto particular entiende que el extenso razonamiento del fundamento jurídico séptimo de la sentencia 26 de septiembre del 2011 de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo es el resultado de la interpretación de la legalidad ordinaria que, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, llevó a cabo aquella sala *ad casum*. Para el voto, las consideraciones recogidas en el último párrafo del fundamento jurídico 8 de la STC 194/2013 alumbran, bajo la férula del rigorismo formal que se achaca a los órganos jurisdiccionales, una interpretación alternativa de la legalidad, que no comparte la proclamada identidad del acto administrativo asumida por dichos órganos, lo cual no se compadece —concluye el voto— con la función atribuida al Tribunal Constitucional.

El segundo voto particular parte de que la existencia de controversias entre órdenes jurisdiccionales es una situación prevista y regulada por nuestro ordenamiento, de cuya definitiva resolución no se derivan consecuencias adversas para los litigantes. Para el voto, la circunstancia de que la jurisdicción social se declare incompetente para conocer de una pretensión no cierra el posterior acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, ni a la inversa (artículos 5.3 LJCA y 5.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción social).

Par el voto particular, la STC 194/2013 no toma en consideración que cuando el recurrente de amparo desistió de la vía contencioso-administrativa ya había sido alegada ante el juzgado de lo social la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, tanto por la empresa como por los sindicatos personados, siendo posteriormente reiterada por las partes demandadas en su recurso de suplicación. Por tanto, más allá de cualquier abstracta controversia doctrinal o jurisprudencial, lo cierto era —razona el voto— que cuando el demandante abandona la vía contencioso-administrativa ya formaba parte de la litis la excepción de incompetencia de la jurisdicción social. De otra parte —añade el voto—, nada impedía que se solicitara la suspensión del proceso hasta tanto se dilucidara el orden jurisdiccional competente. Puesto que el demandante se apartó inopinadamente de la vía contencioso-administrativa, para el voto particular no parece que deba calificarse de «rigorismo exagerado» que el Tribunal Supremo tome en consideración que voluntariamente dejó caducar el trámite de presentación de la demanda contencioso-administrativa en un momento en que las demás partes negaban la competencia del orden jurisdiccional social.

El segundo aspecto que, según entiende el voto, la STC 194/2013 tampoco considera es que la resolución de la Dirección General de Trabajo cuya anulación se pretende ya había devenido firme a causa de que el primer recurso de alzada contra la misma fue presentado fuera de plazo, según apreció

la resolución del Ministro de Trabajo dictada el 22 de mayo de 2001. Tanto una como otra quedaron firmes por consentidas, al no llegar a ser finalmente combatidas en la vía judicial.

Para el voto particular, la STC 194/2013 no aporta un razonamiento que permita obviar el aquietamiento del demandante con la resolución que declaró extemporáneo el primer recurso de alzada. Sin embargo —razona el voto—, este hecho es una realidad procesal vinculante tanto para los órganos judiciales como para el TC [artículo 44.1 b) LOTC].

En definitiva, según afirma el voto particular, el principio *pro actione* debe conciliarse con el principio de seguridad jurídica, puesto que la quiebra de este último sin razón suficiente, como es el caso para el voto, terminará también quebrando el primero.

Una lección con impacto de Fernando Valdés Dal-Ré. A propósito de su artículo de 1976 sobre «las comisiones paritarias de los convenios colectivos»

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Facultad de Derecho-Universidad de A Coruña
 <https://orcid.org/0000-0002-3228-4242>

I. LA OCASIÓN DE LA LECCIÓN

El artículo impactante del profesor VALDÉS DAL-RÉ a que se refiere esta contribución mía a su homenaje apareció publicado en 1976, en la mejor revista jurídico-laboral por aquel entonces existente en España¹, con la siguiente advertencia a pie de página: «El presente texto reproduce el núcleo, si bien ampliado y con el aparato bibliográfico preciso, de la exposición oral que constituyó mi tercer ejercicio de las oposiciones a profesor agregado de Universidad celebradas en Madrid, en octubre de 1975». No resulta fácil (casi cincuenta años después) contextualizar en su plenitud dicha advertencia, pues en la fecha indicada en ella se encontraban en tramitación administrativa, casi paralela, dos concursos-oposiciones distintos para la provisión de hasta tres plazas de profesor agregado de Universidad (en las Facultades de Derecho de las Universidades de La Laguna y Autónoma de Barcelona², y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid³), en ninguno de los cuales obtuvo plaza nuestro homenajeado. En todo caso, tras la relectura de las normas rectoras de dichos dos procedimientos administrativos, a mí me sigue impresionando la dureza de los concursos-oposiciones a profesor agregado (antesala de la cátedra)⁴ que se celebraban en aquel lejano entonces. De un lado, por el número de aspirantes definitivamente admitidos para concursar-opositar, que en uno de esos dos casos subió a la cifra tan abultada de dieciséis (por cierto, ocho de los cuales acabarían siendo luego catedráticos de la disciplina en muy diversas Universidades, incluido el propio Fernando VALDÉS)⁵. De otro lado, por el número de ejercicios de que constaba cada concurso-oposición, que eran seis distintos, refiriéndose la advertencia arriba citada precisamente al «tercer ejercicio», consistente —de acuerdo con la normativa rectora del asunto— «en la exposición, durante una hora como máximo, de una lección elegida por el opositor entre las de su programa, y cuya preparación habrá hecho libremente»⁶. Leí con detenimiento esta «lección» del profesor VALDÉS por vez primera, en 1980 (cuando yo comenzaba la redacción de mi tesis doctoral, y nuestro homenajeado era ya profesor agregado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, desde 1978), por indicación de mi maestro, el catedrático compostelano Gonzalo DIÉGUEZ, quien la calificaba de

¹ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias de los convenios colectivos», *Revista de Política Social*, número 109, 1976, págs. 55-90.

² Cfr. Orden Ministerial de convocatoria de 9 septiembre 1974 (*Boletín Oficial del Estado* de 29 noviembre 1974).

³ Cfr. Orden Ministerial de convocatoria de 23 septiembre 1974 (*Boletín Oficial del Estado* de 25 octubre 1974).

⁴ Según la Ley 83/1965, de 17 julio, sobre estructura de las Facultades universitarias y su profesorado, la regla general era que «el acceso a una cátedra vacante por el que se adquiere la condición de Catedrático ordinario se hará únicamente mediante concurso entre Profesores agregados de la misma disciplina o de las equiparadas a ella» (cfr. artículo 14, párrafo primero).

⁵ Cfr. Resolución de la Dirección General de Universidades e Investigación por la que se publica la lista definitiva de aspirantes admitidos al concurso-oposición de la plaza de profesor agregado de «Derecho del Trabajo» en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid (*Boletín Oficial del Estado* de 11 abril 1975).

⁶ Cfr. artículo decimotercero del Reglamento de concursos-oposiciones a plazas de profesores agregados de Universidad, aprobado por Orden Ministerial de 25 junio 1966 (*Boletín Oficial del Estado* de 2 julio 1966).

auténtica «lección magistral». Y no se equivocaba en absoluto. Su impacto en mi tesis doctoral (luego publicada en forma de libro en 1985) fue palpable y duradero⁷, por las razones que paso a desglosar con sumo gusto y muy gratos recuerdos de aquellos tiempos distantes seguidamente.

II. LA ORIGINALIDAD DE LA LECCIÓN

Según me comentaba mi maestro, aunque formalmente hablando se tratase de una «lección» del «programa» del aspirante, desde un punto de vista material, dicho «tercer ejercicio» exigía redactar lo que la tradición universitaria europea denominaba, también coloquialmente en España, un «*Habilitationschrift*» (esto es, de acuerdo con nuestra vieja legislación sobre oposiciones a cátedras universitarias, un «trabajo científico escrito expresamente para la oposición»⁸, que es lo que luego acabaría denominándose, a partir de 1983 y hasta hoy en día, para acceder a la cátedra, un «trabajo original de investigación»⁹), acreditándolo el hecho de que en el debate del mismo —por causa de toda su originalidad presunta— quedasen excluidas las llamadas «trincas» horizontales (o con otros aspirantes), a diferencia de lo que ocurría en los ejercicios primero y segundo de los concursos— oposiciones para cubrir plazas de profesor agregado de Universidad (en los que sí cabían, en cambio, las «trincas» en cuestión)¹⁰. No cabe dudar de que esta «lección» del profesor VALDÉS DAL-RÉ era un trabajo científico incuestionablemente original, pues nada había equiparable a él en la doctrina científica española de entonces (por cierto, traída a colación exhaustivamente y comentada en detalle por nuestro homenajeado)¹¹, cabiendo concluir que el mosaico del régimen jurídico español de las comisiones paritarias de los convenios colectivos quedaba completado y acabado con su trabajo, pero abriendo al mismo tiempo en él un camino que pudiese ser luego transitado por otros, como ocurrió en mi caso, sobre todo tras los cambios dramáticos habidos en la legislación laboral española después de promulgada nuestra vigente Constitución democrática. De ahí, consecuentemente, que esta «lección» del profesor VALDÉS no sólo «tapase huecos» doctrinales, sino que también «abriese brechas» de idéntico signo, resultando ocioso recordar que ambas acciones han sido consideradas desde siempre como los dos ingredientes esenciales de la verdadera originalidad de lo investigado. Para mí, además, resulta evidente que nuestro homenajeado se sentía especialmente cómodo abordando el tema de su «lección», libremente elegido por él. Dos novedades aplicadas a su trabajo —de las que procedo a tratar seguidamente, reforzadoras de la extremada originalidad del mismo— prueban asimismo que el profesor VALDÉS DAL-RÉ debía ya considerarse en la época en que escribió esta «lección» suya un

⁷ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985, con repetidas citas del artículo de VALDÉS (en págs. 42, 53, 136, etc.).

⁸ Véase artículo 58, letra d), apartado segundo, de la Ley de 29 julio 1943, sobre ordenación de la Universidad española.

⁹ Véase artículo 38, apartado 2, inciso segundo, de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de reforma universitaria.

¹⁰ A propósito del «primer ejercicio», el citado Reglamento aprobado por Orden Ministerial de 25 junio 1966 afirmaba lo siguiente: «consistirá en la presentación y exposición de la labor personal del aspirante durante un plazo máximo de una hora, seguida de la discusión de los opositores o Jueces durante el tiempo que estime oportuno el Tribunal. Los opositores formularán, por escrito que entregarán al Tribunal en el momento de su intervención, el juicio crítico que les merezca la labor docente y científica previa de sus coopositores. La réplica de éstos se hará en cada caso a continuación de aquella lectura, pero se ratificará por escrito entregado al Tribunal, en un plazo de veinticuatro horas» (artículo decimosexto). Por su parte, respecto del «segundo ejercicio» (consistente en «la exposición oral del estudio presentado por el opositor acerca del concepto, método, fuentes y programas de la disciplina, durante un plazo máximo de una hora»), indicaba que dicha exposición iría «seguida de discusión, como en el ejercicio anterior» (cfr. artículo decimoséptimo).

¹¹ Más en concreto, la doctrina científica española de entonces que cita es ALONSO GARCÍA (págs. 60, 80, 81, 82 y 83), ALONSO OLEA (págs. 61, 64, 67, 69, 70, 75, 76, 77, 80, 81, 82, 85 y 86), BAYÓN (págs. 78 y 81), BAYÓN-PÉREZ BOTJA (págs. 61 y 86), BORRAJO DACRUZ (pág. 64), CREMADES (pág. 85), GARCÍA ABELLÁN (págs. 80 y 82), GARCÍA DE HARO (pág. 64), MONTOYA MELGAR (págs. 64 y 83), OJEDA AVILÉS (págs. 85 y 86), RIVERO LAMAS (págs. 67 y 71), RODRÍGUEZ PIÑERO (págs. 64 y 66), RODRÍGUEZ SAÑUDO (pág. 76, 79 y 85) y DE LA VILLA (pág. 82).

consumado maestro del Derecho colectivo español del Trabajo (por el que luego, por cierto, acabaría demostrando tener una querencia especial)¹².

III. LA METODOLOGÍA DE LA LECCIÓN

Como era usual entonces, el profesor VALDÉS utiliza *partout* en su «lección» la metodología jurídica comparatista —lo que sólo puede mirarse hoy con simpatía—, incluyendo en sus comparaciones el Derecho del Trabajo alemán y su correspondiente doctrina científica, actualizados hasta la fecha del escrito (para criticar, entre otras cosas, la distinción dogmática alemana entre «parte normativa» y «parte contractual» de los convenios colectivos, al parecerle inencajables en ella las cláusulas convencionales reguladoras de las comisiones que estudiaba)¹³. En esto, no hay novedad metodológica. Sí la hay y muy grande, en cambio, en lo tocante a las fuentes de conocimiento tan específicas que se vio obligado a utilizar, a efectos de poder reconstruir un régimen jurídico cabal y realista de su tema. Es lo que nuestro homenajeado denomina utilización del «Derecho convencional»¹⁴, de la «práctica contractual»¹⁵ o de la «práctica negocial»¹⁶, relativa a centenares y centenares de cláusulas de convenios colectivos de la época (sectoriales y de empresa, publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, y citados con toda acribia en multitud de notas a pie de página), que el profesor VALDÉS trae a colación para poder debatir los pros y contras científicos de la estructura de las comisiones paritarias¹⁷, de sus funciones y competencias¹⁸, así como de su procedimiento de actuación¹⁹, cabiendo imaginar su paciente trabajo de búsqueda, recopilación y sistematización del disperso (y aparentemente, caótico) material que se auto-impuso manejar. Metodológicamente hablando, la «lección» del profesor VALDÉS fue un trabajo de investigación pionero, pues hasta la fecha de su publicación no había encontrado en España ningún estudio, ni tan intensivo ni tan extensivo, del clausulado de los convenios colectivos españoles, que trascendiese las fuentes de conocimiento directas (como las jurisprudenciales, asimismo primorosa y exhaustivamente estudiadas en la «lección», incluida la doctrina del Tribunal Central de Trabajo, difícil de localizar entonces)²⁰ más usualmente tratadas en aquella época. Un año después, se produjo —en la misma línea metodológica— la publicación de la tesis doctoral de la profesora CASAS BAAMONDE, sobre las mejoras voluntarias convencionales de seguridad social²¹. Y luego, vinieron muchas otras publicaciones más, incluida la mía ya citada, en las que el impacto (confesado o no) del hallazgo metodológico de la «lección» del profesor VALDÉS DAL-RÉ necesariamente tiene que considerarse evidente.

IV. LA TERMINOLOGÍA DE LA LECCIÓN

La terminología utilizada en la «lección» resulta asimismo sorprendente, en el contexto de lo que entonces se publicaba en España sobre Derecho colectivo del Trabajo. Era el fruto de la utilización por el profesor VALDÉS DAL-RÉ de la metodología jurídica comparatista, focalizada

¹² En la Resolución de la Universidad Complutense de Madrid de 14 mayo 1990 (*Boletín Oficial del Estado* de 9 junio 1990), convocando a concurso una cátedra de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de dicha Universidad, a la que el profesor VALDÉS DAL-RÉ accedió, se indicaba que el perfil de la misma era precisamente «Derecho Colectivo del Trabajo» (cfr. su Anexo I, apartado 3).

¹³ Cfr. págs. 63 y ss., así como sus correspondientes notas a pie de página, donde afirma —respecto de la distinción entre «*normativer Teil*» y «*schuldrechtlicher Teil*»— que «nuestra doctrina científica acoge, apenas sin reservas, la distinción».

¹⁴ Por ejemplo, en pág. 58.

¹⁵ Por ejemplo, en pág. 61.

¹⁶ Por ejemplo, en pág. 72.

¹⁷ Cfr. págs. 70 y ss.

¹⁸ Cfr. págs. 73 y ss.

¹⁹ Cfr. págs. 88 y ss.

²⁰ Cfr. págs. 76, 79, 85 y 86.

²¹ Véase CASAS BAAMONDE, M.A.: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

ahora en el Derecho anglo-norteamericano sobre negociación colectiva. En lo esencial, las novedades terminológicas difundidas por la «lección» —conectadas siempre a la funcionalidad de las comisiones paritarias de los convenios colectivos españoles— pueden reconducirse a tres. En primer lugar, la distinción entre negociación colectiva estática y negociación colectiva dinámica («*static collective bargaining*» y «*dynamic collective bargaining*»), sosteniendo nuestro homenajeado que las comisiones paritarias contribuían a dinamizar de un modo «incipiente» el modelo español (según él, «el modelo de negociación colectiva al que obedece nuestro sistema jurídico es, y no hay dudas en la calificación, el estático»)²². En segundo lugar, la distinción entre cláusulas sustantivas y cláusulas procedimentales de los convenios colectivos (según él, «*sustantive y procedural agreements*»), en cuanto que alternativa a la distinción dogmática alemana (que criticaba, recuérdese) entre parte normativa y parte obligacional, encajando con naturalidad las cláusulas convencionales reguladoras de las comisiones paritarias entre las segundas²³. En tercer lugar, en cuanto que alternativa a las manidas interpretación y aplicación del convenio colectivo, la terminología «administración [o incluso “administración conjunta”] del convenio colectivo», de inequívoca procedencia norteamericana²⁴, utilizada por nuestro autor a todo lo largo y ancho de su «lección»²⁵, para así resumir en pocas palabras lo que hacen o deberían hacer las comisiones paritarias de los convenios colectivos. Todavía recuerdo los debates habidos con el tribunal juzgador de mi tesis doctoral, por causa del hecho de que hubiese yo incluido en la misma un largo y detallado subcapítulo introductorio, titulado «“*Administration of law*”, “*act*” y “*collective bargaining agreement*”»²⁶, aunque sin ningún recorrido ulterior, por causa sobre todo de haberse apropiado luego la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional de esta novedosa terminología jurídico-laboral jaleada en su día por la «lección» del profesor VALDÉS DAL-RÉ.

V. SU VUELTA A LA TEMÁTICA DE LA LECCIÓN, VEINTISIETE AÑOS DESPUÉS

Para concluir, me gustaría poner de relieve que el profesor VALDÉS volvió monográficamente a la temática de su «lección» veintisiete años después, en un largo artículo de revista dividido en dos porciones, publicado en 2003²⁷. Resonaba en él el eco de su vieja «lección» de 1976, aun sin citarla expresamente [«La figura de la Comisión Paritaria (CP) es, de seguro, una institución de universal arraigo en el campo de las relaciones laborales. Y aunque la razón de semejante arraigo está hace tiempo detectada y analizada, conviene volver a recordarla. La negociación colectiva es un proceso que no concluye con la estipulación y firma del pacto; se extiende y prolonga durante toda la vigencia del pacto convenido. En consecuencia, forma parte del núcleo fuerte del interés de los sujetos colectivos firmantes, en general, y de la representación social, muy en particular, el establecimiento de un órgano de naturaleza par e igual encargado de la administración del contenido del convenio»]²⁸. La conclusión final defendida en este nuevo artículo suyo, crítica con el intento de asignar funciones «arbitrales» a las comisiones paritarias, era totalmente congruente con las posiciones defendidas en su vieja «lección» publicada en 1976, acerca de que «el órgano paritario no es asimilable a la figura de un tercero ajeno y neutral a las partes»²⁹, pues «son las propias partes de un convenio las que, sobre

²² Cfr. pág. 68.

²³ *Ibidem*, especialmente nota 38.

²⁴ Sobre la mención en la «lección» del «*grievance procedure*» norteamericano, en cuanto que elemento crucial de la «administración» allí de los convenios colectivos, véase pág. 84 y nota 87.

²⁵ Cfr. págs. 57, 58, 68, 69, etc.

²⁶ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Los pactos de procedimiento en la negociación colectiva*, cit., págs. 19 y ss.

²⁷ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos» (I), *Relaciones Laborales*, volumen I (2003), págs. 37 y ss.; y VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos» (II), *Relaciones Laborales*, volumen I (2003), págs. 49 y ss.

²⁸ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos» (I), cit., pág. 37.

²⁹ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias de los convenios colectivos», cit., pág. 82.

la base de un atípico esquema de representación, intervienen en el seno de la Comisión»³⁰, por lo que —sentenciaba en aquel lejano entonces— «cabe concluir señalando que los pronunciamientos de la CP son el resultado de una negociación directa, de un acuerdo, no siendo exacto retener su carácter de laudo arbitral»³¹. Volvió a incidir sobre ello veintitrés años después, con palabras todavía más tajantes. Según nuestro homenajeado, «la posición de la CP como un órgano ajeno a las partes en conflicto resulta forzada en extremo, formulado el juicio desde un análisis de las estructuras básicas de nuestro sistema de relaciones laborales»³², pues «la recíproca posición de los intereses representados por los miembros de la CP no facilita la percepción de la CP como un tercero imparcial; es ése un dato que, más bien, proyecta la imagen de la CP como un primero parcial»³³, concluyendo críticamente —respecto del ASEC II— que su «configuración de la CP como un órgano imparcial no deja de ser una ficción; y como tal ficción, separada de la realidad de las cosas, habría de ser rectificada»³⁴.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos» (II), cit., pág. 59.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*, pág. 60.

Sobre el voto particular formulado acerca de la constitucionalidad del período de prueba establecido por el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: remisión al formulado en la STC 119/2014, de 16 de julio: una construcción jurídica impecable

MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos
 <https://orcid.org/0000-0001-6590-7293>

I. LA TRASCENDENCIA DE SU LEGADO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA SATISFACCIÓN DE UN VINCULO ACADÉMICO Y PERSONAL INQUEBRANTABLE

La sentencia 140/2015, de 22 de junio (BOE nº 182, de 31 de julio) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco respecto del apartado primero del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, referido a la ampliación de la duración del período de prueba de un año del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Como no podía ser de otro modo, la Sala del Tribunal Constitucional remite a la doctrina sentada en las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero para resolver las dudas de constitucionalidad planteadas, y consecuentemente el Magistrado don Fernando Valdés, junto con la Magistrada doña Adela Asua Batarrita formulan el Voto Particular que adoptaron en su momento frente a la STC 119/2014, de 16 de julio, al que expresamente se remiten, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Por tanto, realmente, me dispongo a comentar el texto del Voto Particular adoptado frente a la STC 119/2014, sobre la constitucionalidad del período de prueba de un año fijado en el contrato de duración indefinida de apoyo a emprendedores que entienden que debió de ser declarado inconstitucional por vulneración del derecho al trabajo (art. 35 CE). Sólo destacar que en esta cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, interesó la estimación de la presente cuestión por considerar que la extensión de un año de la duración del período de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores resulta contraria a los arts. 9.3, 14, 35.1 y 37.1 del texto constitucional, coincidiendo con la tesis del Voto Particular.

Al margen del estudio que realizare, a continuación, dicho homenaje me permite reencontrarme con uno de los Votos Particulares más brillantemente contruidos por mi Maestro el profesor Fernando Valdés. En este sentido, no puedo dejar de alabar este particular homenaje al Magistrado que nos dejó un legado de su pensamiento y construcción jurídica digna de análisis y estudio; estoy convencida de que se hubiera sentido especialmente honrado con esta obra colectiva liderada por el profesor Monereo.

Junto a ello, no puedo dejar de expresar públicamente en estas consideraciones iniciales, mi satisfacción fundamentalmente personal por haberme formado con dicho excelente jurista. Nos enseñó a todos los que pertenecemos a su Escuela con su ejemplo, el rigor, la búsqueda de la excelencia, la profundidad en el análisis, y de manera especial la valentía en la adopción de posiciones o posturas minoritarias, sin renunciar a sus convicciones, fuera cual fuera el resultado final en el que derivasen. No obstante, sí me siento deudora en mi carrera profesional por sus enseñanzas, mi agradecimiento es

sin duda mayor en el plano personal; siempre confío en mí, me brindo su tiempo, —el hombre traperero del tiempo como se autodefinía—, su amistad, y su apoyo en todos y cada uno de los momentos cruciales que conforman una vida a lo largo de mis últimos 30 años. Sólo puedo dar las gracias por haber compartido ese vínculo tan especial con Fernando.

II. LOS LÍMITES EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO: CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES

La cuestión medular que ocupa la argumentación de este Voto Particular, es nada menos que la configuración del 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 Derecho¹. En particular, se trata de dirimir la interpretación del artículo 35 de nuestra Constitución que reconoce el derecho al trabajo, situado en el capítulo II del título I (art. 35.1 CE), y que, como se sabe, no permite su exigibilidad directa ante los tribunales ordinarios, ni la posibilidad de formalizar recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pese a lo anterior, durante la larga trayectoria del Tribunal Constitucional ha habido importantes pronunciamientos que han marcado el rumbo del significado del derecho al trabajo que condicionan decisivamente la configuración normativa del despido. A este respecto, el Magistrado Fernando Valdés en su razonamiento fija, a la luz de los antecedentes constitucionales, los límites insoslayables que el legislador no puede traspasar, cuando reglamenta la extinción del contrato de trabajo, y en particular, cuándo ésta se produce por voluntad unilateral del empresario, que es la mayor repercusión que se produce, cuando se materializa la no superación del período de prueba que aquí se cuestiona. El primero de los límites se concreta en que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) en su vertiente individual hace referencia al derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir “en el derecho a no ser despedido sin justa causa” (STC 22/1981, de 2 julio, Fj 4), que excluye por mandato constitucional las extinciones *ad nutum*, que inciden en el contenido esencial del derecho al trabajo (STC 192/2003).

En suma, el legislador no puede desconocer el derecho al trabajo *ex* artículo 35 CE, que impone una configuración formal y causal de cualquier manifestación extintiva del contrato de trabajo debida a la voluntad unilateral del empresario, que incluye asimismo una “reacción firme” del ordenamiento contra las extinciones sin causa. Una consideración es clara y ha de defenderse en un sistema jurídico de relaciones laborales maduro configurado en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 en relación art. 9.2 CE), y es que nuestra Constitución no tolera en la jurificación del despido el desistimiento *ad nutum* o despido libre que resultaría de todo punto incompatible con el artículo 35.1 CE.

Dichas conclusiones se apoyan de forma impecable con las fuentes internacionales que vinculan al legislador español, por ser normas vinculantes, tal y como sucede con las disposiciones comunitarias (art. 93 CE), o pasan a formar parte del ordenamiento interno, como se produce con los tratados internacionales (art. 96 CE), resultando además que en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, la interpretación de los mismos ha de hacerse de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales sobre dichas materias (art. 10.2 CE). El profesor Valdés con un dominio absoluto del valor que ostenta en nuestro ordenamiento las diferentes normas internacionales y resoluciones va desgranando su trascendencia en el ámbito de la extinción contractual. Así, y comenzando por el derecho comunitario, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (Carta de Niza) incorporada al Tratado de la Unión en virtud del Tratado de Lisboa 2007 (art. 6) refuerza significativamente el carácter causal del despido y la necesidad de adoptar un sistema de reacción adecuado contra los ceses injustificados. De esta forma, se declara por el artículo 30 Carta cuando establece “el derecho de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado”. De

¹ Vid. al respecto, la obra VV.AA.: *El despido en España tras la reforma laboral (2012-2014)*, VALDES DAL-RÉ, F., y MURCIA CLAVERÍA, A. (Dirs.), Madrid, Francis Lefevre, 2018.

otro lado, en el ámbito europeo, la Carta Social Europea revisada de 1961 consagra expresamente, un derecho a la protección en caso de despido que incluye el derecho a no ser despedido “sin justa causa” concretando dichos términos en el comportamiento o capacidad del trabajador o en la necesidad operativa de la empresa, así como al derecho de los trabajadores despedidos sin justa causa a una “indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. El aseguramiento de estos derechos implica garantizar que dicha medida (el despido) pueda ser recurrida ante un órgano imparcial.

Dentro de estos condicionantes internacionales, dicho Voto Particular alude a un pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos sociales que entendió por unanimidad que el período de prueba de un año de duración de los nuevos contratos introducidos por el gobierno griego, es contrario al artículo 4.4 de la Carta Social Europea revisada, al considerar que dicho período es “tan amplio y su duración tan prolongada” que puede provocar que las garantías previstas en el precepto indicado se conviertan en ineficaces. A este respecto, es de destacar que dicho pronunciamiento se volvió a producir por el Comité Europeo expresamente sobre dicho artículo 4.3 de la Ley 3/2012, al entender que es contrario al artículo 4.4 de la Carta Social Europea revisada en sus conclusiones XX-2 (2013)². A este respecto, no podemos dejar de mencionar que el Comité en dichas conclusiones emitidas en Enero de 2015 sobre el Informe presentado por España, relativas al grado de cumplimiento de los derechos laborales de la Carta Social durante el período 2009-2012, inclusive la reforma laboral operada en España en el año 2012, se pronuncia en el sentido de que “la falta de preaviso y la ausencia de indemnización no previstos en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores ex artículo 4.3 de la Ley 3/2012 no es conforme a lo establecido en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea”, solicitando al Estado Español que en el próximo informe indique el plazo de preaviso o/y la indemnización aplicable a la extinción del contrato durante el período de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, reservándose en el intervalo su posición sobre dicho punto. En este sentido, es importante destacar como el Magistrado Fernando Valdés defendió en muchos de sus Votos Particulares la relevancia de los pronunciamientos del Comité europeo de Derechos sociales, y su vinculación como criterio interpretativo para los tribunales nacionales, de modo especial cuando se trataba de enjuiciar a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 10.2 CE), planteándose el dialogo y la interacción existente entre los órganos de garantía de los derechos fundamentales laborales, en el que Comité Europeo era el gran marginado en el proceso de tutela multinivel de los derechos fundamentales³.

Dicha alusión de las fuentes internacionales que necesariamente se han de tener en cuenta se completa, como no podía ser de otro modo, con el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 158 sobre terminación de la relación de trabajo, que fue ratificado por España el 16 de febrero de 1985, y que, por tanto, resulta norma vinculante del nuestro ordenamiento interno, en la que se regulan las garantías esenciales en las que se debe apoyar el régimen del despido (art. 4). De dicho precepto se deriva con claridad, una vez más, la necesaria exigencia causal del despido, así como sus garantías formales, y en general “todo el régimen mínimo que garantiza una protección adecuada contra los despidos injustificados” que debe necesariamente servir de pauta interpretativa en la elaboración constitucional y legal de dicho derecho fundamental. Si bien es cierto que dicho Convenio no sirvió para que la OIT reprobara un período de dos años en un contrato de trabajo indefinido (de nuevos empleos) en la legislación francesa en la que se suspendió las garantías previstas del despido empresarial, sin embargo la Cour de Cassation francesa si lo entendió contrario al artículo

² SALCEDO BELTRAN, C.: “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales y período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Revista Lex social*, Vol. 4, nº 2, 2014.

³ En este sentido, se pronunció en su imprescindible obra, VALDES DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 10. Asimismo, véase también, JIMÉNEZ QUESADA, L., “Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales”, XXVII Jornadas catalanas de Derecho del Trabajo “In memoriam M.R. Alarcón”, Barcelona, 17-18 marzo 2016., <http://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2016/06/JimenaQuesadaLuis.pdf>

4 del Convenio nº 158 OIT. El Alto Tribunal francés consideró “que un período 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”, siendo dicha regresión contraria a los principios fundamentales del derecho del trabajo, privando a los trabajadores de las garantías de ejercicio de su derecho al trabajo. No puedo por más que indicar que en dicha alusión está presente el eterno afrancesamiento que distinguió al ahora homenajeado durante toda su carrera profesional que siempre admiró y bebió de las fuentes de nuestro país vecino, siendo un profesor querido y habitual en las aulas de las universidades francesas (de modo especial en París, Nanterre y en Lyon).

III. LA OPOSICIÓN AL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DURACIÓN DEL PERÍODO DE PRUEBA DEL CONTRATO DE APOYO A EMPRENDEDORES REALIZADO POR LA SENTENCIA DE MAYORÍA

1. Funcionalidad del período de prueba en el contrato de trabajo

El Voto Particular parte de la competencia del Tribunal Constitucional para entrar a dirimir la constitucionalidad de la duración del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores (art. 4.2 Ley 3/2012), al poder existir una colisión o concurrencia conflictiva entre dos derechos constitucionales: el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). Por una parte, el período de prueba constituye una excepción al régimen jurídico ordinario de resolución de la relación laboral, al quedar suspendido la exigibilidad de la causa que forma parte del contenido del artículo 35 CE, y por otra, la facultad de despido se enmarca dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa, conectando con el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de su productividad (art. 38 CE). Se trata por tanto de analizar si la excepción al régimen causal de la extinción que supone el período de prueba conllevando un sacrificio del derecho del trabajo frente a la libertad negocial del empresario no resulte desproporcionada.

Dicho esto, el Magistrado Valdés en su argumentación, analiza de una forma impecable la naturaleza y función que cumple el período de prueba en el contrato de trabajo. Dicha premisa de partida sitúa con brillantez el alcance de este pacto y su significado desde la perspectiva del derecho al trabajo, para posteriormente examinar la justificación de la ampliación de su duración que supone la previsión legal ahora impugnada (art. 4.2 Ley 3/2012). Pues bien, a la luz de su fundamentación, dicho período tiene como objetivo nuclear comprobar la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado. Correlativamente, la finalidad primera y esencial de la institución es “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”. Consecuentemente, como ya se ha indicado, se trata de una excepción al principio de causalidad que debe regir la extinción contractual por decisión unilateral del empresario que forma parte del derecho al trabajo (art. 35.1 CE), y por tanto, 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)”.

Trasladándonos al régimen actual del período de prueba (art. 14 ET) introducida por la Ley 11/1994 se fijan dos premisas esenciales. La primera es que la norma legal regula duraciones máximas que supedita a la formación del trabajador que, como se sabe, son seis meses para los técnicos titulados, y dos meses para los demás trabajadores; duración que resulta dispositiva para la negociación colectiva a la que se posibilita pactar duraciones distintas sin sujeción a los límites legales, adaptando la regulación a las singularidades y necesidades de cada sector o empresa. Ahora bien, de dicha regulación legal se desprende un dato esencial que pone de manifiesto el profesor Fernando Valdés, y es que la reglamentación de la *duración* en el período de prueba se convierte en un factor crucial

para una adecuada configuración legal del período de prueba, que garantice constitucionalmente un adecuado equilibrio entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores. Trayendo a colación la previsión del Convenio OIT nº 158 que autoriza a los Estados a “exceptuar” el régimen causal durante el período de prueba, “siempre que la duración se haya fijado de antemano y sea razonable”, convirtiéndose la norma internacional en canon interpretativo insoslayable.

A la luz de este razonamiento, se estudia la razonabilidad de la ampliación de la duración del período de prueba de un año en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores (art. 4.3 Ley 3/2012), que es la cuestión sometida al control de constitucionalidad. Como muy bien afirma el Voto Particular, dicha innovación legal constituye “una excepción a la excepción que supone el art. 14 ET para el principio de causalidad”, que integra el contenido esencial del art. 35. 1 CE. A juicio del Voto en opinión que yo comparto: “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)”.

En este sentido, no podemos dejar de mencionar la previsión que establece la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones transparentes y previsibles en la Unión Europea, acogiendo los términos del pilar europeo de derechos sociales, que fija como duración razonable del período de prueba la de seis meses, imponiendo la obligación a los Estados de velar porque dicho período no exceda de seis meses, estableciendo excepciones muy tasadas a dicha duración (art. 8).

2. Razones de la discrepancia con el juicio de constitucionalidad realizado por la sentencia de la mayoría

Como se analiza a continuación, para el Magistrado Valdés el juicio realizado por la mayoría del Tribunal Constitucional se fundamenta y sostiene “en simples criterios de legalidad ordinaria”. En esquema de síntesis, el juicio sobre la corrección constitucional de la duración de un año del período de prueba exige la superación de un doble test, consistente en determinar su finalidad legítima identificada con la salvaguarda de otros derechos y bienes constitucionales, y su carácter razonable y proporcional.

Pues bien, en esquema de síntesis, para el Tribunal las razones que fundamentan una finalidad legítima en la extensión de un año en la duración del período de prueba son básicamente cuatro. La primera basada en el carácter coyuntural de la medida, puesto que se introduce en el ordenamiento hasta que la tasa de desempleo se sitúe “por debajo del 15 por 100”. La segunda basada en la semejanza de esta medida con otras medidas que actúan en la duración del contrato de trabajo y que han sido utilizadas legítimamente como instrumentos de apoyo a la creación de empleo (art. 17.3 ET). La tercera hace referencia al establecimiento de beneficios fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social en favor de los empresarios con el fin de hacer más atractiva la contratación que acompaña también al nuevo contrato de apoyo de emprendedores. Y finalmente, la cuarta razón, considera que la duración del período de prueba es un “instrumento adicional de creación de empleo”, al promover la creación de empleo en pequeñas empresas (modalidad prevista para empresas con menos de 50 trabajadores), al reducir las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial.

A juicio del Voto Particular, las tres primeras razones no pueden dotar de una justificación objetiva desde una perspectiva constitucional a la limitación que se introduce con la extensión del período de prueba en el derecho al trabajo ex art. 35.1 CE. Se trata de motivaciones que pueden justificar la oportunidad política de introducir un nuevo contrato, pero no tienen consistencia constitucional, puesto que son razones de legalidad ordinaria, y que como dice muy acertadamente el Magistrado Fernando Valdés, “instalan el foco de atención” no en la regulación de la duración del período de prueba, que es la regulación que se impugna, *sino en el propio contrato de trabajo*. Solamente tendría una proyección constitucional el último de los argumentos, puesto que dicho

objetivo se vincula con el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 40.1 CE que preceptúa que habrán de llevar a cabo una “política orientada al pleno empleo”. A este respecto, y de forma muy acertada en nuestra opinión, resulta paradójico que se anime a los empresarios a contratar, mediante la facilitación de la extinción de los contratos de trabajo, que es precisamente lo que persigue la extensión de un año de la duración del período de prueba. Y es que es difícilmente justificable que las políticas de creación de empleo deban articularse a través de una restricción de las garantías que debe reconocerse en un Estado social y democrático de Derecho a favor de los trabajadores, como es el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. Dicho argumento carece de consistencia legal, puesto que la promoción de la creación del empleo estable se debe anudar a la creación del contrato, pero no a la duración del período de prueba, puesto que su finalidad principal es la comprobación de las aptitudes profesionales del trabajador, y no objetivos de política de empleo. En tal sentido, es importante subrayar que el Voto Particular se muestra en clara oposición a la tesis defendida por el Abogado del Estado, “de que la ampliación de la duración del período de prueba cumple también la función de *verificar la sostenibilidad y viabilidad económica del puesto de trabajo*”. Dicha tesis no se puede defender, puesto que la celebración del nuevo contrato de trabajo de apoyo a emprendedores no se supedita a la creación de un nuevo puesto de trabajo, puesto que los trabajadores contratados pueden cubrir tanto puestos ya existentes, como de nueva creación.

Finalmente, estas últimas cuatro razones no sólo sostienen la legitimidad de la finalidad perseguida por la norma impugnada, sino que también amparan la razonabilidad de la medida de ampliación de la duración del período de prueba, concluyendo así la argumentación del pronunciamiento mayoritario en donde no se produce el clásico juicio de proporcionalidad que requiere el contraste entre dos derechos constitucionales (en nuestro caso, artículos 35.1 y 38 CE), sino que como vuelve a reiterar el Magistrado Valdés, sus consideraciones son extraídas de la regulación legal, pero no de la necesaria perspectiva constitucional que son las que les llevan a desestimar el recurso.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DEL JUICIO CONSTITUCIONAL REALIZADO POR EL MAGISTRADO FERNANDO VALDÉS: LA APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

La última de las construcciones jurídicas del Voto Particular se centra en el juicio de constitucionalidad elaborado por el propio Magistrado Valdés, con apoyo en las tres manifestaciones del test de proporcionalidad, consistente en someter el precepto impugnado al juicio de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con respecto al primero, el Magistrado concluye con meridiana claridad que la limitación del principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo por parte del empresario que opera con la ampliación del período de prueba pretende como finalidad esencial la contratación de trabajadores en las pequeñas empresas. De plano descarta que el objetivo de esta medida, como indica la sentencia de la mayoría, sea ni favorecer la contratación de trabajadores desempleados, ni la creación de empleo, ni asegurar la viabilidad económica del puesto de trabajo. Su objetivo fundamental, tal y como reza en el preámbulo de la Ley 3/2012, es “facilitar la contratación de trabajadores por parte de estas empresas que representan a la mayor parte del tejido productivo de nuestro país”. Y desde esta perspectiva, entiende el Magistrado que la medida limitativa del principio de causalidad supera el test de idoneidad, puesto que es claro que la moderación del nivel de protección del empleo (como aquí sucede) favorece la contratación laboral.

El segundo de los juicios que integran el test de proporcionalidad es el *canon de necesidad o de indispensabilidad*. En este sentido, 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. Y es aquí donde encontramos una de las *argumentaciones más brillantes* —a mi juicio— del Voto Particular, donde yerra más la propia configuración legal del nuevo período de prueba. El precepto impugnado fija que el período de prueba en su duración será “en todo caso” de

un año, no pudiéndose pactar una alteración de esta duración, provenga dicha modificación de la autonomía individual o colectiva. Dicho régimen contrasta, —o podemos también decirlo constituye una anomalía—, si se coteja con el régimen común del período de prueba (art. 14 ET), que varía en función de la formación profesional del trabajador contratado, y que por supuesto puede ser alterada por vía del convenio colectivo de aplicación en función de las características del sector productivo o de la rama de actividad y de sus puestos de trabajo. Como muy bien afirma el Magistrado Valdés, “la naturaleza de regla de derecho necesario absoluto atribuida a la duración impide que las partes hagan un “uso racional” del período de prueba”; su formulación legal sólo admite dos alternativas: o no se pacta período de prueba, o si se pacta ha de formalizarse de forma imperativa por un año. La sustracción a las partes que conciertan el contrato de todo margen de libertad de adecuación de la duración del período de prueba, en función de las aptitudes del trabajador y de las características funcionales del puesto de trabajo, priva a la medida limitativa del derecho de la exigible racionalidad, confiriéndole “un escenario aplicativo innecesariamente gravoso”. Dicho carácter gravoso de la medida que podía haberse eludido, dejando a las partes su concreta fijación en el contrato de trabajo y en su caso a la autonomía colectiva, “se acentúa para los colectivos precisamente más necesitados de la protección de la estabilidad en el empleo que ofrece el principio de casualidad”. De esta forma, en el caso de los técnicos titulados, la aplicación del nuevo período de prueba duplica el período del régimen común fijado en seis meses (art. 14.1 ET), pero en el caso de los trabajadores que no sean técnicos titulados, la duración del período de prueba es cinco veces superior. Consecuentemente, dicha medida no supera el juicio de necesidad, puesto que no ha sido elegida, ni mucho menos, la medida menos gravosa para la restricción del derecho fundamental.

Con relación al *principio de proporcionalidad en sentido estricto*, se ha de realizar un juicio valorativo entre el sacrificio que la limitación conlleva, y la relevancia o el beneficio que se obtiene en los bienes, derechos e intereses que están en juego con la regulación. En suma, debe concurrir un equilibrio y ponderación entre las ventajas y los perjuicios ocasionadas por la medida restrictiva, apreciadas desde la perspectiva de los derechos, bienes e intereses constitucionales implicados. Para ello, se han de identificar los derechos e intereses a contrastar. Y este sentido, si es claro cuál es el derecho constitucional limitado por la medida legal impugnada que hace referencia clara a las garantías constitucionales del derecho del trabajo (art. 35.1 CE); por el contrario, resulta mucho más complejo delimitar el segundo término relacional. La sentencia de la mayoría considera que esa restricción ha de ser contrastada con el mandato dirigido a los poderes públicos de adoptar políticas orientadas al pleno empleo (art. 40.1 CE), que, como se sabe, por su ubicación sistemática se configura constitucionalmente como un principio rector de la política social y económica, no formando parte de ningún modo del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE.

Consecuentemente, es importante poner de relieve que el juicio de proporcionalidad no se plantea entre dos derechos constitucionales, sino entre un derecho constitucional consagrado en el art. 35.1 CE, y un principio constitucional, o con la terminología del Voto “un interés de raíz igualmente constitucional”, y en este escenario, la doctrina constitucional “tiende a contemplar tales principios rectores como elementos de refuerzo más que de limitación de los derechos fundamentales” (STC 208/2013). No obstante, el Voto Particular va más allá, al entender que dicha medida controvertida no encuentra fundamento en el artículo 40.1 CE, puesto que la reducción de la tasa de paro, tan elevada en nuestro país con cada recesión económica, no puede legitimar la restricción de la mayor parte de los derechos laborales constitucionales de carácter individual. Es más, el Magistrado Fernando Valdés incluso cuestiona la propia finalidad de dicha medida para la creación de empleo, puesto que por el contrario puede conducir a un efecto contraproducente, cuál es el relativo a servir de “incentivo para la rotación del empleo”. En este sentido, un período de prueba tan dilatado en el tiempo puede provocar una abierta invitación a que los empresarios desistan de los contratos celebrados antes de la terminación del período de prueba, volviendo a contratar a nuevos trabajadores en los mismos puestos

de trabajo, y así sucesivamente, puesto que no existe previsión legal que impida la contratación sucesiva.

Por último, tampoco justifica la regulación instituida por la Ley 3/2012 sobre el contrato de apoyo a emprendedores, el que se destine a empresas de un censo laboral inferior a 50 trabajadores. Es este un límite que no ampara la razonabilidad de la medida restrictiva del derecho al trabajo, puesto que tales empresas representan el 99, 23 por 100 del tejido empresarial, y precisamente dicha ampliación del período de prueba para esta tipología de empresas contrasta abiertamente con la regulación del régimen común del artículo 14 ET que tienen en este caso una notable limitación a la baja en la duración de los períodos de prueba, sin que dicha reducción no tenga incidencia alguna en la promoción de políticas de empleo. Por tanto, entiende el Magistrado que la ampliación de su duración no puede calificarse, ni razonable y proporcionada.

Finalmente, el Voto Particular analiza la cuestión desde la perspectiva de la libertad de empresa (art. 38 CE), apreciando que en la sentencia de la mayoría no va acompañada de ningún argumento que pueda inclinar la balanza del juicio de proporcionalidad a su favor, frente al perjuicio cierto y seguro que se produce en las garantías del derecho al trabajo *ex art.* 35 CE. Por ello, se rehúye analizar las ventajas que para el empresario puede suponer la ampliación a un año de la duración en período de prueba con el fin de ponderarlos con los sacrificios que esa ampliación supone para los trabajadores.

Y es que como indica el Magistrado Valdés, la respuesta constitucionalmente fundada al obligado juicio de proporcionalidad no puede estimarse en modo alguno equilibrada, o lo que es lo mismo, no puede ser positiva. La ampliación del período de prueba 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 del artículo 35 CE. El beneficio para el empresario de esta particular cláusula del período de prueba consistente en el ahorro de la indemnización que pudiera corresponder al trabajador, no compensa la crucial desventaja que supone para el trabajador, que no sólo constituye la pérdida de la eventual indemnización, sino que se ve privado de todas las garantías que acompañan a la extinción unilateral del contrato de trabajo por voluntad empresarial, y en particular destaca una sobre el resto: “la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa”. Consecuentemente, al parecer del Magistrado Valdés, la regla sometida a examen debería haberse tachado de inconstitucional y por tanto haberse declarado nula.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una vez estudiado con detalle el Voto Particular del ahora homenajeado, no puedo más que mostrar mi admiración por la construcción que realiza frente a la decisión mayoritaria sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado con respecto a la impugnación del artículo 4.3 de la Ley 3/2012. Indudablemente, el Magistrado por su condición de Catedrático de Derecho del Trabajo, no sólo acredita un conocimiento cabal del sistema de las relaciones laborales y de nuestro mercado de trabajo, que le hacen percibir con claridad las distintas dimensiones involucradas en el período de prueba del nuevo contrato de apoyo a emprendedores, inaugurado con la reforma de la Ley 3/2012, sino que lo que es más relevante, demuestra en su argumentación un conocimiento profundo de la Carta Magna y del significado y alcance de las distintas previsiones constitucionales (arts. 35, 38 y 40 CE). En este sentido, no sólo domina la naturaleza de los distintos derechos, principios e intereses constitucionalmente protegidos, sino que conoce el modo de interacción que debe predicarse entre los distintos preceptos en juego, demostrando su condición de constitucionalista con mayúsculas y en suma de gran jurista y maestro. Ello sin duda se vislumbra con claridad con la elaboración propia que realiza del juicio de constitucionalidad, y, en particular, con la brillante aplicación del necesario test de proporcionalidad, cuando está en juego un derecho constitucional fundamental.

De forma elegante va contrarrestando todos y cada uno de los razonamientos de la sentencia de la mayoría, sin dejar ningún argumento, ni detalle libre de reproche constitucional, con un análisis

impecable para cualquier jurista que se acerque a su lectura, que eleva el debate jurídico que se plantea a la perspectiva constitucional, superando los razonamientos de legalidad ordinaria que imperan en la opinión mayoritaria. Adicionalmente, la fundamentación del Voto Particular rezuma un conocimiento profundo de las fuentes internacionales que deben servir necesariamente de criterio interpretativo de los derechos constitucionales que están en juego porque así lo mandata la Constitución (art. 10.1 CE) que no sólo son obviados por el sentir mayoritario del Tribunal Constitucional en ese pronunciamiento, sino que luego cristalizarán en normas que no harán más que confirmar la tesis interpretativa defendida por el Magistrado Valdés (art. 8 Directiva 2019/1152, de 20 de junio).

La trascendencia de este pronunciamiento traspasa sin duda la cuestión objeto de *litis*, puesto en un país como España en que las sucesivas crisis económicas desembocan irremediamente en cruciales reformas laborales, con el fin, entre sus objetivos principales, de frenar la caída de empleo que suelen provocar. Pues bien, a la luz de su construcción resulta una conclusión clara y es que las medidas legales a articular no pueden desconocer en aras de una política orientada al mantenimiento o creación de empleo las garantías esenciales del derecho al trabajo de los trabajadores subordinados (art. 35.1 CE), que impera en un Estado social y democrático de Derecho. Y es que no puede defenderse la promoción de empleo a cualquier precio, creando fórmulas contractuales que permiten la extinción sin causa, ni compensación económica, o sin los necesarios requisitos formales. Dicha tesis se confirma de manera contundente, cuando se tiene en cuenta, como no podía ser de otro modo, las garantías previstas en la Carta social Europea (art. 24), en las normas comunitarias (art. 30 Carta Derechos Fundamentales) y de manera nuclear en el Convenio OIT nº 158 ratificado por España, que el Tribunal Constitucional no debía haber obviado, en mi opinión, dando más valor a cuestiones de mera legalidad ordinaria. Dicha interpretación ha de ser defendida como lo hizo el admirable Magistrado Fernando Valdés, con una profusión de argumentos y con una brillantez difícilmente rebatible, pese a no lograr convencer a la Sala. Demostró hasta su último aliento en el Tribunal, que no cejaría de tomar la posición más difícil, pero la más honesta con su quehacer profesional, pese a saber que la batalla estaba perdida muchas veces de antemano. Estamos convencidos que el legislador en un futuro dudará mucho de volver a configurar modalidades contractuales que abusen de la utilización de periodos de prueba desmedidos por las consecuencias que ello supone en el Derecho constitucional del trabajo. Y ello en buena parte se lo debemos al profesor Fernando Valdés.

Sentencia TC 124/2014, de 21 de julio (BOE n. 198, de 15 de agosto). Pensión de viudedad en parejas homosexuales

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales
 <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

I. LA IMPORTANCIA DEL PROCESO EVOLUTIVO EN LA MATERIA HOMOSEXUAL

La cuestión de si el miembro superviviente en una unión de dos personas del mismo sexo tiene o no derecho a una pensión de viudedad cuando el causante falleció habiendo cumplido con los requisitos exigidos a las uniones de distinto sexo, continúa aun suscitando debate a pesar de la indudable evolución hacia la equiparación plena a la que asistimos desde hace unos veinte años. Como resulta bien conocido, los cambios legales afectan sustancialmente a las prestaciones de largo recorrido como son las pensiones, requeridas de largos períodos de acreditación o seguro, cuya fragmentación a causa de los cambios y cuya validación a causa de nuevos requisitos pueden poner en peligro el entero crédito del pensionista. En el caso de las parejas homosexuales los cambios legislativos han sido además muy rápidos, y no es seguro que hayan venido acompañados de un paralelo cambio de perspectiva por la población y los tribunales, anclada y anclados con demasiada frecuencia en seculares convicciones demonizadoras de la realidad.

El punto de partida radica en el Código Civil, artículo 44, un escueto precepto en donde desde su primera redacción, hacía más de cien años, indicaba que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Con independencia de los problemas suscitados con la herencia, aquí nos interesa la dinámica de la pensión de la Seguridad Social para la persona superviviente, totalmente negada en esa versión secular donde se dibujaba una composición heterosexual y matrimonial, hasta la Ley 13/2005 añadió al párrafo otro igualmente escueto en donde se proclamaba la equiparación de las parejas de hecho: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. La adición allanó el camino para un tratamiento más igualitario, desde luego, pero ni aclaró si las fórmulas *homo* quedaban equiparadas dentro del mismo contenedor matrimonial, ni abocó a los mismos requisitos, ni se le concedieron los mismos efectos, como veremos.

La sentencia TC 124/2014, donde el profesor y magistrado Valdés fue ponente y al mismo tiempo voto minoritario, se ubica en el centro del debate, pues en ese año 2014 se habían producido ya las dos “mutaciones” legales básicas: en primer término había ocurrido la equiparación formal acabada de mencionar en el artículo 44 del Código Civil, y dos años más tarde la Ley 40/2007 había reformado la Ley General de Seguridad Social para abrir una vía de reconocimiento de la pensión a las parejas de hecho que habían comenzado a autorizar las Comunidades Autónomas con autonomía normativa civil¹: “En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio —dice—, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

Pero aún permanecían muchas incógnitas, hasta el punto de que la pensión al superviviente le era denegada por una razón adjetiva aparentemente secundaria: por el transcurso del tiempo, cuando el hecho causante se había producido bajo la vigencia de la ley anterior. Ocurre que, contra lo que

¹ La Ley 40/2007 añade un párrafo al artículo 174, apartado 5, de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) 1/1994, que sería derogada por la LGSS 8/2015, de 30 de octubre.

pudiéramos suponer en estos casos, sobre los cuales ha prevalecido durante tanto tiempo una opinión pública contraria, haciéndonos pensar en su fragilidad y, por ende, en la precariedad y fugacidad de estas uniones, los supuestos llegados a los tribunales hacían referencia a una vinculación sentimental o *afectio* de muy larga duración: más de veinte años había durado la relación establecida en el caso que nos ocupa; más de cuarenta, en la otra sentencia a la que se remite su voto particular, la STC 92/2014; y por su parte, la STC. 115/2014 refiere el caso de una pareja que había convivido más de 34 años “como si de un matrimonio se tratase”, hasta la muerte de D. Jaume Mallol. Y en ellos, la pareja que solicitaba la pensión solía reunir el requisito de carencia de medios en el grado exigido por la ley.

Antes de profundizar en el caso y su regulación, preciso será prevenir al lector sobre un aspecto formal. El protagonismo del magistrado Valdés en la sentencia pudiera parecernos a primera vista bastante secundario, porque si bien es el ponente de la sentencia, a renglón seguido se adhiere a un voto particular que no se debe a él, sino a otro magistrado, y no en esta sentencia, sino en otra anterior: me refiero al voto particular del magistrado L.I. Ortega Álvarez, también suscrito por la magistrada A. Asua Batarrita, en la STC 92/2014, de 10 de junio, ya citada más arriba. Tanto Valdés como Asua se limitan ahora a decir que ya en su momento se habían adherido al voto minoritario de la 92/2014, y a fin de evitar repeticiones innecesarias, daban por reproducidos los argumentos allí expuestos. La ausencia del principal impulsor del voto, Ortega Álvarez, quedaba justificada porque la 92/2014 era una sentencia del pleno del TC, con todos sus magistrados: once magistrados, incluido su presidente, Excmo. Sr. Francisco Pérez de los Cobos, en tanto que la aquí comentada provenía de la Sala Segunda, donde formaban parte seis de ellos, presididos por la magistrada A. Asua Batarrita. Faltaba también otro magistrado que solemos hallar formando grupo con Valdés y Asua, el magistrado Xiol Ríos, perteneciente asimismo a la Sección Primera. El frecuente pronunciamiento en grupo consolidado que vemos en las sentencias sobre las parejas homosexuales y en otros temas responde por lo común a la designación por partidos políticos de una parte del TC, cuyo debate sobre si las cámaras parlamentarias deben o no entrar en la designación pertenece a otro lugar. El otro grupo, denominado “conservador”, en el que solían aparecer los magistrados Pérez de los Cobos, Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Ollero Tassara, y González Rivas, aparece presentando un voto particular en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó el recurso del Partido Popular contra la ley 13/2005, sobre modificación del artículo 44 del Código Civil, citada más arriba.

El aparente desinterés del magistrado Valdés no es tal: a lo largo del año 2014 se dictan no menos de seis sentencias sobre el tema (SS.TC. 40/2014, 92/2014, 93/2014, 115/2014, 116/2014, 117/2014), y en ellas tanto los ponentes como los votantes minoritarios han ido cambiando y no ha sido raro encontrar a un magistrado que ha expuesto primero el parecer mayoritario, y a renglón seguido ha planteado un voto minoritario o se ha adherido a alguno. Tal sucede también con el magistrado L.I. Ortega Álvarez en la importante sentencia 92/2104, de 10 de junio. Igualmente ocurre en la STC 93/2014, de 12 de junio, con el mismo ponente, quien formula asimismo el voto particular al que se adhieren Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Asua Batarrita. La STC. 116/2014, de 5 de agosto, que tiene como ponente al magistrado Valdés Dal-Ré, ve después formular la adhesión de éste al voto particular de Ortega Álvarez en la ya citada STC 92/2014, al cual se adhiere también la magistrada A. Asua Batarrita. En la 124/2014, de 21 de julio, es de nuevo ponente Valdés, quien después firma su adhesión al voto particular de Ortega Álvarez en la sentencia 92/2014. En cambio la STC. 157/2014, de 6 de octubre, Sala Primera, tiene como ponente al magistrado Martínez Vares, y un voto particular firmado por diferentes magistrados, L. I. Ortega Álvarez y J.A. Xiol Ríos, que se remiten al de la STC 92/2014, tantas veces comentado.

Valdés ha influido con su debate como ponente en dos sentencias mayoritarias y también como firmante en el voto particular de otras varias, incluso aunque el autor material del mismo hubiera sido un magistrado distinto. Cabría preguntarse por el motivo de esta sobreactuación, que posiblemente tenga que ver con la cuestión del reparto de materias en el seno de la Sala a la que pertenecía: un

magistrado *debe* exponer cuando le toque el parecer mayoritario aunque no participe de él, pero después *puede* también expresar su opinión particular o minoritaria.

II. EL CASO DEL SR. MAHONEY MORTON

La *causa iuris* de la STC 124/2014 nace con la muerte del Sr. Reverte en 1999, después de más de veinte años de “una relación de pareja estable análoga al matrimonio” con el señor Guillermo Malcom Mahoney Morton, quien solicita entonces del Instituto Nacional de la Seguridad Social la pensión de viudedad, que le es denegada, momento en el cual presenta demanda ante el Juzgado Social 22 de Madrid, donde también le es denegada. Discurre ante el TSJ de Madrid con igual resultado, y así llega al Tribunal Constitucional en 2014, es decir, quince años después del óbito, y el TC le advierte que si bien el Código Civil había sido reformado por la Ley 13/2005 en el sentido de equiparación entre matrimonios de distinto sexo y los del mismo sexo. Los tribunales mencionaban también la Disposición Adicional 10, apartado 2, de la Ley 30/1981, de reforma de la regulación del matrimonio en el Código Civil, a tenor del cual “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”. Pero el siguiente apartado otorgaba la pensión al cónyuge legítimo, inexplicablemente. El hecho causante había ocurrido bajo la vigencia de la normativa antigua del Código Civil de 1889, y era ésta, *volens nolens*, la aplicable, con toda su carga secular.

El problema gravitaba, por consiguiente, en la cuestión de si la pensión se regía por la normativa actual o bien por la del momento en que se producía ese hecho causante. Y el TC concluía que el problema no era de trato desigual inconstitucional, sino de Derecho Transitorio, tal y como habían resuelto ya varias sentencias de ese mismo año 2014, en especial la 92/2014. Un problema frecuente en otros temas parecidos como por ejemplo los de herencia, donde la evolución del Derecho Común y de algunas Comunidades Autónomas ha provocado situaciones similares.

En el momento del deceso del causante, por tanto, las uniones de hecho homosexuales, al igual que las heterosexuales, quedaban fuera del campo de reconocimiento de las pensiones, porque el legislador mantenía la configuración clásica o tradicional del matrimonio, y éste era la clave de arco del derecho a pensión de viudedad. Así pues, el Tribunal no aprecia la vulneración del artículo 14 de la Constitución. Pues, por un lado, el legislador tiene la capacidad de regular las diversas situaciones de distinto modo cuando tenga una razón constitucionalmente admisible, pudiendo incluso no ofrecer un tratamiento similar allí donde la relación debatida sea *more uxorio*, equivalente a la del matrimonio, pero la pareja haya optado voluntariamente por no celebrarlo. E incluso puede mantener un distinto tratamiento cuando, como es el caso de las parejas de hecho de mismo sexo, se ven impedidas de contraer matrimonio, porque de no existir tal libertad es necesario valorar si la causa impeditiva pugna o no con los principios y reglas constitucionales. Y entiende que el requisito del vínculo matrimonial no pugna con el artículo 14 de la Constitución, ni tampoco las medidas públicas que otorguen un trato más favorable al matrimonio (Fundamento Jurídico 4, con cita de las SSTC 92/2014, 184/1990 y 66/1994, y Auto TC 222/1994, de 11 de julio). Se trataría, por decirlo con una terminología más conocida en el Derecho del Trabajo, de una discriminación positiva, como las preferencias que en ciertos casos se ofrecen a la mujer y a algunas minorías en materia de empleo, tanto en Europa como en Estados Unidos, para superar con mayor premura el *gap* de los grupos desfavorecidos. Una similitud con tales discriminaciones positivas, me apresuro a decir, que acaba en la mecánica, puesto que solo muy relativamente puede entenderse que los esposos heterosexuales constituyen una parte desfavorecida de la población en materia de pensiones, siendo las minorías en este caso las de matrimonios de hecho y homosexuales.

Quizá el TC podría haber terminado aquí su argumentario y haber procedido a la parte dispositiva, pero guarda en la manga un elemento dialéctico que en poco tiempo tendría un excepcional relieve, aunque en ese momento aún se hallara en los albores. Y es que el TC acude como argumento suplementario al control o test de convencionalidad, la comparación de sus decisiones con lo establecido en los Convenios Internacionales de la materia, en este caso concretado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Consejo de Europa. En la sentencia Mata Estévez c. España, de 10 de mayo de 2001, el TEDH había considerado que la restricción española a solo los cónyuges de un matrimonio de distinto sexo respondía a una causa legítima, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio, y existía proporcionalidad entre el fin y los medios utilizados; respecto a las uniones homosexuales, el TEDH entendía que un trato diferenciado entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado, pues no es exigible una estricta igualdad ante la ley allí donde existen diferencias. El caso Mata Estévez se refería a una pareja homosexual que había cohabitado durante más de diez años, hasta que uno de ellos muere en accidente de coche en 1997, y el supérstite solicita en el mismo año al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la pensión de viudedad, aunque solo percibe de éste la compensación por gastos funerarios, al no haber contraído matrimonio. Mata Estévez acude entonces a los tribunales españoles y después al TEDH alegando la infracción de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo, en cuanto discriminación injustificada, y el TEDH considera válida sin embargo la opción española, pues la protección de la familia que contempla el texto internacional no ampara a las parejas de hecho, como ya había establecido en los casos X e Y c. Reino Unido, de 3 de mayo de 1983, y S. c. Reino Unido de 14 de mayo de 1986. El texto europeo dice lo siguiente:

Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Agrega que, pese a la creciente tendencia en cierto número de Estados miembros de reconocer la relación estable de parejas homosexuales, cada país dispone aún de un amplio margen de apreciación debido al pequeño espacio común existente en el tema entre los países miembros. Y concluye que el fundamento de la protección de la familia basada en el matrimonio convencional es un argumento legítimo y proporcionado.

Podríamos entrar a debatir la corrección de semejante trato diferencial en parejas que han demostrado un *afectio* y una devoción entre sí similares a las heterosexuales. De cualquier modo, este argumento del test de convencionalidad se le vuelve en contra al TC español cuando contemplamos el panorama de instrumentos internacionales en toda su dimensión, pues la postura del TEDH halla su contraposición en otras fuentes internacionales de igual o mayor nivel que éste. Si tradicionalmente hemos entendido que el TEDH era el tribunal internacional más propenso a las nuevas ideas allí donde su doctrina discrepaba de la de otros tribunales homólogos, en esta ocasión las aguas bajan del revés y el TEDH queda rezagado claramente respecto de los otros Organismos. Pues en efecto, si bien la amplitud del Convenio Europeo de Derechos Humanos le permitía desplegar un tratamiento amplio que comprendía también aspectos como la filiación y la adopción de niños por tales parejas, era después de todo un Convenio vetusto, y su posición matizada quedó bien pronto atrás respecto a la más moderna doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Así lo entiende por ejemplo Clérico, para quien el TEDH practica un examen “leve” del principio de igualdad, aunque va cambiando, en tanto que la CIDH realiza un examen “estricto” de igualdad.

Desde nuestra perspectiva reviste mayor importancia la contraposición entre el TEDH y el TJUE, quizá porque el segundo se halla sujeto a una mayor hibridación a partir de sus orígenes mercantiles —el Mercado Común— que influye sutilmente en la formulación de las posiciones sociales, aunque también influya en sentido contrario la distinta base normativa de ambos tribunales, de dos artículos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente a una Directiva tan potente como es la 2000/78/CE, monográfica sobre igualdad, en el campo de la Unión Europea. Como ya se advirtió, esa “historia de dos ciudades” ha sido interpretada en los ambientes laborales como de un mayor avance del TEDH respecto del TJUE, especialmente desde que unos casos sobre libertad sindical se saldaran tan extrañamente por este último (casos de 2007 Viking C-439/05 y Laval C-342/05, y de 2008 Ruffert C-346/06), en tanto que otros similares supusieran ante el TEDH un paso adelante (caso Demir y Baykara c. Turquía de 12 de noviembre de 2008).

Pues bien, en materia de parejas homosexuales la posición del TJUE aparece más igualitaria que la del TEDH, desde el punto y hora en que adopta una posición enérgica de igualdad incluso en supuestos accesorios como son las pensiones complementarias y otras prestaciones secundarias basadas en normas no estatales. Así, en la S.TJUE (Gran Sala) de 1 de abril de 2008, Tadeo Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen C-267/06, la denegación al Sr. Maruko de la pensión complementaria de viudedad establecida por los estatutos de la Caja de Pensiones del Teatro Alemán, al tratarse de una pareja homosexual, venía considerada contraria a la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad. Del mismo modo se consideraba contrario a dicha Directiva en la S.TJUE de 12 de diciembre de 2012, Frédéric Hay c. Crédit Agricole Mutuel de Charente Maritime C-267/12, el convenio colectivo que reservaba a los trabajadores que contraían matrimonio el pago de ciertos permisos y licencias especiales, cláusulas que se habían extendido a todo el sector bancario francés. El Sr. Hay había contraído un pacto civil de convivencia (PACS) con el causante, pese a lo cual Crédit Agricole había denegado la prima por matrimonio.

Podemos decir, en consecuencia, que si bien la sentencia TEDH Mata Estévez de principios de la década de 2010 reforzó la posición del TC español en torno al matrimonio tradicional como institución preferente, las del TJUE Tadeo Maruko y Frédéric Hay de finales de esa misma década la pusieron en entredicho, desde el punto de vista del test de convencionalidad, al confrontar las diferencias entre las distintas clases de unión con la enérgica apuesta uniformadora de la Directiva 2000/78 sobre igualdad.

La doctrina del TC en torno a las parejas homosexuales ha quedado de la forma antevista desde entonces, con una equiparación total de las parejas homosexuales posteriores a las leyes de reforma 13/2005 y 40/2007, y una exclusión del régimen de pensiones de viudedad cuando el óbito se produjo antes de la reforma. Ello significa una desprotección de las parejas homosexuales con óbito anterior a esas leyes, lo que no implica un desmesurado tiempo para las pensiones de viudedad, pues el hecho causante puede producirse a una edad temprana del supérstite. Después de esas leyes, en resumen, hay dos vías para el reconocimiento de la viudedad homosexual: bien haber contraído matrimonio (civil), o bien haberse constituido en pareja de hecho, cada situación con sus propios requisitos.

El profesor Valdés supo mantener en esta sentencia, como en todas las que le tocó elaborar el parecer de la mayoría, un nivel técnico sobresaliente, aun cuando después pudiera discrepar de ella, siempre desde el mismo nivel pero en base a su legítima interpretación que sabía supeditar la tradición a los tiempos actuales, en base al viejo criterio hermenéutico del artículo 3 del Código Civil: las normas se interpretarán según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Una tarea no tan fácil, por la fuerza que en la jurisprudencia tiene el precedente.

Pleno. Sentencia 170/2014, de 23 de octubre (BOE núm. 282 de 21 de noviembre de 2014) Recurso de inconstitucionalidad 866-2007 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. Competencias sobre educación y profesiones tituladas: inconstitucionalidad del precepto legal que atribuye al Ministerio de Justicia la competencia para expedir los títulos acreditativos de la aptitud profesional. Voto particular¹

MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

 <https://orcid.org/0000-0001-7553-1234>

I. PRECISIONES INICIALES

El sistema competencial articulado por la Constitución de 1978 (en adelante, CE) se encuadra, a simple vista, dentro del llamado sistema de “doble lista” o sistema germánico², en el que la norma constitucional detalla en dos listas, por un lado, las competencias exclusivas del Estado y por otro, aquéllas que podrán corresponder a los entes descentralizados. En concreto, el artículo 149 CE es, junto a los artículos 148 y 150, uno de los preceptos que delimita el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.), integrándose en el bloque normativo que permite determinar el grado de descentralización política o *quantum* de poder reconocido a ambos entes. En particular, el artículo 149, determina las competencias que corresponden, de modo exclusivo, al Estado y que, en principio, no podrán pertenecer a las CC.AA., a menos que se utilice la técnica de las Leyes Orgánicas de transferencia y delegación previstas en el artículo 150.2 CE.

Cierto es que, el artículo 148 contenía otro listado de materias respecto de las cuales los Estatutos de Autonomía de las CC.AA. que accedieron por la vía del artículo 143 CE podían asumir competencias. En cambio, las CC.AA. que accedieron por la vía del artículo 151, pudieron incorporar a sus Estatutos todas aquellas competencias no reservadas al Estado en el artículo 149.1. Para la efectividad de las competencias autonómicas el artículo 149.3 exigía que éstas estuvieran recogidas en los Estatutos de Autonomía (en adelante, EE.AA.), ya que, en caso contrario, la competencia permanecía en el Estado, jugando así a su favor la cláusula residual³. El mismo artículo 149.3

¹ Esta obra se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación:

- Grupo PAIDI SEJ-347 “Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social”.
- Proyecto Autonómico de I+D+i “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital” (UMA18 FEDERJA 028).
- Proyecto Autonómico de I+D+i “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico” (P18-RT-2585).

² DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Nuevas perspectivas políticas ante las disfunciones de la organización autonómica después de cuarenta años de Constitución”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Nº. 30, 2018, p. 152.

³ *Vid.* STC 1/1982, de 28 de enero. ECLI:ES:TC:1982:1.

establecía la cláusula de prevalencia de la competencia estatal en caso de conflicto con competencias autonómicas y la supletoriedad del Derecho estatal respecto del Derecho autonómico.

Competencias exclusivas “*son aquéllas en las que un ente aglutina todas las facultades posibles sobre una misma materia, como ocurre en el artículo 149.1 de la Constitución (CE) con las materias de relaciones internacionales, justicia, nacionalidad...*”⁴. Esta definición, redactada a partir de ejemplos concretos, es muy útil para precisar el concepto de exclusividad en el ámbito constitucional. Si bien en la doctrina hay cierta discrepancia sobre si la exclusividad de una competencia implica que una Administración Pública ostente facultades únicas sobre una determinada materia (incluyendo tanto legislación como ejecución) o si, por el contrario, es suficiente que un poder público ostente todas las funciones de una determinada calidad. El listado de las materias es muy amplio y mientras que algunas competencias se atribuyen en exclusiva al Estado, sin más, en otras, se completa la atribución con una aclaración sobre las facultades que eventualmente podrían ejercer las CC.AA., desapareciendo de este modo la absoluta competencia Estatal.

Desde este punto de vista, podría decirse que el sistema español es un sistema de “triple lista” con rasgos peculiares tal y como parece deducirse de los artículos 148 y 149 en combinación con otros artículos como el 150 CE. La exclusividad que se mantiene en el artículo 149.1 CE sobre las competencias que corresponden al Estado pierde cierto sentido, pues en realidad la materia no es exclusiva de aquel ente, sino sólo las facultades que, sobre ellas, determina el precepto (legislación básica, legislación, o todas las facultades si el precepto no distingue).

Dicho de otro modo, aunque el artículo 149.1 CE se componga de un listado de treinta y dos competencias exclusivas del Estado sobre determinadas materias, realmente, no lo son desde una perspectiva absoluta. En esencia, porque hay que contar con lo recogido en otros artículos de la CE, en particular, con las numerosas reservas de Ley Orgánica que se encuentran contempladas a lo largo del texto, varias de las cuales exceden el ámbito de las materias dispuestas en el artículo 149.1 CE. Asimismo, la cláusula residual contenida en el artículo 149.3 CE, prevista como cláusula de cierre del sistema, es aplicable en el caso de competencias que no estén atribuidas al Estado pero que no hayan sido asumidas en un Estatuto de Autonomía, aunque constitucionalmente hubiera sido posible hacerlo.

Cuarenta y cinco años después, este modelo es el que continúa vigente con las adaptaciones interpretativas que ha tenido que ir realizando el Tribunal Constitucional (en adelante, TC). como supremo intérprete de la Constitución⁵. En este lapso, una oleada de reformas de EE.AA. se ha enmarcado en un proceso caracterizado esencialmente por la intensidad político-institucional de sus planteamientos, especialmente relevantes en el caso de Cataluña y que se concebía como una nueva etapa del propio Estado de las Autonomías, planteándose, incluso, si suponía una continuación o una ruptura con el modelo implantado entre 1979 y 1999⁶. Pensemos que la fotografía inicial de las competencias asumidas por las autonomías se ha modificado al alza, porque el Estado ha ido cediendo en diversas etapas durante las últimas décadas algunas de las competencias que tenía en exclusiva. Este hecho fue más evidente cuando en 1992 se aprobó la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias⁷, que aumentó el listado de servicios transferidos e igualó diferencias entre comunidades (posteriormente, los traspasos han ido creciendo mediante acuerdos bilaterales entre cada una de ellas y el Estado).

⁴ GARRIDO MAYOL, V.: “Sinopsis artículo 149”, 2006. (<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>).

⁵ SSTC 58/1982, de 27 de julio, ECLI:ES:TC:1982:58 y 13/1992, de 6 de febrero, ECLI:ES:TC:1992:13.

⁶ ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: “Los Estatutos de Autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, Nº. 1, 2011, p. 47.

⁷ Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.

Ahora bien, de la misma forma que la descentralización es una realidad viva en la articulación interadministrativa, también lo sigue siendo la falta de linderos claros y poca nitidez a la hora de determinar las materias propias de orden público. Parece que en el presente cualquier materia puede ser objeto de negociación política. La inseguridad jurídica se ha instalado definitivamente en el Título VIII de la Constitución y el descontento hoy es generalizado⁸ de modo que una creciente judicialización de los conflictos de competencia entre los entes públicos, tal y como sucede en la sentencia objeto de este análisis, sigue engrosando el ya abultado saco de doctrina social del TC en esta materia⁹.

Ciertamente, el TC tiene atribuida una función delimitadora y clarificadora de la norma constitucional y, desde esa perspectiva, ha jugado un papel muy importante dentro del proceso constituyente que se vivió durante los años 80, en especial en lo que respecta a la creación del Estado Autonómico, ejerciendo también una importante labor de interpretación y esclarecimiento de leyes esenciales para nuestro ordenamiento jurídico (STC 108/1986, de 29 de julio sobre la LOPJ¹⁰), en el acotamiento de las autonomías. No obstante, dada la asimetría del modelo territorial español y el carácter sensible de las cuestiones (de orden histórico y político) que acompañan a la delimitación del Estado Autonómico y sus competencias¹¹, salta a la vista cómo se ha desplazado al ámbito judicial una responsabilidad que debería haberse asumido en el foro político, mediante una más precisa redacción del texto Constitucional.

En suma, la compartición del poder entre el Estado y las CC.AA. y el reconocimiento de éstas, por tanto, como entes dotados de autonomía con plena capacidad legislativa dentro del marco delimitado por el propio texto constitucional y los EE.AA., se configura como un dato tan decisivo y capital que ha impulsado a atribuir al TC la competencia jurisdiccional para conocer y resolver los conflictos de competencia que entre ambas instancias —Estado y CC.AA.—, o entre las propias CC.AA. puedan suscitarse¹². Se denominan conflictos positivos de competencia a los que oponen al Estado con una o más CC.AA. o a dos o más CC.AA. entre sí. El Gobierno o los órganos ejecutivos de las CC.AA. pueden promoverlos cuando consideren que una disposición, resolución o acto sin valor de ley de una CC.AA. o del Estado, o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos, no respeta el orden constitucional de competencias establecido en la CE, en los EE.AA. o en las leyes orgánicas dictadas para delimitar las competencias entre el Estado y las CC.AA.¹³.

Es en este contexto donde la función interpretativa del TC se vuelve crucial, pues la remisión de la CE a lo que recojan los EE.AA., ya sea para especificar las competencias de las CC.AA. o las del Estado en el escenario de lo que no ha sido constitucionalmente reservado, se tiene que interpretar acertadamente. Así, aunque la concreción y la delimitación de las competencias autonómicas corresponde a los EE.AA.¹⁴, exige, no obstante, una interpretación anterior sobre el alcance de las competencias que la Constitución atribuye al Estado, esto es, se exige la interpretación del artículo

⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., “Nuevas perspectivas políticas...”, *op. cit.*, p. 152.

⁹ No obstante, el Ministerio de Política Territorial ha alcanzado en junio de 2023 cinco nuevos acuerdos totales con las comunidades autónomas de Andalucía, País Vasco (2), Galicia y Castilla-La Mancha en normas sobre las que existían discrepancias competenciales. Desde el inicio de la XIV Legislatura se han alcanzado 164 acuerdos finales totales y 14 acuerdos finales parciales que suman en conjunto 178 acuerdos finales con las comunidades autónomas, que han evitado otros tantos recursos ante el Tribunal Constitucional.

¹⁰ BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1986. ECLI:ES:TC:1986:108.

¹¹ *Cfr.* ROMERO GONZÁLEZ, J.: “España inacabada. Organización territorial del Estado, autonomía política y reconocimiento de la diversidad nacional”, *Documents d’anàlisi geogràfica*, V. 58, nº 1, 2012, pp. 13-49.

¹² FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 4, Nº 12, 1984, p. 105.

¹³ PUNSET BLANCO, R.: “Conflicto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en AA.VV.: *Temas básicos de Derecho Constitucional* / MANUEL ARAGÓN REYES (dir.), CÉSAR AGUADO RENEDO (dir.), Vol. 2, 2011 (Organización general y territorial del Estado), pp. 484-489.

¹⁴ *Id.* STC 76/1983, de 5 de agosto. ECLI:ES:TC:1983:76.

149.1 CE. De este modo, todo lo que del modelo competencial se localiza en la Constitución y en la interpretación realizada por el TC, es indisponible por parte de los EE.AA., ya que, en esta materia, pasan a ser consideradas con claridad como normas infraconstitucionales¹⁵.

II. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

1. Hechos objeto de controversia y pretensiones de las partes

La STC 170/2014, de 23 de octubre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. La materia sobre la que versa el conflicto de competencias suscitado es la relativa a la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y en particular, sobre las competencias ejecutivas reservadas al Estado.

El nudo gordiano de este conflicto gira en torno al recurso de inconstitucionalidad que promueve la Generalitat de Cataluña contra los artículos 2.2 (y, por conexión, los artículos 4.1 en su inciso “de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2”, 5.1 en su inciso “conjuntamente por los Ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia”, y 6.4 en su inciso “por los Ministerios responsables de la acreditación de los cursos de formación, en los términos previstos en el artículo 2.2”), 2.3, 7.2, 3 y 5, la Disposición adicional 2ª y la Disposición final 2ª, en relación con los artículos 4.3 y 7.7, de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (en lo sucesivo, Ley 34/2006).

La Generalitat de Cataluña, como recurrente y promotora de este conflicto positivo de competencias, considera que la atribución que el artículo 149.1.30 CE reconoce al Estado para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, le permite regular los títulos profesionales de abogado y procurador, pero no le atribuye competencias ejecutivas sobre esta materia. Entiende que el amparo de los títulos competenciales que confiere al Estado este precepto constitucional no es suficiente para dar cobertura a todas las disposiciones de la Ley 34/2006, puesto que, como resulta de su propia literalidad, le habilita únicamente para fijar una regulación normativa, pero no comprende la reserva, a instancias estatales, de funciones de ejecución administrativa (STC 154/2005, de 9 de junio¹⁶, que transcribe la STC 122/1989, de 6 de julio, FJ 3).

Por ello sostiene que, la regulación de su ejercicio, corresponde a las CC.AA.; concretamente, en este caso, corresponde a la Generalitat en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 125.4 del Estatuto de Autonomía Catalán (en adelante, EAC), que ha acometido esta regulación general mediante la Ley 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de las profesiones tituladas y de los colegios profesionales. Los preceptos impugnados, al tener como objeto funciones ejecutivas, han vulnerado las competencias que ha asumido la Generalitat de Cataluña en virtud de lo previsto en el artículo 125.4 del EAC en materia de ejercicio de profesiones tituladas o, en su caso, las que le atribuyen los artículos 131 y 172 del mismo texto en materia de educación y enseñanza universitaria, respectivamente. Subsidiariamente, la Generalitat de Cataluña estima que el artículo 7, apartados 2, 3 y 5, y la Disposición final 2ª, en conexión con el artículo 7.7 de la Ley 34/2006 pueden resultar lesivos de la autonomía universitaria reconocida por el artículo 27.10 CE.

Por el contrario, el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad de la norma que considera dictada en ejercicio de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.30 CE, en concurrencia con otros títulos competenciales del artículo 149.1 CE, concretamente los recogidos en las reglas 1 (“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles

¹⁵ ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: “El debate competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 151, Madrid, enero-marzo (2011), p. 54.

¹⁶ BOE núm. 162, de 8 de julio de 2005. ECLI:ES:TC:2005:154.

en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales”), 5 (“Administración de Justicia”), 6 (“legislación procesal”) y 18 (“bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”).

2. Problema jurídico principal

En primer lugar, la sentencia analiza el régimen constitucional de distribución de competencias en la materia relativa a títulos profesionales, destacando la relevancia de distinguir este concepto de los títulos académicos, dado que, como se ve en la regulación que determina esta Ley, además de los estudios universitarios requeridos para la obtención de un título académico, puede exigirse una formación complementaria que acredite la capacitación para ejercer la profesión para cuyo ejercicio habilita el título.

No obstante, para la doctrina constitucional, ambas categorías se engloban en la competencia exclusiva del Estado establecida en el 149.1.30 CE, tal y como ya estableció la STC 42/1981, de 22 de diciembre¹⁷, señalando que comprende “*los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de profesiones tituladas, es decir de aquellas cuyo ejercicio exige un título, así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado*”. Por lo tanto, es competencia exclusiva del Estado la función normativa de regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales que habilitan para ejercer una profesión titulada.

Reconociendo el TC la asunción de competencias ejecutivas en la materia que algunos EE.AA. han llevado a cabo, sin embargo, no descarta la atribución de esta función al Estado cuando sea necesario para garantizar que la regulación dispuesta salvaguarde las condiciones básicas que aseguren la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español. Lo que nos lleva a determinar la directa afectación del artículo 149.1.1 CE que ya la doctrina constitucional había advertido anteriormente (SSTC 122/1989, de 6 de julio¹⁸ y 201/2013, de 5 de diciembre¹⁹), señalando la vinculación estrecha entre el principio de igualdad de todos en cualquier parte del territorio, con la atribución competencial del artículo 149.1.30, a su vez, ligado con el artículo 139 CE en su vertiente de garantía de libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y de la libre prestación de servicios. Criterio éste de esencial trascendencia sobre el que pivota buena parte del examen de constitucionalidad que efectúa el TC.

De hecho, con base en la competencia ejecutiva sobre expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales estatales en materia de enseñanza no universitaria —Educación— que detenta la Generalitat (art. 131.4 EAC), el TC infiere tacha de inconstitucionalidad en el artículo 2.3 Ley 34/2006, en cuanto que la expedición es un acto meramente formal y reglado que concluye el proceso de capacitación y evaluación, no apreciando que afecte al principio de igualdad que debe operar en todo el territorio y que condiciona el título competencial del Estado apoyado en el artículo 149.1.30 CE.

Sin embargo, el resto del articulado impugnado que comprende otros extremos tales como (1) la acreditación de los cursos que integran la formación reglada de carácter oficial para la obtención de los títulos, (2) la convocatoria, órganos y contenido de la evaluación, (3) el establecimiento por el Gobierno de ayudas y becas de acuerdo con el sistema nacional y (4) y la asignación de facultades en el desarrollo reglamentario que afecta a los requisitos de titulación y capacitación del profesorado de los cursos de formación y a la regulación extensa de todo el procedimiento de convocatoria de la evaluación, se declara conforme al orden constitucional establecido. Tal decisión atiende, casi en

¹⁷ BOE núm. 12, de 14 de enero, de 1982. ECLI:ES:TC:1981:42.

¹⁸ BOE núm. 175, de 24 de julio de 1989. ECLI:ES:TC:1989:122.

¹⁹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2014. ECLI: ES:TC:2013:201.

exclusiva, al argumento que establece como vertebrador el TC a partir del análisis de los elementos que componen la atribución competencial del 149.1.30 CE, cual es, que tanto la formación como la evaluación han de surtir los mismos efectos en todas las partes del territorio nacional, y que todo ello ha de culminar en la obtención de un título profesional con el mismo alcance que, además, es un requisito imprescindible para la colegiación obligatoria, única también para todo el territorio (3.3 Ley 2/1974), lo que garantiza una adecuada homogeneidad territorial.

En esta línea, el TC descarta que el artículo 125.4 EAC incida en la materia que tiene por objeto la Ley 34/2006, dado que lo que ocupa el contenido de la Ley es el régimen de acceso a las profesiones de abogado y procurador, no al ejercicio de estas profesiones que es a lo que dedica el Estatuto Catalán la asignación de competencias a la Generalitat.

En definitiva, las competencias ejecutivas en la materia quedan desdibujadas casi por completo, quedando relegadas exclusivamente a la expedición de los títulos profesionales, so pretexto de atentar contra la igualdad al ser unas pruebas con validez en todo el territorio nacional. Ello significa negar cualquier capacidad de autoorganización en lo que se refiere no solo ya a los criterios formativos o de evaluación, sino a la mera composición de las comisiones de evaluación o a los requisitos para formar parte de ellas. En este caso, la competencia normativa se concibe de una manera extensiva al ámbito ejecutivo, lo que se adecúa a lo que la STC 31/2010, de 28 de junio²⁰, denominó como “competencia normativa de carácter funcional”.

Importa subrayar, desde este momento, que la controversia planteada sólo se refiere a la titularidad de la competencia para ejercer las facultades ejecutivas previstas en los preceptos cuestionados, pues la representación de la Generalidad de Cataluña reconoce que la regulación de los términos que ordenan su respectivo ejercicio corresponde al Estado. Ambas partes admiten que la materia sobre la que versa el conflicto de competencias suscitado es la relativa a la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales. No obstante, también habrá de analizarse si, en la medida que la obtención de estos títulos exige haber obtenido una capacitación profesional a través de una formación especializada, puede encontrarse afectada la materia relativa a la educación o a la enseñanza universitaria, como sostiene la Generalitat de Cataluña. Y si, además, la regulación legal impugnada puede encontrarse amparada en los artículos 6, 36 y 149.1.1 CE, como establece la Disposición final 1ª de la Ley 34/2006 e invoca, también, el Abogado del Estado junto con los artículos 149.1.5 y 149.1.18 CE.

Como cuestión previa, debe constatar que las modificaciones introducidas en la Ley 34/2006 mediante la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no han afectado a la pervivencia del objeto de este proceso constitucional. Tras la reforma operada por la Ley 5/2012, estos títulos pasan a ser expedidos por el Ministerio de Justicia. Como lo que la Comunidad recurrente cuestiona es la competencia estatal para la expedición de tales títulos profesionales, la reforma legal, al seguir atribuyendo al Estado su expedición, no altera los términos de la controversia competencial que determina la impugnación de este precepto.

3. Fallo de la sentencia, motivación jurídica de la decisión y voto particular

1º.- El TC decide estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 866-2007 interpuesto contra la Ley 34/2006, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 2.3, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 10 de esta resolución, es decir, sin declarar su nulidad, dado que no todas las CC.AA. tienen competencias en ese ámbito.

²⁰ Cfr. *Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya, Mercè Barceló, Xavier Bernadí y Joan Vintró (coords.), 2010.

2º.- Desestimar el recurso en todo lo demás.

La decisión del Tribunal se sustenta en dos premisas:

- No supone una invasión de las competencias ejecutivas de la Generalitat que la normativa impugnada atribuya al Estado la acreditación de los cursos de formación que se impartan para poder acceder a las evaluaciones conducentes a la obtención de los títulos profesionales de abogado y procurador.
- Existe una vinculación entre los artículos 149.1.30 y 149.1.1 CE a través del artículo 139 CE, de modo que la competencia del artículo 149.1.30 CE, está directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español (art. 149.1.1 CE) y su finalidad es garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos en todo el territorio español, ya que el principio de colegiación única habilita para ejercer en todo el territorio nacional.

Contra la Sentencia dictada, se formula voto particular por parte del Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, en el que manifiesta su discrepancia con la fundamentación jurídica de ésta y con su fallo, y al que se adhieren los Magistrados D^a Adela Asua Batarrita, D Luis Ignacio Ortega Álvarez, D^a Encarnación Roca Trías y D Fernando Valdés Dal-Ré.

Los magistrados disidentes consideran que la estimación del recurso y, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad debía haberse extendido, cuando menos, a los artículos 2.2, 5.1 y 6.4 de la Ley 34/2006, en cuanto prevén que la acreditación de los cursos de formación para las titulaciones de abogado y procurador debe efectuarse conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia e implican, por tanto, la invasión de competencias ejecutivas que corresponden a la Generalitat de Cataluña. Mediante el voto particular se expresa el desacuerdo en relación a las dos premisas sobre las que se basa el fallo de la sentencia, toda vez que no se corresponde con la más consolidada jurisprudencia constitucional en la materia y si, más bien con un proceso de recentralización de competencias en el Estado en detrimento de las que tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía, reservan a las nacionalidades y regiones. Y ello por tres cuestiones:

- La habilitación constitucional es de carácter estrictamente normativo, por lo que no ampara la atribución a los órganos centrales del Estado de competencias de carácter ejecutivo (en línea con lo ya recogido por la STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 13)²¹.
- La necesaria aplicación del juicio de proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional ha proyectado en relación con la habilitación del 149.1.1 CE.
- Tampoco la reserva de estas facultades ejecutivas de acreditación de los cursos por parte del Estado cuenta con la necesaria justificación constitucional, ni aparece debidamente avalada la estricta necesidad de que esa condición básica de igualdad solo pueda conseguirse a través del sacrificio de competencias ejecutivas reservadas a una comunidad autónoma.

En síntesis, el voto particular difiere en las dos premisas fundamentales que vierte la sentencia. Por un lado, niega la vinculación del artículo 149.1.30 CE con el 149.1.1 CE a través del artículo 139 CE y su falta de apoyo en la jurisprudencia constitucional, considerando tal tesis incluso una reinterpretación del artículo 149.1.1 CE, lo que permite sustentar un proceso de recentralización de competencias en el Estado con menoscabo de las que se reservan a las CC.AA. por medio de los EE.AA. Por otro, entienden los magistrados que la garantía de igualdad se encuentra perfectamente

²¹ Rec. 5099/2018.

salvaguardada con la propia competencia normativa otorgada al Estado en la materia, siendo “*innecesario y desproporcionado el desapoderamiento de competencias ejecutivas autonómicas*”.

El voto particular compendia brevemente los rasgos más destacados del artículo 149.1.1 CE en la jurisprudencia constitucional, para concluir que han sido soslayados de todo punto por la sentencia analizada. Se destacan como los más importantes, los siguientes:

- No cabe equiparar la habilitación competencial del artículo 149.1.1 CE con el contenido de otros preceptos constitucionales, tal y como se ha hecho con el artículo 139.2 CE en la sentencia.
- La habilitación del artículo 149.1.1 queda desplazada en presencia de un título competencial más específico que ya trae consigo la función homogeneizadora que se pretende —artículo 149.1.30 CE—.
- Por último, el artículo 149.1.1 CE se identifica con una habilitación de carácter normativo, nunca con funciones de tipo ejecutivo o aplicativo.

Para concluir, el voto particular fundamenta en la jurisprudencia constitucional la excepcionalidad que supone la reserva por el Estado de facultades de ejecución, en los casos en los que, como éste, la competencia normativa reservada es completa y puede hacer uso de ella con un alto grado de pormenorización de los requisitos exigibles en la materia que regula y que la sentencia pasa por alto. Los disidentes dejan patente el carácter anómalo de la interpretación que secunda el TC en la sentencia, aún más cuando se ven implicadas otras competencias que detenta ampliamente Cataluña, como son las de enseñanza universitaria y las de educación en relación con las profesiones tituladas (en su vertiente ejecutiva) que la sentencia no estima consistentes a estos efectos.

III. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

1. Profesiones tituladas: marco legal y reparto de competencias

La Ley 34/2006 somete el ejercicio libre profesional de abogado y procurador de los tribunales, además de a la posesión del título académico de licenciado —o graduado— en derecho, a la acreditación de la capacitación profesional específica a través de la superación de un proceso de formación y otro de evaluación, que culmina con la obtención de los correspondientes títulos profesionales. De acuerdo a su Disposición final 1ª, la regulación que contiene esta Ley se ampara en tres títulos competenciales: artículo 149.1, apartados 1, 6 y 30 CE. No cabe duda, pues, que la Ley 34/2006 establece dos títulos profesionales, regulando sus condiciones de obtención y expedición. Asimismo, señala razonablemente para qué son necesarios los títulos que establece.

En este sentido, cabe señalar que el Derecho europeo, a través de la Directiva 89/48/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, que establece un sistema general de reconocimiento de los títulos de educación superior que sanciona formaciones profesionales de una duración mínima de tres años²², la Directiva 92/51 del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales que completa la Directiva 89/48/CEE²³ y la Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, dictada para

²² Documento 31989L0048. Diario Oficial n° L 019 de 24/01/1989 pp. 0016-0023.

²³ DOUE L 209 de 24 de julio de 1992.

facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha obtenido el título profesional pertinente²⁴, no establece una exigencia de uniformidad²⁵.

Las profesiones reguladas son aquéllas respecto de las que una norma ordena su competencia profesional, es decir, *ex lege* se determinan un conjunto de atribuciones que sólo puede desarrollar en exclusiva un profesional que venga avalado bien por un título académico, bien por la superación de unos requisitos y una prueba de aptitud que impliquen la concesión o autorización administrativa del acceso a una profesión. La Directiva de servicios de mercado interior²⁶ que, a su vez remite a la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales²⁷, se refiere a profesión regulada como la “*actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposición legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales*”.

Normativamente, el artículo 36 de nuestra Constitución dispone: “*La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos*”. De modo que, una profesión es titulada cuando para ejercerla se exigen títulos académicos o estudios superiores específicos²⁸.

El concepto de “reserva de ley”, implica que determinadas materias sean reguladas *ex profeso* por ley mediante el titular ordinario de la potestad legislativa, esto es, las Cortes Generales. Entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, cuyo significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de los representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos según estima el TC²⁹. Y, como se ha manifestado en la STC 42/1986, de 10 de abril³⁰, “*competete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia*” (FJ 1).

En el mismo sentido, la STC 20/1988, de 18 de febrero³¹, declara que “*el art. 36 de la Constitución no puede ser entendido como norma atributiva de competencia legislativa al Estado, pues al disponer que “[l]a ley regulará las peculiaridades propias de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas*” lo único que está estableciendo —como recoge la STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 5³²—, es que es el legislador el que debe determinar “*qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados, la incorporación a un Colegio Profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional*” (FJ 5). Esto no empecé a lo declarado en la STC 201/2013 (FJ 4)³³, según la cual la

²⁴ DOUE L 77/36 de 14 de marzo de 1998.

²⁵ PADILLA ESPINOSA, L. I.: *La prestación de servicios de abogacía en el contexto del mercado interior de la Unión Europea*, ed. Dykinson, 2022, pp. 93 y ss.

²⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, de Servicios de Mercado Interior.

²⁷ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

²⁸ SSTC 83/1984, de 24 de julio. ECLI:ES:TC:1984:83; 42/1986, de 10 de abril. ECLI:ES:TC:1986:42.

²⁹ STC 83/1984, de 24 de julio.

³⁰ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986. ECLI:ES:TC:1986:42.

³¹ BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1988. ECLI:ES:TC:1988:20.

³² BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1998. ECLI:ES:TC:1998:194.

³³ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2014. ECLI: ES:TC:2013:201.

competencia autonómica en materia de profesiones tituladas está “*estatutariamente subordinada a las normas generales sobre titulaciones académicas y profesionales que se reservan al legislador estatal en los arts. 36 y 149.1.30 CE*”.

El artículo 36 CE habilita al legislador, con expresa reserva de Ley, para regular los colegios profesionales como tenga por conveniente para el cumplimiento de sus fines, con el único límite de su carácter democrático interno. El legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere este artículo, debe hacerlo de forma que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22), como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35), y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un colegio profesional, en cuanto tal, haya de tener en cuenta que al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público³⁴.

En definitiva, que el artículo 36 CE establezca una reserva de ley en relación con el régimen jurídico de los colegios profesionales y al ejercicio de las profesiones tituladas, supone, —según el TC— una garantía para los ciudadanos en esta materia, siendo competencia del legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuando existe una profesión titulada. Por ello, dentro de estas coordenadas, el legislador puede crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta que la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional³⁵.

Por su parte, el régimen de colegiación obligatoria, al igual que la creación de una profesión titulada, que vincule el ejercicio de determinadas atribuciones o competencias profesionales a la posesión de una titulación académica, constituye una limitación del derecho reconocido en el artículo 35.1 CE [STC 194/1998, de 1 de octubre, (FJ 5)]³⁶. Cumple, así, con el requisito señalado por el TC, entre otras, la STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 7 b)³⁷, de la relación directa, inmediata y estrecha que debe guardar la regulación de una condición básica con el derecho o libertad constitucional afectado.

En consecuencia, concluye la STC 229/2015 (FJ 6) que “*la exigencia de colegiación obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones, además de una base del régimen jurídico de las Administraciones públicas, constituye también una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE, por afectar al contenido primario del derecho constitucional reconocido en el art. 35 CE*”. Por lo que “*siendo competente el Estado para establecer la colegiación obligatoria, lo es también para establecer las excepciones que afectan a los empleados públicos a la vista de los concretos intereses generales que puedan verse afectados*” [SSTC 229/2015, (FJ 7); 3/2013, de 17 de enero de 2013³⁸; y 69/2017, de 25 de Mayo].

2. Caracterización del título competencial estatal del artículo 149.1.1ª

En cuanto a la caracterización del título competencial estatal del artículo 149.1.1ª el TC ha manifestado, reiteradamente, que la habilitación constitucional de la CE es de carácter estrictamente normativo, por lo que no ampara la atribución a los órganos centrales del Estado de competencias de carácter ejecutivo [STC 188/2001, de 20 de septiembre, (FJ 13)]; en consecuencia, este artículo carece de alcance material para dilatarse hasta amparar también la regulación de la formación y de las pruebas de capacitación, necesarias para el acceso a esas profesiones, puesto que se trata de una fase previa al ejercicio profesional y ajena a la intervención en el proceso de dichos profesionales. En el

³⁴ SSTC 83/1984 de 24 de julio. ECLI:ES:TC:1984:83; 89/1989, de 11 de mayo. Cfr. CARLÓN RUIZ, M.: “El impacto de la directiva de servicios en la institución colegial a la luz del artículo 36 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre (2010), p. 86.

³⁵ SSTC 42/1986, de 10 de abril. ECLI:ES:TC:1986:42; 166/1992, de 26 de octubre. ECLI:ES:TC:1992:166.

³⁶ BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1998. ECLI:ES:TC:1998:194.

³⁷ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997. ECLI:ES:TC:1997:61.

³⁸ BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2013. ECLI:ES:TC:2013:3.

artículo 36 CE, la inclusión de esta referencia no hace sino generar confusión, puesto que, en sentido estricto, la Ley 34/2006 no regula el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador, sino las condiciones de obtención de los títulos profesionales que permiten acceder a dichas profesiones.

Así las cosas, el artículo 149.1.1.^a CE, como el TC ha venido declarando desde la Sentencia 37/198, de 16 de noviembre³⁹, no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las CC.AA. cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma [STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 9)]⁴⁰. La Ley 34/2006 no está regulando directamente los derechos fundamentales de los artículos 17.3 y 24 CE (Tutela Judicial Efectiva) a los que se alude en su exposición de motivos, ni trata de regular la igualdad en el ejercicio de ese derecho fundamental en sus posiciones jurídicas fundamentales. Sobra, pues, la cita del artículo 149.1.1 CE ya que existe otro título competencial más específico y principal que habilita el objetivo pretendido por la norma, y es por ello que el artículo 149.1.^o CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica [STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 7b)]⁴¹.

Importa destacar —en relación a lo sostenido por el voto particular— que, en su delimitación positiva, el artículo 149.1.1 CE persigue como elemento finalista garantizar la igualdad y el requisito de proporcionalidad. El concreto alcance de la competencia del Estado *ex* artículo 149.1.1 depende en cada caso del derecho o deber del que se trate y le atribuye una competencia exclusiva de regulación que no impide la regulación autonómica. Más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las CC.AA., lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes—⁴² el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales [STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 9)]⁴³.

Ahora bien, el propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado [STC 37/1987, de 26 de marzo (FJ 3)]⁴⁴.

3. La igualdad de todos los españoles como elemento teleológico o finalista del título competencial

La “igualdad de todos los españoles” representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal, tal y como ya ha expresado el TC en otras ocasiones [STC 61/1997, de 20 de marzo (FJ 7b)]⁴⁵. Sin embargo, para quienes formulan el voto particular, en este caso, no aparece debidamente justificada la estricta necesidad derivada de que esa condición básica de igualdad solo pueda conseguirse a través del sacrificio de competencias ejecutivas reservadas a una comunidad autónoma.

El TC tiene declarado —desde la STC 22/1981, de 2 de julio⁴⁶, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— que el principio de igualdad no exige en

³⁹ BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1981. ECLI:ES:TC:1981:37.

⁴⁰ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987. ECLI:ES:TC:1987:37.

⁴¹ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997. ECLI:ES:TC:1997:61.

⁴² STC 154/1988, de 21 de julio. ECLI:ES:TC:1988:154.

⁴³ BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1998. ECLI:ES:TC:1998:173.

⁴⁴ BOE núm. 89, de 14 de abril de 1987. ECLI:ES:TC:1987:37.

⁴⁵ BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997. ECLI:ES:TC:1997:61.

⁴⁶ LA LEY 187/1981.

todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo, respecto a la regulación de una determinada materia, supone una infracción del 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello.

Esta doctrina se repite en la referida STC 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 4, que declara que “*en la competencia reservada al Estado en virtud del art. 149.1.30 CE subyace el principio de igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio español (art. 139.1.CE), que es un principio estrechamente vinculado a esta atribución competencial (STC 122/1989, FJ 5); es decir, se trata de una competencia directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y ligada asimismo a la garantía de libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la libre prestación de los servicios (arts. 139 y 149.1.1 CE)*”. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida; de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos⁴⁷. En definitiva, el principio genérico de igualdad no postula, ni como fin ni como medio, la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato [STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 3 a)]⁴⁸.

4. La proporcionalidad como filtro en la actuación de los poderes públicos

Cobra, pues, especial relevancia el elemento teleológico de la competencia estatal, consistente en el aseguramiento de la “igualdad de todos los españoles” en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ya que obliga a examinar las “condiciones básicas” establecidas por el legislador estatal desde la perspectiva que nos ofrece el juicio de proporcionalidad, a fin de averiguar si la norma estatal “*tiene cobijo en los límites formales y materiales del artículo 149.1.1 CE y —complementariamente— si no contiene una injerencia o restricción de la competencia autonómica*”⁴⁹ [STC 135/2006, FJ 2 d)].

La proporcionalidad marca un límite finalista a la actuación de los poderes públicos y está integrada, como principio, por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesaridad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta *a priori* absolutamente inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego. Es al fin elegido por la norma o en su aplicación al que hay que hacerle hablar, el que nos dirá si el medio adoptado quiebra solemnemente los criterios apuntados⁵⁰.

En consecuencia, el análisis de este conflicto y su posterior resolución, ha de pasar obligatoriamente por el cedazo del juicio de proporcionalidad que la jurisprudencia constitucional ha

⁴⁷ SSTC 22/1981, de 2 de julio (LA LEY 187/1981), FJ 3; 49/1982, de 14 de julio (LA LEY 13872-JF/0000), FJ 2; 117/1998, de 2 de junio (LA LEY 9001/1998), FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre (LA LEY 8066/2001), FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero (LA LEY 3383/2002), FJ 4, 41/2013, de 14 de febrero (LA LEY 4531/2013), FJ 6, y 111/2018, de 17 de octubre (LA LEY 141170/2018), FJ 4).

⁴⁸ LA LEY 85636/2020.

⁴⁹ SSTC 164/2001, de 11 de julio, (FJ 4), y 54/2002, de 27 de febrero, (FJ 3).

⁵⁰ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre, 1998, p. 16).

proyectado, tempranamente, en relación con la habilitación del artículo 149.1.1 CE (SSTC 66/1995, de 8 de mayo y 55/1996, de 28 de marzo)⁵¹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M.: “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 33, Nº 98, 2013.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre), 1998.
- CARLÓN RUIZ, M.: “El impacto de la directiva de servicios en la institución colegial a la luz del artículo 36 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, septiembre-diciembre, 2010.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J. C.: “Nuevas perspectivas políticas ante las disfunciones de la organización autonómica después de cuarenta años de Constitución”, *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, Nº. 30, 2018.
- ESCUDERO MORATALLA, J. F., FERRER ADROHER, M.: “Designa telemática de procurador con autorización del cliente”, *Diario La Ley*, 9652, 2020.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: “El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 4, Nº 12, 1984.
- FERNÁNDEZ-GALLARDO, J. A.: “Aspectos controvertidos del proceso especial de cuenta del procurador y honorarios del abogado”, *Justicia: revista de derecho procesal*, 2, 2019.
- GONZÁLEZ CUETO, T.: “La colegiación del abogado es obligatoria”. *Diario La Ley*, 9079, 2017.
- GONZÁLEZ CUETO, T.: *El concepto de profesión regulada a que se refiere el documento la organización de las enseñanzas universitarias en España*, Ministerio de Educación y Ciencia. 2007.
- GONZÁLEZ DE LARA MINGO, S.: “Régimen de recurso frente al decreto del Letrado de la Administración de Justicia resolutorio de la controversia sobre honorarios del Abogado por indebidos y cuenta del Procurador”, *Actualidad administrativa*, 6, 2019.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: “Los Estatutos de Autonomía tras la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010”, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, Nº. 1, 2011.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: “El debate competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Núm. 151, Madrid, enero-marzo, 2011.
- PADILLA ESPINOSA, L. I.: *La prestación de servicios de abogacía en el contexto del mercado interior de la Unión Europea*, ed. Dykinson, 2022.
- PONCE SOLÉ, J.: “Las Facultades de Derecho ante la entrada en vigor de la Ley 34/2006 sobre el acceso a los tribunales de las profesiones de abogado y procurador de los tribunales: el caso de la Universidad de Barcelona”, *Revista de Educación y Derecho*, nº 4, 2011.
- ROMERO GONZÁLEZ, J.: “España inacabada. Organización territorial del Estado, autonomía política y reconocimiento de la diversidad nacional”, *Documents d'anàlisi geogràfica*, vol. 58, nº 1, 2012.
- SÁNCHEZ SAUDINÓS, J. M.: *Colegios profesionales y ejercicio de las profesiones tituladas*, LUIS AGUIAR DE LUQUE (dir. tes.), Universidad Carlos III de Madrid (España), 1995.

⁵¹ BOE núm. 140, de 13 de junio de 1995. ECLI:ES:TC:1995:66; BOE núm. 102, de 27 de abril de 1996. ECLI:ES:TC:1996:55.

El reparto de las competencias ejecutivas de acreditación de cursos de formación para el acceso a la abogacía y a la procura en el Tribunal Constitucional: comentario al voto particular de la STC 193/2014, de 20 de noviembre

ALEJANDRO MUROS POLO

Investigador en Periodo de Orientación Postdoctoral (FPU)1
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-6192-8481>

I. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ: UN EJEMPLO DE JURISTA CRÍTICO PARA LOS JÓVENES PROFESORES UNIVERSITARIOS

Para autorizada doctrina científica Fernando Valdés Dal-Ré (22 de abril de 1945-9 de marzo de 2023) ha sido uno de los grandes juristas e *iuslaboralistas* que más ha contribuido a la consolidación de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la etapa democrática. En efecto, el Profesor Valdés Dal-Ré ha desempeñado un papel absolutamente esencial en la construcción del Derecho del Trabajo sobre la base de la Constitución Española de 1978 y el garantismo jurídico, dejando atrás la época de la dictadura franquista. Se ha convertido, así, en una figura de enorme prestigio y reconocimiento que ha dejado su impronta a nivel nacional e incluso internacional (especialmente en Europa y en América Latina)².

Don Fernando Valdés Dal-Ré se licenció en Derecho en 1967 por la Universidad de Valladolid y poco tiempo más tarde, en 1968, accedió por oposición a la Inspección de Trabajo, desempeñando sus servicios en la Inspección Provincial de Trabajo de Madrid hasta enero de 1975. En 1973, se doctoró por la Universidad Central de Madrid (actual Universidad Complutense de Madrid) y en 1981 obtuvo la cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valladolid, donde desempeño su labor docente hasta 1991, año en el que se convirtió en Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid. También desempeñó diversos cargos académicos en la Universidad, entre los que destaca el haber sido Secretario General de la Universidad de Valladolid (abril 1982-febrero 1984); Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en esta última universidad (octubre 1978 a enero 1980); así como Director de esta sección departamental en la UCM (desde el 2-10-1992 hasta el 13-12-2009).

Más allá de la profesión de profesor universitario, Don Fernando Valdés Dal-Ré fue Letrado del Tribunal Constitucional (febrero 1984-noviembre 1985); Director General del Servicio Jurídico del Estado (octubre 1986-noviembre 1990); Consejero nato del Consejo de Estado (octubre 1986-noviembre 1990); Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (febrero 1993-septiembre 1996); Consejero (por el grupo de Expertos, nombrado por el Gobierno) del Consejo Económico y Social (CES) del Reino de España (noviembre 2005-julio 2012); así como

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario del año 2019, financiadas por el Ministerio de Universidades y concedidas por Orden de 7 de octubre de 2020.

² MONEREO PÉREZ, J.L.: “FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 35, 2023, pp. 307 y ss.

Magistrado del Tribunal Constitucional, elegido por el Congreso de los Diputados de las Cortes Generales (23 julio de 2012)³.

Como se puede observar, el Profesor universitario y Magistrado Valdés Dal-Ré ha compatibilizado a lo largo de toda su carrera profesional el perfil del docente universitario con diversos cargos a nivel académico e institucional. Es de destacar su labor al frente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y su pertenencia al Consejo Económico y Social de España, pues en estas instancias el Señor Valdés Dal-Ré ha desempeñado un papel trascendental a la hora de afrontar los procesos de transición del sistema de relaciones laborales de la dictadura franquista al actual, la racionalización del sistema de negociación colectiva en España y la elaboración de estudios rigurosos sobre la política socio-económica, el mercado de trabajo, el sistema de relaciones laborales y las cuestiones sociales del momento histórico. Además, la figura del Magistrado Valdés Dal-Ré en el Tribunal Constitucional ha resultado ser de enorme relevancia para la elaboración del Derecho Social en la época de la democracia constitucional⁴. En este sentido, es necesario recalcar su defensa de la interpretación de los derechos fundamentales a través de la protección multinivel garantista (destaca la STC 140/2018, de 20 de septiembre, de la cual fue ponente)⁵; o bien los importantes votos particulares que ha elaborado con un elevado nivel técnico jurídico en cuestiones trascendentales frente a la mayoría del Tribunal Constitucional (v.gr.: ATC 35/2015, de 17 de febrero o la STC 17/2017, de 2 de febrero).

Su producción académica tampoco es desdeñable. Cuenta con una infinidad de publicaciones en todas las materias relevantes de la rama del Derecho del Trabajo (Derecho de la Unión Europea, fuentes del Derecho, libertad sindical, representación, participación e implicación de los trabajadores en la empresa, negociación colectiva, cooperativas, cambio de titularidad de la empresa, contratación laboral, modificaciones de condiciones de trabajo, despidos individuales y colectivos, etc.). En concreto, el Profesor Valdés Dal-Ré ostenta 327 artículos de revistas, 113 colaboraciones de obras colectivas, 55 libros y 8 obras coordinadas, según las bases de datos de bibliografía científica⁶. Asimismo, ha pertenecido a diversos consejos de revistas científicas de prestigio y, en especial, ha ejercido como codirector de la revista “Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y práctica”, y posteriormente de la revista “Derecho de las Relaciones Laborales”, donde ha podido contribuir a la Academia con valiosas “editoriales”.

En definitiva, el Profesor Valdés Dal-Ré es el vivo ejemplo de un “jurista crítico del trabajo”. Una persona comprometida con los principios y valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, integrado no solo por la Carta Magna sino también por los diferentes textos internacionales. Este compromiso se ha visto plasmado en su actividad científica, criticando entre otras cosas las sucesivas reformas laborales de signo neoliberal, y, a su vez, en su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional. Lejos de ser un jurista neutral y aséptico, Don Fernando Valdés Dal-Ré, sin perder la imparcialidad, ha representado al jurista crítico y comprometido ante los retrocesos y transformaciones del Derecho del Trabajo⁷.

Sin ningún tipo de duda, este debe de ser el molde en el que nos debemos de fijar los jóvenes profesores universitarios. Como profesionales del Derecho Social del Trabajo debemos de defender

³ Todos estos datos han sido extraídos del CV disponible en la página web del Tribunal Constitucional, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/va/tribunal/Composicion-Organizacion/Nombramientos/Curriculum-Vald%C3%A9s.pdf> (visitado el 1/07/2023).

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, op. cit., pp. 307-310.

⁵ Véase la obra VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.

⁶ Datos extraídos de Dialnet, disponibles en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=81767> (visitado el 15/07/2023).

⁷ Así lo califica MONEREO PÉREZ, J.L.: “FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, op. cit., pp. 309 y 310.

los valores constitucionales, en su sentido más amplio, ya sea desde la propia labor de la docencia universitaria, en nuestra investigación científica o bien en todas aquellas otras actividades que emprendamos, relacionadas o no con la Universidad. Debemos de ser juristas críticos y activos, en el sentido de tener la vocación de complementar nuestra formación con otro tipo de tareas, como, por ejemplo, la gestión universitaria, la pertenencia a consejos de revistas científicas o, en general, cualquier actividad de transferencia de conocimiento a la sociedad, para así comprender mejor el Derecho y, en última instancia, nuestro entorno. En este sentido, el Profesor Valdés Dal-Ré es el espejo en el que todas y todos los jóvenes profesores universitarios debemos de mirarnos.

II. ORIGEN Y SÍNTESIS DEL CONFLICTO DE COMPETENCIAS AUTONÓMICO

El voto particular que se analiza en el presente trabajo de investigación forma parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 193/2014, de 20 de noviembre, que desestima el conflicto positivo de competencia núm. 5431-2011 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra el desarrollo reglamentario de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales. En concreto, el Gobierno catalán entiende que diversos preceptos del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, invaden competencias propias de la Comunidad Autónoma.

En este sentido, se debe de partir de que “el orden competencial del Estado autonómico es, técnicamente, uno de los más complejos de todo el Derecho comparado”⁸. En efecto, la Constitución española no establece qué competencias pertenecen a las Comunidades Autónomas, ya que esta tarea se reserva a los Estatutos, lo cual implica que en principio todas las materias se reservan al Estado, pero a medida que se aprueban Estatutos este va perdiendo su competencia en el correspondiente territorio. No obstante, el art. 149.1 CE establece una serie de materias que siempre van a formar parte del Estado, con un distinto alcance en función del título competencial, conformando el “techo competencial” de las Comunidades⁹.

En cualquier caso, aunque el art. 149.1 CE se refiere a las competencias exclusivas del Estado, no son tales, ya que la mayoría de las competencias que se recogen en dicho artículo tienen la condición de “compartidas”¹⁰. En efecto, se suele hacer un reparto entre competencias normativas, las cuales pertenecen al Estado, y competencias ejecutivas, en manos de las Comunidades Autónomas. En cuanto a la delimitación entre ambas competencias, ha sido el Tribunal Constitucional (STC 18/1982 y sucesivas) el que ha tenido que determinar que la potestad reglamentaria para desarrollar leyes (reglamentos ejecutivos) entra dentro de la competencia normativa del Estado y que, por tanto, a la Comunidad Autónoma solo le corresponde la potestad de ejecutar la normativa estatal y, en su caso, la aprobación de reglamentos organizativos¹¹.

En este sentido, en el voto particular objeto de comentario se defiende, al contrario de lo que entiende la mayoría de la Sala del TC, que el diseño reglamentario de la acreditación de los cursos de formación para las titulaciones de abogado y procurador, que se realiza por parte de los ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia, supone una invasión de las competencias ejecutivas que le corresponden a la Generalitat de Cataluña. Ello se reitera en el voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional 170/2014, de 23 de octubre, fruto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 34/2006, que tampoco entiende que la acreditación de los cursos de formación por el Estado conlleve invasión en las competencias ejecutivas autonómicas.

⁸ RUIZ ROBLEDO, A.: *Compendio de Derecho constitucional español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 247.

⁹ *Ibidem*, pp. 248 y ss.

¹⁰ ZAMBONINO PULITO, M.: “Competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 23, 2010, p. 3.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022, pp. 105 y 106.

En efecto, en el procedimiento “ordinario” de verificación de títulos universitarios oficiales, regulado por el Real Decreto 1393/2007 de 29 de octubre¹² (actual Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre¹³), intervienen distintos actores como la propia Universidad, el Consejo de Universidades, la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo autonómico equivalente y la Comunidad Autónoma, que decide en última instancia su autorización. Por el contrario, la Ley 34/2006 establece que la formación especializada que da acceso a la titulación profesional para el ejercicio de la Abogacía y la Procura¹⁴ son unos cursos de formación “acreditados conjuntamente por el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación y Ciencia a través del procedimiento que reglamentariamente se establezca” (art. 2.2). Estos cursos pueden ser impartidos tanto por las universidades (art. 4) como por las escuelas de práctica jurídica (art. 5), siempre que obtengan la acreditación conjunta de los citados ministerios.

Siguiendo este esquema, el Real Decreto 775/2011 desarrolla este proceso de verificación y acreditación para la realización de cursos de formación en universidades y escuelas de práctica jurídica, otorgándole al Ministerio de Justicia y al Ministerio de Educación y Ciencia la resolución del procedimiento. Frente a esta regulación, la Abogada de la Generalitat de Cataluña en el conflicto positivo de competencia 5431-2011 alega que, por un lado, el procedimiento de acreditación de las escuelas de práctica jurídica (art. 6 RD 775/2011), en cuanto atribuye las funciones ejecutivas de evaluación de la calidad y acreditación a órganos estatales, comporta la vulneración de la competencia exclusiva catalana sobre el ejercicio de las profesiones tituladas (art. 125.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña¹⁵) y, a su vez, la lesión de las competencias que en materia de evaluación y garantía de la calidad del sistema educativo corresponden a la Comunidad Autónoma (art. 131.2.d) y 3.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña), al tratarse de una formación inicial reglada del sistema educativo. Por otro lado, alega que el procedimiento de acreditación de los cursos impartidos por universidades (art. 7 RD 775/2011) supone una triple vulneración de las competencias autonómicas sobre el ejercicio de las profesiones tituladas, sobre la formación profesional reglada inicial y sobre la enseñanza universitaria de posgrado (en este caso, art. 172.2.f) Estatuto de Autonomía de Cataluña), ya que, si bien la evaluación de la calidad se reserva a la ANECA u organismo autonómico de evaluación, la acreditación y renovación se concede por órganos estatales.

No obstante, la STC 193/2014 ha desestimado la pretensión del Gobierno catalán puesto que entiende que el reglamento no vulnera las competencias autonómicas ya que las competencias ejecutivas en materia de acreditación de los cursos de capacitación corresponden al Estado, sobre la base de la competencia exclusiva reservada al mismo por mor del art. 149.1.30 CE. De este modo, el título competencial del art. 149.1.30 CE, destinado a la “[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales”, le vale al Tribunal Constitucional para rechazar la inconstitucionalidad tanto del RD 775/2011 en la citada sentencia, como de la Ley 34/2006 en la STC 170/2014.

De hecho, la STC 193/2014 remite al Fundamento Jurídico Sexto de la STC 170/2014 para su argumentación. Así, el Tribunal Constitucional defiende que bajo la competencia del art. 149.1.30 CE subyace el art. 139 CE y, por ello, la competencia sobre obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales se vincula directamente a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y está ligada, asimismo, a la garantía de libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la

¹² Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

¹³ Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad.

¹⁴ También es necesario que se acredite la capacitación profesional a través de la evaluación que prevé el art. 7 de la Ley 34/2006.

¹⁵ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

libre prestación de los servicios (arts. 139 y 149.1.1 CE). En este sentido, el TC defiende que la acreditación de los cursos que dan acceso a las profesiones de abogado y procurador es una medida que permite a la Administración (en este caso estatal) “fiscalizar el cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente para dichos cursos y que estos alcanzan el adecuado nivel de solvencia y eficacia docente”, además de “garantizar que los niveles de exigencia incorporados a los expresados cursos se adecuan a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en todo el territorio español”. Además, para el máximo intérprete de la Constitución la atribución de esta competencia al Estado también se justifica porque se trata de unos cursos que dan acceso a una titulación profesional en la cual la colegiación es obligatoria, única y habilita para ejercer en todo el territorio español.

III. COMENTARIO AL VOTO PARTICULAR DE LA STC 193/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE

Como ya se ha comentado, la sentencia del Tribunal Constitucional 193/2014, de 20 de noviembre, dictada en Pleno, cuyo ponente ha sido el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, ha desestimado el conflicto positivo de competencia 5431-2011 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos del RD 775/2011, que desarrolla la Ley 34/2006. En cambio, frente a esta sentencia, se ha emitido un voto particular formulado por las magistradas Adela Asua Batarrita y doña Encarnación Roca Trías, y por los magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos, el cual es objeto de comentario a lo largo de las siguientes páginas.

En efecto, el Voto particular mencionado disiente de la mayoría del TC, coincidiendo con los argumentos de la STC 170/2014, de 23 de octubre, en cuanto a que los artículos 6.1, apartados a) y c); 6.2 y 3; y 7.3 y 4 del RD 775/2011 suponen una invasión de las competencias ejecutivas autonómicas al atribuir la potestad de acreditación de los cursos de formación para las titulaciones de abogado y procurador a órganos estatales. En este sentido, el Voto particular discrepa en la resolución de tan solo uno de los motivos de impugnación de la Generalitat de Cataluña contra el desarrollo reglamentario, dando por válidos los argumentos del TC para rechazar el conflicto positivo de competencia respecto al resto de preceptos impugnados (requisitos del personal docente de los cursos de formación, cuestiones relacionadas con la evaluación de la aptitud profesional o el otorgamiento de becas).

Para un mayor desarrollo de la argumentación del sentir minoritario del TC, el Voto particular de la STC 193/2014 remite al Voto particular formulado en la STC 170/2014, de 23 de octubre, que analiza la constitucionalidad de la Ley 34/2006. En este caso, el Voto particular, formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y al que se adhieren el resto de Magistrados ya mencionados (entre ellos don Fernando Valdés Dal-Ré), defiende que los arts. 2.2, 5.1 y 6.4 de la Ley 34/2006 suponen una invasión de competencias ejecutivas que corresponden a la Generalitat de Cataluña y, como tal, deberían de haber sido declarados inconstitucionales, en contra de lo que ha estimado la mayoría del Tribunal Constitucional.

Así, el Voto particular de la STC 170/2014 resume su parecer en dos críticas a la sentencia: (i) que la vinculación que se hace entre el art. 149.1.30 CE y el art. 149.1.1 CE, a través del art. 139 CE, no se corresponde con la consolidada jurisprudencia constitucional del art. 149.1.1 CE, en lo que se denomina como un “proceso de recentralización de competencias en el Estado en detrimento de las que tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía reservan a las nacionalidades y regiones”; (ii) que la garantía de igualdad en el ejercicio de los derechos queda plenamente satisfecha en este caso con la competencia normativa otorgada al Estado, “siendo innecesario y desproporcionado hacerlo mediante el desapoderamiento de competencias ejecutivas autonómicas”.

En este sentido, el Voto particular, por un lado, resume la principal jurisprudencia del art. 149.1.1 CE, que establece como competencia exclusiva del Estado “la regulación de las condiciones

básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, y señala que se han obviado hasta tres de sus notas principales para justificar el desapoderamiento total de las competencias ejecutivas otorgadas al Gobierno catalán en la materia. En concreto, estas son: la imposibilidad de identificar el título competencial del art. 149.1.1 CE con otros preceptos constitucionales, como el art. 139.2 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J.7º.a); el desplazamiento de la habilitación competencial del art. 149.1.1 CE frente a un título competencial más específico que permita cumplir la función uniformadora que justifica dicha habilitación, como ocurre con el art. 149.1.30 CE que ya establece una regla específica en la materia [*vid.*, en materia de salud y sanidad (art. 149.1.16 CE) las SSTC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3; y 136/2012, de 19 de junio, FJ 3; en materia de legislación básica (art. 149.1.18 CE) las SSTC 251/2006, de 25 de julio, FJ 11; y 3/2013, de 17 de enero, FJ 8; y también en relación con materia de educación (art. 149.1.30 CE) la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 5]; o bien que la habilitación que ofrece el art. 149.1.1 CE es de carácter normativo y no otorga cobertura a actividades de naturaleza aplicativa o ejecutiva (SSTC 188/2001, de 20 de septiembre, F.J.13º y 1/2011, de 14 de febrero).

Por otro lado, dado que la jurisprudencia constitucional interpreta que la habilitación competencial del art. 149.1.1 CE debe de respetar el principio de proporcionalidad en el sentido de que “no contiene una injerencia o restricción de la competencia autonómica” [SSTC 164/2001, de 11 de julio, FJ 4; 54/2002, de 27 de febrero, FJ 3; y 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 d)], el Voto particular defiende que la reserva de la potestad de acreditación de los cursos de formación al Estado no contiene la necesaria justificación constitucional en términos de proporcionalidad. Es más, la jurisprudencia del TC también recoge que, cuando la competencia normativa del Estado en una materia sea completa, como ocurre en el caso del primer inciso del art. 149.1.30 CE, la reserva de facultades ejecutivas reviste “carácter rigurosamente excepcional” (STC 111/2012, FJ 11). Dicho lo anterior, para el Voto particular en el presente caso no se aprecian las circunstancias excepcionales en la acreditación de los cursos de formación especializada para futuros abogados y procuradores, ya que el Estado, “en virtud de su competencia exclusiva para la regulación de esta materia, podría haber establecido con el grado de detalle que considerara necesario los requisitos que debían reunir tales cursos y los procedimientos de aplicación”. En cualquier caso, estos cursos se imparten por universidades o por escuelas de práctica jurídica que hayan celebrado un convenio con una universidad pública o privada y sobre todas estas institucionales la Generalitat de Cataluña dispone de amplias competencias según lo dispuesto en los arts. 125 y 172 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Y “[e]sta circunstancia hace más patente el carácter anómalo, dentro del sistema competencial, de la atribución al Estado de esta competencia ejecutiva, pues constituye una excepción en un contexto generalizado de competencias autonómicas hasta el momento no discutidas”.

Por todos los argumentos anteriores, el Voto particular de la STC 170/2014, en el cual se basa el Voto de la STC 193/2014, interpreta que las competencias ejecutivas de acreditación de los cursos formativos para abogados y procuradores deberían de haberse destinado a la Comunidad Autónoma de Cataluña y no al Estado, al contrario de lo que ha avalado el sentir mayoritario de ambas sentencias.

IV. A MODO DE CIERRE: ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN LA LEY 15/2021 Y EL REAL DECRETO 64/2023?

Llegados a este punto, cabe preguntarse si las últimas reformas legales han modificado el sistema de acreditación de los cursos de formación para el acceso a la Abogacía y la Procura, cuya competencia se ha venido atribuyendo al Estado y así ha sido validado por el Tribunal Constitucional.

Por un lado, Ley 15/2021, de 23 de octubre, introduce varias novedades en este ámbito. Tal y como reconoce la Exposición de motivos de la citada Ley, ante las objeciones de la Comisión Europea, “[e]n lo sustancial, se trata de acomodar la legislación española a las previsiones del Derecho europeo y singularmente a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 25 de la Directiva 2006/123/

CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a servicios en el mercado interior, y en los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. En lo que aquí respecta, la Ley ha flexibilizado la reserva de la actividad profesional de la procura, permitiéndose que esta actividad se puede ejercer también por abogados. Así, se ha modificado la Ley 34/2006 para configurar el acceso único a ambas profesiones, exigiéndose el mismo título académico (licenciatura o grado en Derecho) y la misma capacitación (el mismo máster), de tal modo de que quienes superen la evaluación podrán ejercer indistintamente la abogacía o la procura sin más requisitos que la colegiación en el correspondiente colegio profesional, aunque sigue siendo incompatible el ejercicio simultáneo de ambas profesiones (véase la disposición transitoria primera y segunda de la Ley 15/2021)¹⁶.

En cuanto al reparto competencial de la acreditación de los cursos de formación, la Ley 15/2021 ha introducido algunos pequeños matices en la Ley 34/2006, aunque ya se puede adelantar que se ha dejado intacta la atribución de esta competencia ejecutiva al Estado. En este sentido, los arts. 2.2 y 5.1 han sido modificados para que la acreditación ya no corresponda de forma conjunta a los Ministerios de Justicia y de Educación y Ciencia, sino a los Ministerios de Justicia y de Universidades, fruto de la remodelación y el reparto de funciones entre los diferentes ministerios del actual Gobierno¹⁷. Además, se introduce en los citados artículos una novedad respecto a su regulación anterior: se precisa que esta acreditación conjunta deberá de ser concedida “tras ser oídas las comunidades autónomas”, aunque precisa que en la forma que reglamentariamente se determine.

Por otro lado, para valorar este último cambio normativo es necesario acudir al desarrollo reglamentario, el cual se contiene en el Real Decreto 64/2023, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura. En cuanto al procedimiento de acreditación de los cursos de formación impartidos por las escuelas de práctica jurídica¹⁸, el art. 6 del RD 64/2023 poco más añade a lo previsto en el RD 775/2011. En efecto, se trata de una solicitud de acreditación que se dirige al Ministerio de Justicia para que este, de forma conjunta con el Ministerio de Universidades, resuelva previo informe preceptivo de la Comunidad Autónoma interesada. El art. 7 RD 64/2023 tampoco ha sufrido cambios relevantes respecto a su regulación anterior, ya que se sigue reconociendo la certificación de la calidad a la ANECA o agencia de calidad autonómica y se reconoce la potestad de resolver de forma conjunta a la persona titular de la Secretaría General para la Innovación y Calidad del Servicio Público de Justicia y la persona titular de la Secretaría General de Universidades.

En definitiva, a pesar de las últimas modificaciones en el acceso a las profesiones de la Abogacía y la Procura, este nuevo régimen no ha modificado las competencias ejecutivas de verificación de los cursos de formación que habilitan, junto con el grado en Derecho y la evaluación correspondiente, al ejercicio de las profesiones de abogado/a y procurador/a, ya que tales competencias siguen estando

¹⁶ La Ley 15/2021 también modifica la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a fin de habilitar a las sociedades profesionales multidisciplinares el ejercicio simultáneo de la abogacía y la procura para poder ofertar y prestar un servicio integral de defensa y representación. No obstante, se sigue reconociendo la incompatibilidad del ejercicio simultáneo de las profesiones de abogado/a y procurador/a y se establece que los estatutos de las sociedades profesionales cuyo objeto social consista en la prestación de servicios jurídicos integrales de defensa y representación contendrán, de conformidad con lo que prescriban las normas deontológicas de las respectivas profesiones, las disposiciones necesarias para garantizar que los profesionales que asuman la defensa o la representación de sus patrocinados puedan actuar con autonomía e independencia y apartarse de cualquier asunto cuando pueda verse comprometida su imparcialidad.

¹⁷ Real Decreto 431/2020, de 3 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Universidades.

¹⁸ Las escuelas de práctica jurídica deberán de ser creadas por los colegios de abogados y por los colegios de procuradores, así como estar homologadas por el Consejo General de la Abogacía y por el Consejo General de Procuradores de España, respectivamente, con arreglo a criterios públicos, objetivos y no discriminatorios (art. 4.1.b) RD 64/2023).

reservadas al Estado, incumpléndose las reglas de reparto competencial en el sistema autonómico según lo defendido por el Voto particular comentado.

V. BIBLIOGRAFÍA FINAL

MONEREO PÉREZ, J.L.: “FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, N.º 35, 2023, pp. 307-349.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.N. y VILA TIerno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2022.

RUIZ ROBLEDO, A.: *Compendio de Derecho constitucional español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.

ZAMBONINO PULITO, M.: “Competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 23, 2010.

Principio de Irretroactividad de Normas Restrictivas de Derechos y Distribución de Competencias. (STC 196/2014, 4 de Diciembre de 2014)

SHEILA LÓPEZ VICO

Personal Investigador Predoctoral en Formación (FPU)¹

Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Seminario José Vida Soria.

Universidad de Granada.

Coordinadora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, *Laborum*.

Colaboradora en la Gestión de las actividades de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

 <https://orcid.org/0000-0002-2608-3436>

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: BREVE REFERENCIA AL MARCO SOCIO-ECONÓMICO Y POLÍTICO EXISTENTE EN EL MOMENTO DE PROMULGACIÓN DE LAS NORMAS CONTROVERTIDAS

La Sentencia objeto de análisis en el presente estudio data del año 2014, no obstante, el conflicto que origina la misma se sitúa en un momento anterior en el tiempo, concretamente en el año 2010. Esta cuestión es relevante, ya que en dicho momento nuestro país se encontraba inmerso en una marcada recesión económica, la denominada como «*gran recesión*», que, inevitablemente, afectó también de manera significativa al empleo.

En aras de paliar los efectos de la citada crisis se adoptaron en nuestro país, tanto en el ámbito privado como en el público, una serie de medidas y de reformas flexibilizadoras que dieron lugar a un aumento significativo de los índices de temporalidad y precariedad laboral². Es más, la citada crisis originó un fenómeno hasta entonces desconocido en nuestro país, y es que dada la deficiente gestión de las Administraciones Públicas y la manifiesta repercusión que la crisis tuvo en sus ingresos, las mismas se vieron abocadas a acudir a los mecanismos de reestructuración³ para poder resolver sus problemas económicos⁴. En particular, las medidas adoptadas siguieron principalmente dos líneas de actuación un tanto contradictorias, y es que, mientras que por un lado se implementaron medidas de carácter programático destinadas al desarrollo e implementación del modelo de empleo público plasmado en aquel momento en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante EBEP⁵—, pueden encontrarse también una serie de medidas destinadas a paliar

¹ Ayudas para contratos predoctorales de Formación de Profesorado Universitario 2020, financiadas por el Ministerio de Universidades (FPU 2020, concesión definitiva por Orden de 6 de noviembre de 2021).

² Una análisis sobre cómo se han extendido los efectos de dichas reformas a nuestro marco económico-social actual puede encontrarse en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, núm. 2, 2022, p. 15.

³ Ello, como ha afirmado la doctrina, ha dado lugar a “una laboralización de las reestructuraciones del sector público”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 22, 2019, p. 53

⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN, J.: “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, en *Revista de derecho social*, núm. 49, 2010, pp. 17 y ss. Asimismo, para ver como ha evolucionado esta cuestión y su reflejo en la última reforma laboral véase LÓPEZ VICO, S.: “El despido colectivo en el sector público”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir.), Granada, Comares, 2022.

⁵ Posteriormente derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

la crisis económica y consistentes en la implementación de medidas de austeridad financiera, recortes salariales, etc⁶.

Pues bien, precisamente en torno a estas últimas surge el conflicto reflejado en la Sentencia 196/2014, 4 de Diciembre de 2014, y en particular, en torno a la adaptación y aplicación por parte de la Comunidad Autónoma —en adelante CC.AA— de Canarias de la normativa estatal plasmada en el Real Decreto-ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público —en adelante RD 8/2010—. Esta norma, como reza su exposición de motivos, perseguía continuar la senda ya marcada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado del año 2010, mediante la adopción de una serie de medidas cuyo fin principal consistía en “*distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas.*” En aras de conseguir el citado objetivo se llevó a cabo por medio de esta norma una reducción de la retribución de los trabajadores públicos en un 5 por ciento, justificándose la idoneidad y proporcionalidad de dicha medida en el importante porcentaje del gasto público que implicaba la citada partida⁷.

Pues bien, como hemos indicado el problema que surgió en la aplicación de esta norma, y que fue fruto de numerosos pronunciamientos desde su promulgación en nuestro país, encontraba su fuente de conflictividad principal⁸ en la transposición del citado mandato estatal al marco normativo de cada una de las CC.AA. En primer término, resultó conflictivo determinar el momento de aplicación de la citada reducción, estableciéndose en muchas normativas comunitarias la vigencia de dicha reducción desde el día 1 de junio de 2010 —siguiendo con ello lo recogido en la normativa estatal— pero, fijándose ello en normas promulgadas en fechas posteriores. Como consecuencia de ello, se alegó la vulneración en este punto del principio constitucionalmente recogido en el art. 9.3 de la Constitución Española —en adelante CE— de la irretroactividad de normas restrictivas de derechos. La otra fuente de conflictividad se encontró en la extensión —de manera directa y generalizada— de dicha medida de reducción salarial por parte de la normativa comunitaria también a colectivos que, en principio, y salvo que se pactase lo contrario por medio de la negociación colectiva, se encontraban excluidos de su ámbito de aplicación.

Pues bien, dada la amplia repercusión que, tal y como hemos señalado, tuvo la citada medida de contención del gasto público en nuestro país, no resulta baladí recordar el pronunciamiento contenido en la STS 196/2014, 4 de Diciembre de 2014 la cual, si bien adoptó la postura jurisprudencial predominante en aquella época, presenta una especial relevancia al incorporar mediante su voto particular un análisis crítico y, en nuestra opinión, sumamente acertado, sobre la capacidad de la Sala

⁶ Al respecto véase DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “El empleo público en tiempos de crisis: comentario a las últimas disposiciones normativas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011. [Recurso de acceso digital]. Asimismo FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Ordenación de las políticas salariales” en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs y Coords.), Granada, Comares, 2015, pp. 452-453.

⁷ Como ha señalado la doctrina los trabajadores que en mayor medida se vieron afectados por dichas medidas de ajuste salarial fueron aquellos mejor remunerados y aquellos pertenecientes al sector público. Al respecto véase FERNÁNDEZ KRANZ, D.: “Ajuste salarial en España durante la crisis económica”, en *Cuadernos de Información económica*, núm. 240, 2014, p. 47 y 56.

⁸ Asimismo, fue también cuestionada por la doctrina la capacidad que realmente poseía el Gobierno para, mediante Real Decreto, llevar a cabo dicha reducción. Al respecto véase BAYLOS GRAU, A.: “Sobre la reducción salarial de los empleados públicos”, en *Informes de la Fundación 1º de Mayo*, núm.19, 2010, p. 2, el cual sostuvo que la citada reducción “*se trata de un acto que incurre en una «vía de hecho» en su origen por su carácter plenamente arbitrario y discrecional. Vulnera por consiguiente el deber de los poderes públicos de sujeción al ordenamiento jurídico. La utilización de un Decreto-ley y la alegación de la «urgencia» están por consiguiente viciadas por esa apreciación básica: no puede una norma de excepción validar la vulneración de la legalidad vigente y de los procedimientos legalmente establecidos para la determinación de las condiciones de trabajo y de empleo de los empleados públicos.*”

para apartarse de la cuestión de constitucionalidad en torno al cual se articula el supuesto y resolver, en consecuencia, otra distinta.

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA 196/2014, 4 DE DICIEMBRE DE 2014

1. Antecedentes de hecho

La sentencia objeto de análisis plantea un recurso de inconstitucionalidad del art. 41. 1 de la Ley 11/2010, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2011 —en adelante y para abreviar Ley 11/2010—, al sostenerse que el mismo vulnera el principio de irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos recogido en el art. 9.3 CE por establecer una reducción salarial cuyos efectos se extienden no a las siguientes mensualidades desde la promulgación de la norma, sino a todas aquellas ya devengadas desde junio del año 2010.

Pues bien, antes de entrar a analizar los fundamentos de derechos sobre la base de los cuales articula la Sala su pronunciamiento, cabe realizar un breve recorrido por los antecedentes procesales que le preceden.

El conflicto colectivo se planteó ante el Tribunal Superior de Justicia —en adelante TSJ— de Canarias en agosto del año 2011 por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones obreras —en adelante CC.OO—, contra el Instituto Tecnológico de Canarias y la Conserjería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías, solicitándose que se declarase la nulidad de las reducciones retributivas citadas, y consistentes específicamente en una rebaja del 5 por ciento de los conceptos retributivos a percibir por los empleados públicos de dicho ente y en la supresión de las prestaciones no salariales. En este sentido sostenía el sindicato que dicha reducción salarial constituía, en los términos realizados, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo realizada al margen del procedimiento establecido en el art. 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —en adelante LET—, vulnerándose con ello además el derecho a la negociación colectiva ex art. 37 CE.

Las disposiciones en torno a las que se le pidió a las partes que alegasen lo que estimasen oportuno en providencia fueron, por un lado, el apartado segundo del art. único de la Ley 7/2010, de 15 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2009, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010 —en adelante Ley 7/2010— que venía a disponer que *“las retribuciones del personal laboral sujeto a convenio colectivo de los entes a que se refiere el artículo 1, apartados 4 y 6 de la Ley 13/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2010, experimentarán una reducción del 5 por ciento en la cuantía de cada uno de sus conceptos retributivos siempre que así se acuerde en negociación colectiva,”* en relación a lo dispuesto en el art. 149.1.13; 149.18 y 156.1 CE. Y, por otro lado, el art.41.1 de la Ley 11/2010, el cual recogía que *“a las retribuciones del personal de los entes del sector público autonómico con presupuesto estimativo que a fecha de 1 de marzo de 2011 no hubieran experimentado la reducción prevista en el artículo único de la Ley 7/2010..., se les aplicará, con efectos 1 de junio de 2010 y sin afectar a la paga extra de dicho mes, una reducción del cinco por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación”*, en conformidad al art. 9.3 CE.

Por escrito de 9 de febrero de 2012 se planteó por CC.OO un cuestión relevante, y es que mediante el mismo se sostuvo que, el citado Instituto Tecnológico de Canarias no quedaba obligado a realizar la citada reducción salarial exigida legalmente al quedar el mismo enmarcado en la excepción recogida en virtud de la disposición adicional —en adelante DA— novena del RD 8/2010. Dicha norma disponía que *“lo dispuesto en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos*

Generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el presente Real Decreto-Ley en lo relativo a la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado uno g) del artículo 22 de la citada Ley ni al personal laboral no directivo de las Entidades Públicas Empresariales RENFE, ADIF y AENA, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación.” Esto es, a las sociedades mercantiles “públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación⁹.”

En relación a dicho importante argumento, se entra a discernir por la Sala la naturaleza del Instituto Tecnológico de Canarias, concluyéndose por medio de la certificación realizada por la Dirección General de Planificación y Presupuestos que dicho órgano constituía efectivamente una sociedad mercantil, habiendo quedado además probado que esta había recibido aportaciones destinadas a cubrir déficits de explotación en los años 2010 y 2011.

Ante esta situación, se elevó el día 20 de diciembre del año 2012 una cuestión de inconstitucionalidad pero únicamente del art. 41.1 de la Ley 11/2010 en relación al art. 9.3 CE¹⁰, sosteniendo la Sala que el núcleo conflictivo se encontraba precisamente en la retroactividad planteada por medio de la norma, que daba lugar a la afectación de derechos ya adquiridos por los trabajadores afectados por la misma y, en concreto, a salarios ya percibidos por dichos trabajadores públicos. Sobre la base de dicho planteamiento la cuestión de inconstitucionalidad fue admitida a trámite en febrero de 2013.

2. Fundamentos jurídicos

Tras escuchar las alegaciones de las partes, entra el Tribunal a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada que, recordemos, se centra en determinar la inconstitucional del art. 41.1 de la Ley 11/2010 por la posible vulneración del principio de irretroactividad de normas no favorables o restrictivas de derechos plasmado en el art. 9.3 CE.

A favor de la declaración de la inconstitucionalidad del citado precepto se posicionan tanto el Fiscal General del Estado como CC.OO. Por el contrario, solicitan su desestimación el Gobierno de Canarias, el Parlamento de Canarias y el Instituto Tecnológico de Canarias.

Aclarada las posiciones de las distintas partes, procede entrar a examinar con mayor detenimiento los fundamentos sobre los que construye la sala su pronunciamiento.

En primer término, se pronuncia el Tribunal sobre el acotamiento que durante el proceso de alegaciones se realizó de las disposiciones respecto a las cuales se aducía la inconstitucionalidad, recordando el mismo que “*el trámite de audiencia tiene como finalidad, entre otras, la de servir al órgano judicial para una mejor delimitación de la cuestión, ayudando, en consecuencia, a perfilar o modular su duda de constitucionalidad*”. Planteamiento que no resulta baladí subrayar en aras de comprender el posterior voto particular incorporado en la presente sentencia.

En segundo lugar, se entra a discernir la posible concurrencia del defecto procesal subrayado por el Instituto Tecnológico de Canarias en sus alegaciones, el cual sostiene que el TSJ de Canarias recogió en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad argumentos que no fueron solicitados por la parte actora en el momento procesal oportuno, aludiéndose en este punto en particular a la cuestión referente a la vulneración del principio de irretroactividad. No obstante,

⁹ *Vid.* Artículo 22. Uno g) de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

¹⁰ Ello se debe a que la cuestión de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo único de la Ley 11/2020 ya había sido en las fechas en las que se enmarca el presente conflicto planteada por el TSJ de Canarias en el marco de otro conflicto, habiéndose inadmitido la misma.

tampoco prospera este fundamento al entender el tribunal que *“no se exige invocar previamente en el proceso la posible inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso, sino que es el Juez o Tribunal, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, el que puede plantear la cuestión si considera que la norma aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución.”*

Por último, se pronuncia la sala sobre la incongruencia en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad aducida por CC.OO., como consecuencia de la omisión de la causa de inconstitucionalidad basada en la infracción por parte de la norma autonómica de la normativa básica estatal, al contradecirla esta, sin título habilitante para ello. Sin embargo, tampoco esta es admitida por el tribunal al sostener el mismo que dicha diferencia entre los que se aduce en el trámite de audiencia y el auto final no es tampoco motivo en torno al cual inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, entendiendo que dichas alegaciones sirven al juez únicamente de cara a la delimitación de la cuestión y de su objeto, retomando en este punto asimismo la doctrina del Tribunal Constitucional —en adelante TC— recogida en la STC 67/1985 de 24 de mayo, en virtud de la cual las partes *“pueden poner de manifiesto que la posible contradicción se da no sólo en relación con el precepto o preceptos constitucionales mencionados en la providencia, sino también en relación a otros ... lo que puede dar lugar a que el órgano judicial al adoptar su decisión definitiva pueda delimitar la cuestión teniendo en cuenta las alegaciones formuladas”*.

Sobre la base de dicho razonamiento, entiende el tribunal que, aunque la norma de contraste planteada en dicho caso es el art. 9.3 CE, ello no obsta a que el mismo pueda fundamentar su juicio de constitucionalidad *“en cualquier otro precepto de la Constitución”*, basando dicho razonamiento la sala en el art. 39.2 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. —en adelante LOTC— y en el principio *«iura novit curia»*. Por todo ello, la norma cuya constitucionalidad se cuestiona por medio del presente pronunciamiento es el art. 41.1 de la Ley 11/2010.

Como se ha señalado anteriormente, dicha norma es el reflejo de las medidas de reducción del gasto público que, en el marco de la crisis económica que venía sufriendo España desde el año 2008, se implementaron en nuestro país, entre otras normas, por medio del RD 8/2010. Este Real Decreto, como vimos en el apartado anterior, vino a recoger una reducción salarial del 5 por ciento en el marco del empleo público a excepción del personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas que percibieran aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos, salvo que por negociación colectiva las partes acordasen expresamente la aplicación de la referida reducción salarial también ha dicho colectivo.

Para adaptar la normativa comunitaria a aquella estatal, se promulgó en Canarias la citada Ley 7/2010, que dio cumplimiento a dicho mandato reduciendo las retribuciones del personal del sector público de la CC.AA. de Canarias en los porcentajes indicados a excepción de las exclusiones legalmente citadas.

Sin embargo, meses más tarde, con la aprobación de la Ley 11/2010 se vino a recoger una reducción salarial de aquellos empleados públicos que no hubieran experimentado la citada reducción, esto es, tanto del personal laboral de las sociedades mercantiles públicas —como es el caso del Instituto Tecnológico de Canarias— como de las fundaciones públicas, que como hemos señalado habían quedado en principios excluidas del ámbito de aplicación de dicha norma por venir expresamente recogidas entre las exclusiones legalmente previstas y no haber llegado a un acuerdo en el marco de la negociación colectiva. Además, dicho ajuste se aplicó, como hemos ya indicado, no desde el día 1 de enero de 2011, en el que se encontraba prevista la entrada en vigor de la norma, sino desde el día 1 de junio de 2010. Es por ello que, el TSJ de Canarias sostiene la inconstitucionalidad de dicha norma, al considerar que infringe el principio de irretroactividad de las normas no favorables o restrictivas de derechos individuales por incidir —desfavorablemente— en situaciones ya *“perfeccionadas y patrimonializadas”*, esto es, en derechos adquiridos.

Pese a lo cual, no entra la Sala a dilucidar esta cuestión¹¹, sino que su análisis de constitucionalidad del art. 41.1 de la Ley 11/2010 se circunscribe, en exclusiva a determinar la competencia del legislador autonómico para regular la aplicación de dicha reducción salarial a las sociedades mercantiles públicas sobre la base del art. 39.2 LOTC¹², ya que entiende la sala que de concurrir dicha falta de competencias cabría declarar la inconstitucionalidad del precepto haciendo, de este modo, “*innecesario*” analizar la vulneración del principio de irretroactividad de normas restrictivas de derechos del art. 9.3 CE¹³, sosteniendo asimismo que los términos utilizados por los órganos judiciales para plantear sus dudas de constitucionalidad, aun cuando sirven para delimitar el objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad, no implica que la facultad recogida en el art. 39.2 LOTC no “*deba*” ser ejercitada por la Sala cuando “*con cierto grado de certeza inicial, sea apreciable que la norma cuestionada puede incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de precepto constitucional distinto del invocado por el órgano judicial cuestionante*”¹⁴.

Sobre la base de dicha reflexión, sostiene la Sala que el art. 41.1 de la Ley 11/2010, en los términos en los que se encuentra planteado, resulta contrario a una norma de rango superior, y en particular al RD 8/2010, al ser la DA novena del mismo “*taxativa*” en cuanto a la exclusión del personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles públicas de la citada reducción salarial, salvo cuando así se acordase por medio de la negociación colectiva.

3. Fallo y votos particulares

Sobre la base del razonamiento recogido en el apartado anterior falla el Tribunal Constitucional estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Canarias, declarando con ello la inconstitucional y nulidad del art. 41.1 de la Ley 11/2010.

No obstante, una de las cuestiones más interesantes de la presente sentencia se encuentra en su voto particular. El mismo, lo formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez y se adhieren los Magistrados don Andrés Ollero Tassara y don Fernando Valdés Dal-Ré¹⁵.

Dicho magistrado recoge por medio del citado voto, su discrepancia no tanto con el fallo de la presente Sentencia, sino con la argumentación¹⁶ que ha dado lugar al mismo, al entender este que la misma realiza “*un entendimiento excesivamente amplio de la facultad prevista en el art. 39.2 LOTC*”.

En particular, recoge el magistrado que ello se esgrime, por un lado, de la afirmación contenida en el FJ 5, en virtud del cual “*el examen competencial de la cuestión es un prius sobre la eventual inconstitucionalidad derivada del carácter retroactivo de la disposición cuestionada que*

¹¹ Como sucede en términos similares también en otras sentencias aprobadas en dicho momento. Al respecto véase BORRAJO DACRUZ, E.: “Glosa Judicial. Competencia estatal v/ autonómica en materia de reajustes salariales en el sector público. Análisis de la STC 219/2013, de 19 de diciembre (BOE, 17 enero 2014)”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014. [recurso de acceso digital]

¹² Y así se recoge expresamente en la ponencia objeto de análisis.

¹³ Reforzando además la Sala dicho planteamiento sobre la base de otras sentencias existentes en dicha materia como son la ya citada STC 219/2013 y la STC 5/2014.

¹⁴ *Vid.* STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 2.

¹⁵ Magistrado cuyo compromiso, rigor y conocimiento crítico de nuestra disciplina quedo especialmente reflejado en los votos particulares emitidos por el mismo, en muchos de los cuales superó técnicamente a la interpretación mayoritaria reflejada en la Sentencia adoptada por mayoría. Al respecto véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fernando Valdés Dal-Ré (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 35, 2023, p. 309.

¹⁶ Sobre el significado y la relevancia de la noción de «argumentación» en el marco de la interpretación operada por el Tribunal Constitucional véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades”, en *Grand place: pensamiento y cultura*, núm. 10, 2018, pp. 123 y ss. Al respecto sostiene el autor que “*cuanto mayor sea la corrección de su argumentación jurídica, menor solvencia tendrán las críticas de falta de legitimidad democrática; y, a la inversa, cuanto más frágiles e inadecuados sean los argumentos jurídicos prestados para sustanciar los conflictos, mayor verosimilitud podrán asumir esas críticas*”, *Ibidem*, p. 128.

haría innecesario su análisis.” Al respecto, considera que en este caso no nos encontramos ante un problema de competencia del legislador autonómico, sino en la forma en la que el mismo ha ejercido la misma. Como consecuencia de ello, sostiene Luis Ignacio Ortega Álvarez que no es posible aceptar el argumento sostenido por la sala en virtud del cual el análisis competencial debe de preceder al examen de la duda sustantiva planteada por el TSJ de Canarias.

Y por otro lado, de la aplicación extensiva de la doctrina contenida en la STC 113/1989 anteriormente citada, y en virtud de la cual se sostiene que, aun cuando los términos utilizados por los órganos judiciales para plantear sus dudas de constitucionalidad sirven para delimitar el objeto de las cuestiones de inconstitucionalidad, ello no implica que la facultad recogida en el art. 39.2 LOTC no deba ser ejercitada por esta Sala cuando *“con cierto grado de certeza inicial, sea apreciable que la norma cuestionada puede incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de precepto constitucional distinto del invocado por el órgano judicial cuestionante”*. En este punto, recuerda el Magistrado que, la citada sentencia, si bien es cierto que hizo uso de la potestad recogida en el art. 39.2 LOTC lo hizo de manera complementaria, esto es, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que en el citado supuesto se le planteaba, para posteriormente por medio de la aplicación de dicha norma declarar que el precepto objeto de controversia vulneraba también otros derechos constitucionales. Como consecuencia de ello, la diferencia principal entre el supuesto de hecho recogido por medio de la STC 113/1989 y la que ahora es objeto de análisis es que en la primera de estas no quedo sin resolver la cuestión de inconstitucionalidad inicialmente plantada por el órgano jurisdiccional que remite la cuestión.

Por todo ello, considera el magistrado que no es aplicable el art. 39.2 LOTC con la automaticidad que se presenta en la sentencia objeto de análisis y que en definitiva, da lugar a una *“modificando el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad”*.

Ello no implica, como podría pensarse, que se excluya por parte de dicho magistrado toda posibilidad de aplicar el citado precepto, sino que lo que el mismo propone es un uso más cuidadoso del mismo. Así, considera que se debería haber comenzado determinando el objeto de la cuestión en los términos en los que lo había planteado el TSJ de Canarias, esto es, determinando la constitucionalidad de la reducción salarial que media desde el 1 de junio de 2010 al 1 de enero 2011 para el personal de las sociedades mercantiles autonómicas, para, posteriormente entrar a discernir mediante la aplicación del art 39.2 LOTC la posible inconstitucionalidad derivada de la vulneración de competencias.

Solo ello, entiende el Magistrado, permitiría superar *“el riesgo de distorsionar el sentido último de la cuestión de inconstitucionalidad, que no es sino un delicado instrumento procesal que permite la colaboración entre órganos judiciales y jurisdicción constitucional para realizar el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a aquélla, sentido que la argumentación de la Sentencia tiende a diluir.”*

III. CONCLUSIONES

Las distintas crisis que se han sucedido en las últimas décadas han puesto de manifiesto los graves problemas de carácter estructural que existen en nuestro sistema laboral. Nuestro mercado de trabajo ha seguido una tendencia errática en lo que a la creación y mantenimiento del empleo se refiere, habiéndose creado un importante número de puestos de trabajo durante las épocas de bonanza económica que posteriormente han sido, en su mayoría, destruidos durante los periodos de crisis económica.

Pues bien, también en el ámbito público, tal y como se ha visto a lo largo del presente estudio, se implementaron medidas en los periodos de crisis económica dirigidas a paliar los déficit presupuestarios que, durante los mismos, tornaron insostenibles.

En el año 2010, en plena crisis económica, una de dichas medidas consistió en la reducción en un 5 por ciento de los salarios de los empleados del sector público, habiendo sido esta cuestión objeto tanto de una elevada controversia social como judicial, habiendo sido numerosas las sentencias que se han pronunciado en torno a esta cuestión.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 196/2014, 4 de diciembre de 2014, en la cual, como hemos visto, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad por la posible vulneración del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos contenida en el art. 9.3 CE, al implicar la aplicación de la ley objeto de controversia la reducción de los salarios ya percibidos por los trabajadores públicos del Instituto Tecnológico de Canarias, afectando, en consecuencia, a derechos ya adquiridos por los mismos.

Pese a la relevancia que ello presenta, no entra la Sala a resolver la cuestión en dichos términos planteada, sino que por el contrario, y en aplicación del art. 39.2 LOTC, entra en primer y único lugar a determinar si el legislador canario contaba con la competencia para ello.

En dicho análisis, falla el tribunal que la norma objeto de controversia y de carácter autonómico, resulta contraria a una norma estatal y, por tanto, de rango superior, al incluir entre los sujetos afectados por la reducción salarial del 5 por ciento a un colectivo de trabajadores que taxativamente había sido excluido del ámbito de aplicación del mismo, salvo cuando así se acordase por medio de la negociación colectiva, no concurriendo este último extremo.

Este fallo, si bien no carece de relevancia, no entra sin embargo a resolver la cuestión de inconstitucionalidad inicialmente planteada por el TSJ de Canarias. Y es en este punto en el que, por medio del voto particular, se lleva a cabo un análisis crítico y totalmente acertado, que es precisamente lo que dota de una marcada relevancia jurisprudencial y doctrinal al presente supuesto.

Dicho voto particular, formulado por el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez y al que se adhieren los Magistrados don Andrés Ollero Tassara y don Fernando Valdés Dal-Ré, viene a sostener que, la aplicación del art. 39.2 LOTC que en el marco del presente supuesto ha llevado a cabo la sala resulta excesivo al suponer, no la resolución de otro posible supuesto de inconstitucional adicional al inicialmente planteado por el TSJ, sino que en realidad lo que se está operando es una modificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, dejando finalmente sin resolver la duda inicialmente planteada y resolviendo un extremo que, pese a ser relevante y también veraz, no deja de ser un supuesto distinto al que dio lugar al origen de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

La Sentencia objeto de análisis constituye solo un ínfimo ejemplo de la importante labor llevada a cabo por don Fernando Valdés Dal-Ré a lo largo de su trayectoria profesional, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial, al haber mantenido el mismo un indudable compromiso por la protección jurídico social de los trabajadores, en términos amplios. Compromiso que, como ha podido apreciarse a lo largo del presente estudio, se reflejó en las sucesivas sentencias, votos particulares y estudios jurisprudenciales realizados por el mismo a lo largo de su vida.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLOS GRAU, A.: “Sobre la reducción salarial de los empleados públicos”, en *Informes de la Fundación 1º de Mayo*, núm.19, 2010.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “Glosa Judicial. Competencia estatal v/ autonómica en materia de reajustes salariales en el sector público. Análisis de la STC 219/2013, de 19 de diciembre (BOE, 17 enero 2014)”, en *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, en *Revista de derecho social*, núm. 49, 2010.

- DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “El empleo público en tiempos de crisis: comentario a las últimas disposiciones normativas”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Ordenación de las políticas salariales” en VV.AA.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Comares, 2015.
- FERNÁNDEZ KRANZ, D.: “Ajuste salarial en España durante la crisis económica”, en *Cuadernos de Información económica*, núm. 240, 2014.
- LÓPEZ VICO, S.: “El despido colectivo en el sector público”, en VV.AA.: *Viabilidad de las empresas, mantenimiento del empleo y medidas de flexibilidad externa en la reestructuración empresarial*, ORTEGA LOZANO, P.G. y GUINDO MORALES, S. (Dir.), Granada, Comares, 2022.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Fernando Valdés Dal-Ré (1945-2023): La gran aportación de un jurista crítico al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 35, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo Laborum*, núm. 2, 2022.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades”, en *Grand place: pensamiento y cultura*, núm. 10, 2018.

La delimitación de competencias entre la norma estatal y la autonómica en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud

LAURENTINO JAVIER DUEÑAS HERRERO
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid
 <https://orcid.org/0000-0002-3581-6611>

“Lo que me importa poner de manifiesto es el papel ambivalente y, en parte, también contradictorio desempeñado por la jurisprudencia constitucional, cuyos pronunciamientos han servido, a veces, para impulsar concretas reformas normativas y, otras, empero, para dilatarlas o posponerlas a la decisiva valoración política (político-financiera o económica) del legislador ordinario”¹

I. EL DERECHO A LA SALUD Y LAS PRESTACIONES SANITARIAS

Cuando nos enfrentamos a la delimitación de competencias entre la norma estatal (legislación con competencia exclusiva del Estado) y la autonómica (competencia en ejecución), en orden a la regulación de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud, no podemos dejar de pasar por el frontispicio que permite la entrada a la exclusividad del Estado predicada por el art. 149 CE, que no otra cosa es que la garantía constitucional de igualdad que tienen todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE). En mi opinión, cuando de las prestaciones sanitarias se trata, lo cierto es que nos encontramos ante un componente básico del Estado Social cuya preservación resulta necesaria para asegurar los valores constitucionales de justicia e igualdad sustancial y que, al igual que el derecho que los ciudadanos ostentan en materia de Seguridad Social, el derecho constitucional a la asistencia sanitaria es un derecho de estricta configuración legal, por lo que el legislador dispone de libertad para modularlo en atención a circunstancias económicas y sociales, que son imperativas para su propia viabilidad y eficacia (STC 37/1994, de 10 de febrero, que se remite a la STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)². Lo manifestado no significa que el legislador ordinario tenga un aval constitucional que le permita la regresión legal del principio de universalidad de la asistencia sanitaria³. De cualquier modo, las restricciones que el legislador imponga al derecho constitucional no pueden desconocer el contenido esencial del derecho, siendo las mismas susceptibles de ser sometidas al control del Tribunal Constitucional, 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

¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Principio de igualdad y pensión de viudedad: una relación de conflicto (I)”, *Relaciones Laborales*, tomo II/2011, p. 56.

² Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estado Social y Seguridad Social (y II)”, *Relaciones Laborales*, nº 23, 1994, pp. 5-7.

³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 265.

el derecho se otorga: STC 11/1981, de 8 de abril), sino, además, cuando la medida limitativa no supere otros cánones de constitucionalidad concurrentes⁴.

Si bien, el Tribunal Constitucional en algunos pronunciamientos ha sido bastante conciliador y ha considerado que, por ejemplo, el derecho de los ciudadanos en materia de Seguridad Social, puede decirse lo mismo del derecho a la asistencia sanitaria-salud, es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema (STC 156/2014, de 25 de septiembre, reiterando la doctrina contenida en pronunciamientos anteriores, por ejemplo, en la STC 65/1987, de 21 de mayo)⁵. Y este mismo carácter “elusivo” viene facilitado por la consideración de que el art. 43 CE tan solo consagre “un derecho de configuración legal y que, por tanto, se permita al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo (STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8), calificación que acaba por producir en la praxis jurídica una “des-constitucionalización” jurídico-material del derecho a la salud y en particular a la asistencia sanitaria, el cual queda privado de toda garantía de su contenido esencial o contenido resistente frente a su desarrollo legislativo, de forma que la opción técnico-jurídica se impone sobre la naturaleza y función social del derecho a la protección de la salud de las personas. De este modo, “la lógica social e inclusiva, queda relegada ante la lógica económica”⁶.

II. RECORRIDO POR LA SENTENCIA 211/2014, DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014 (BOE 03/02/2015)

Una posible interpretación de los preceptos constitucionales de contenido social permite construir un modelo de protección integrado por tres dispositivos de cobertura de funciones diversas y complementarias entre sí, el de seguridad social (art. 41 CE, prestaciones de dinero), el de salud (art. 43 CE, prestaciones en especie) y el de asistencia social (ayudas solidarias esparcidas por los preceptos dedicados a los principios rectores de la política social y económica)⁷. Si nos detenemos en el segundo de ellos, el Sistema Nacional de Salud tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias (entre ellas, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario), los servicios de información y documentación sanitaria, y la «prestación farmacéutica» (configurada tanto por los «medicamentos» como por los «productos sanitarios» necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios)⁸.

Al igual que sucediera en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, promovido por el Presidente el Gobierno, que se resuelve en la STC 98/2004, de 25 de mayo, lo que aquí se discute es

⁴ Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, 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. Véase, DUEÑAS HERRERO, L. J.: “El Sistema de Seguridad Social”, en VV.AA.: *Lecturas de Derecho Laboral español e italiano*, VALDÉS DAL-RÉ, F. y PERULLI, A. (Dirs.) y GARCÍA QUIÑONES, J. C. y BRINO, V. (Coords.), , Torino y Valencia, G. Giappichelli Editore y Tirant lo Blanch, 2019, pp. 490-491.

⁵ PANIZO ROBLES, J. A.: “El género sí puede influir en el nivel de las pensiones (a propósito de la STC de 25 de septiembre de 2014: otra vez trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social)”, *Centro de Estudios Financieros. Laboral Social*, octubre, 2014, pp. 7-8.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: “Un revés en la evolución progresiva del workfare state: la regresiva en la tendencia hacia la universalidad del Derecho Constitucional a la asistencia sanitaria. A propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2017, pp. 178 y 185.

⁷ DE LA VILLA FIL, L. E.: “Asistencia social y crisis económica”, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 15, 2014, *Derecho del trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, p. 700.

⁸ STC 98/2004, de 25 de mayo.

el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud y si son constitucionales las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que ha adoptado la Comunidad Autónoma correspondiente en el ejercicio de sus competencias. A lo que debe añadirse, que el debate se suscita dentro del fomento al uso racional de los medicamentos, que debe responder a criterios estrictamente objetivos y terapéuticos y, en el supuesto de igualdad en la eficacia del medicamento, a criterios de economía y racionalización del gasto. En otros términos, se debe resolver si el precepto impugnado es una norma exclusivamente de organización de la gestión y ejecución de la asistencia sanitaria pública. Asimismo, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica, se suscita una cuestión competencial sobre sanidad, productos farmacéuticos y seguridad social, porque el reparto competencial en estas materias exige que la producción normativa sea inminentemente estatal⁹.

Es claro que la legislación básica y el régimen económico sobre los derechos mencionados son competencias exclusivas del Estado, aunque las Comunidades Autónomas pueden asumir la ejecución de sus servicios y tienen competencias en materia de gestión. Por tanto, la ley y las normas reglamentarias de origen estatal son las principales fuentes de ordenación de la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad, la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16.^a CE), así como la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17.^a CE). Dicho de otro modo, si la competencia en materia de legislación sobre productos farmacéuticos le corresponde al Estado y es quien tiene la competencia normativa única y exclusiva, esto es, le corresponde dictar la legislación completa y no sólo las bases, la consecuencia es que las Comunidades Autónomas sólo pueden asumir la competencia ejecutiva. Éstas podrán añadir nuevas prestaciones con cargo a sus presupuestos, pero no podrán excluir ninguna de las previstas en el catálogo general, ya que “la regulación relativa a la dispensación de medicamentos corresponde al Estado, en tanto forma parte del régimen de los productos farmacéuticos”¹⁰.

El pleno del TC, con base en el FJ 5 de la STC 98/2004, de 25 de mayo, cuando analiza en su FJ 3 la titularidad de la materia discutida, esto es, la creación de un catálogo de productos farmacéuticos priorizado con el que se pretende mejorar el procedimiento para la prescripción y dispensación de estos productos, que se encaja por el Abogado del Estado en los títulos competenciales de las reglas 1, 16 y 17 del art. 149.1 CE, ya sea como condición básica del ejercicio de un derecho constitucional (el derecho a la salud), ya lo sea como bases y coordinación general de la sanidad, como legislación sobre productos farmacéuticos, o, en fin, como régimen económico de la Seguridad

⁹ El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, sobre racionalización del gasto en la prestación farmacéutica. Los preceptos recurridos por el Presidente del Gobierno versan sobre distintos aspectos del catálogo priorizado de productos farmacéuticos que dicha Ley crea y de las consecuencias de su correspondiente implantación. En concreto, tales preceptos son el artículo 1 de la Ley que regula el objeto de la norma (establecer medidas de racionalización del uso de medicamentos y productos sanitarios en el ámbito del Servicio gallego de salud mediante la implantación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos que incluya aquello que, dentro del catálogo estatal —conocido como nomenclátor— tengan menor precio); el artículo 2 que regula su ámbito (comprende la prescripción y dispensación en receta oficial de los productos incluidos en el catálogo, así como su financiación con fondos de la Comunidad Autónoma); el artículo 3 que regula el catálogo de productos farmacéuticos de la Comunidad Autónoma de Galicia; el artículo 4 que regula el procedimiento de modificación del catálogo; la disposición adicional primera relativa a los acuerdos con los colegios oficiales de farmacéuticos de Galicia; y la disposición adicional segunda sobre reinversión en la mejora del sistema sanitario público.

¹⁰ Así lo manifiesta el Abogado del Estado cuando analiza la competencia estatal regulada en el art. 149.1.16 CE, centrándose en las competencias sobre “bases y coordinación general de la sanidad” y la de “legislación sobre productos farmacéuticos”, por lo que trae a este lugar la doctrina sentada por la STC 152/2003, de 17 de julio, en cuanto a la delimitación entre los títulos competenciales «productos farmacéuticos» y «ordenación farmacéutica o de establecimientos farmacéuticos».

Social, rechaza la posibilidad de incardinar la controversia planteada en el título competencial de legislación sobre productos farmacéuticos, también rehúsa encuadrarla dentro del título relativo al régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), en tanto que los preceptos impugnados afectan a la prescripción y dispensación de medicamentos, es decir, al contenido de una de las prestaciones (los medicamentos) proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud, y aplica el control de la constitucionalidad al marco conceptual y competencial específico de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y no al de la Seguridad Social (art. 149.1.17 CE), pues la materia o preceptos impugnados cuestionada no se circunscriben a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, al contenido de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. En definitiva, concluye que “el ámbito material más estrechamente relacionado con la controversia constitucional es la sanidad”.

Su encaje en la materia “sanidad” podrá determinar unas mayores facultades para las Administraciones territoriales; de encontrar cobijo, en cambio, en el título de “Seguridad Social”, sus atribuciones deberían quedar limitadas meramente a una función de complemento y a la ejecución de servicios¹¹. Si bien, procede recordar que históricamente la ordenación de la actividad sanitaria del Estado —que garantiza a los ciudadanos un derecho a la protección de la salud— se ha hecho sobre la base del derecho de la Seguridad Social porque el Sistema Nacional de Salud regulado en la primera Ley General de Sanidad no fue otra cosa que un fruto del desarrollo del sistema de Seguridad Social¹². De todas formas, hay que apuntar que el tratamiento constitucional en la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas de ambos conceptos no es tan discutible como parece¹³. Si se defiende que el Sistema Nacional de Salud forma parte de lo que se viene entendiendo por Seguridad Social, la adaptación a la organización territorial del Estado debe disciplinarse según lo establecido en el art. 149.1.17^a CE, reservándose por tanto el Estado la legislación básica en esta materia. Si se parte del art. 149.1.16^a, el Estado tiene reservada la competencia para la fijación de las “bases de la sanidad”, ya que a partir de las SSTC 1/1982, de 28 de enero, y 44//1982, de 8 de julio, las expresiones “bases” y “legislación básica” han de entenderse de modo equivalente, ya que lo que pretenden es establecer un marco global de “regulación uniforme” sobre la materia que afecta al interés general. Estamos por tanto ante un supuesto de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el desarrollo de las bases o legislación básica de la sanidad y de la Seguridad Social¹⁴.

Entonces, la cuestión a resolver es si las Comunidades Autónomas —en orden a adoptar las medidas que les permitan racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos— están legitimadas para la creación de un catálogo priorizado de medicamentos y productos sanitarios o esto supone una directa vulneración de la normativa estatal con quiebra de la cohesión del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, si deben no solo respetar un mínimo de los productos incluidos por el Estado, excluyendo el resto, sino asumir la totalidad del nomenclátor aprobado por el Estado, sin que ello impida mejorar lo regulado por el Estado. Esto significaría que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de competencia para llevar a cabo la financiación selectiva del nomenclátor oficial mediante la implantación de un catálogo priorizado de medicamentos. Por lo tanto, el enjuiciamiento del Tribunal Constitucional se centra en determinar si algunos preceptos de una determinada ley

¹¹ En conclusión, en esta materia las atribuciones centrales quedan limitadas a la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE), QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 74.

¹² APARICIO TOVAR, J.: “Capítulo VIII. Asistencia Sanitaria”, en *Seguridad Social Práctica*, BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J. (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 600.

¹³ Véase, APARICIO TOVAR, J.: “Desplazamientos para la asistencia sanitaria especializada en la Seguridad Social. Sobre el conflicto positivo de competencia y la inactividad en el traspaso de los servicios a la Comunidad Autónoma”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 50, 1991, pp. 635-636.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.^a N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 1563 y 1564.

autonómica son inconstitucionales porque en su desarrollo de la normativa estatal van más allá de los límites competenciales que la Comunidad Autónoma tiene en la materia y realmente regulan sobre una materia que es de competencia exclusiva del Estado. Así defendido, esto último es lo que sucede para el Abogado del Estado, ya que los preceptos recurridos comprometen gravemente la cohesión del Sistema Nacional de Salud.

Sin embargo, en el FJ 4 de la STC 211/2014 se concluye que por lo que al Estado respecta, el art. 149.1.16.^a CE le reconoce competencia exclusiva tanto sobre la «sanidad exterior» como sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, establece en su art. 33.1 que corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. Y en relación con este marco competencial, es preciso recordar, que «corresponden al Estado en materia de sanidad interior las bases, la coordinación general y la alta inspección» (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)¹⁵. Incluso, por lo que se refiere específicamente a la materia sanidad, se indica en el párrafo final de este FJ 4 que el TC señaló en la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7, que, «la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12; y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3)¹⁵.

Lo dicho hasta aquí no impide concluir que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia sirva para mejorar el sistema de prescripción y dispensación de medicamentos, porque esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad de los artículos 2 y 138 CE (FJ 5 de la STC 211/2014).

Tras los análisis previos de delimitación de los límites y extensiones de los títulos competenciales sobre los «productos farmacéuticos» y la «ordenación farmacéutica o de establecimientos farmacéuticos», llega el momento de enjuiciar si realmente la regulación relativa a la dispensación de medicamentos que corresponde al Estado, en tanto forma parte del régimen de los productos farmacéuticos, y es de su exclusiva competencia, en tanto se ejerce por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, mediante la aprobación del nomenclátor oficial de productos farmacéuticos del Sistema Nacional de Salud, impide la creación de otro catálogo priorizado alternativo por parte de la Comunidad Autónoma de Galicia porque afecta al sistema de prescripción y dispensación de medicamentos previsto con carácter general en la Ley 29/2006, de 26 de julio y llega a vulnerar las competencias estatales en materia de sanidad, vulnerando con ello la asunción de competencias en materia de racionalización del gasto farmacéutico que le autoriza el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio (FJ 6 de la STC 211/2014).

En el FJ 6 de la STC 211/2014 se descarta como elemento decisorio el hecho de que la implantación del catálogo priorizado de productos farmacéuticos conlleve una disminución significativa en el gasto farmacéutico del presupuesto destinado por la Comunidad Autónoma, pues no es un criterio determinante para la decisión, ya que la asunción de competencias estatales por una Comunidad Autónoma no puede basarse en una gestión mejor que la que pudiera llevar a cabo

¹⁵ Y, termina diciéndose en el FJ 4 de la STC 211/2014, que se lo exige cuando en el art. 149.1.16.^a CE le atribuye las bases en materia de 'sanidad', para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos.

el Estado, si esas competencias no le estuvieran efectivamente atribuidas. Si que precisa el TC que en su enjuiciamiento de los preceptos autonómicos impugnados debe pronunciarse tomando como parámetro de control, no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso de inconstitucionalidad, sino la realmente en vigor en el momento de dictar Sentencia.

Y, por último, se afirma que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia no vulnera el art. 149.1.16.^a CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad, en la medida en que dicho catálogo no contraviene el procedimiento de prescripción y dispensación de estos productos contenido en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, por lo que se desestima el recurso de inconstitucionalidad.

III. CONCLUSIÓN: LAS RAZONES DEL VOTO PARTICULAR

Ya se dijo hace tiempo que “afortunadamente la figura del voto particular no se ha convertido en instrumento de un exhibicionismo profesoral fuera de lugar, ni tampoco en expresión de posiciones políticas de partido o rigidamente alineadas”¹⁶. Vamos a partir de este entendimiento y considerar que el voto particular es una manifestación formal de disenso, discrepancia o disconformidad pública, motivada y nominal (suscrita con nombre y apellido) por parte de un Juez o Magistrado que no comparte la “decisión final” adoptada por una determinada mayoría colegiada en sede judicial¹⁷. El “voto no mayoritario” que nos ocupa lo formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 822-2011, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Y en este caso, la discrepancia se ciñe no solo a la fundamentación jurídica de la decisión, pues los dos magistrados consideran que lo realmente preocupante es que en su forma de razonar la STC 211/2014 ignora que se trata de un recurso de inconstitucionalidad de contenido competencial cuyo objeto es la delimitación de competencias respecto a la concreta medida cuestionada; sino que también se rechaza el resultado final de la deliberación, ya que en la STC 211/2014, el pleno concluyó que la creación de un catálogo priorizado de productos farmacéuticos en la Comunidad Autónoma de Galicia no vulneraba el art. 149.1.16 CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad, en la medida en que dicho catálogo no contravenía el procedimiento de prescripción y dispensación de estos productos contenido en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Por lo mencionado, los dos magistrados disienten de la posición mayoritaria del pleno que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra Ley 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Según se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia y de su fallo, no se discute que la competencia normativa en materia de legislación sobre productos farmacéuticos, le debe corresponder al Estado de modo único y exclusivo, esto es, que es el Estado quien debe dictar la legislación completa, no sólo las bases (art. 149.1.16.^a CE) y, en consecuencia, lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir es la competencia ejecutiva. Y no solo esto, sino que se sostiene que ninguna de las partes ha cuestionado que “la regulación de las prestaciones sanitarias se incardina de manera fundamental en lo que son «condiciones básicas de igualdad» en el ejercicio del derecho a la protección de la salud y, por tanto, además de en el número 16, también en el título competencial que prevé el número 1 del art. 149.1 CE, de modo que la regulación del catálogo de prestaciones sanitarias fija el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud de todas las personas (así se recoge en los motivos del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno). Se acepta

¹⁶ CASCAJO CASTRO, J. L.: “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p. 184.

¹⁷ CAMONI RODRIGUEZ, D.: “Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia”, *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, nº 3 (extra), 2023, p. 52.

además, que la exclusión de un medicamento no puede hacerse poniendo en peligro el principio de igualdad y el derecho de todos a obtener medicamentos necesarios para la recuperación de la salud. Se trata de proceder a un uso racional del medicamento, a la vez que es una medida de contención de costes¹⁸. Es claro que la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma debe atemperarse frente a las exigencias del principio de igualdad que exige, de acuerdo con los arts. 14 y 149.1.1 CE, y según se estableció desde la ya antigua STC 32/1983, de 28 de abril, una regulación uniforme en toda la nación que impida que el acceso a las prestaciones de asistencia sanitaria o su contenido puedan ser distintos según el lugar del territorio nacional. Puesto esto en conexión con el art. 149.1.17.^a CE se llega a la conclusión de que lo “no básico”, sobre lo que puede ejercer competencia la Comunidad Autónoma, es todo aquello que no sea en el campo de aplicación del sistema (declaración de sujetos que tienen derecho a la protección sanitaria), ni la acción protectora (esto es, el catálogo de prestaciones)¹⁹.

También se acepta en la Sentencia que el legislador al desarrollar el derecho a la protección de la salud debe tener en consideración los penosos condicionamientos dimanantes de una coyuntura socioeconómica desfavorable y las posibilidades mismas de su financiación, pero sin redundar en quebranto de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, precisamente, de aquellos que más requieren protección y progreso en la calidad de su vida, por exigencia de los valores de igualdad y de justicia que nuestra Constitución consagra²⁰. En esta coyuntura, es oportuno recordar que la gestión financiera de los sistemas públicos de asistencia sanitaria debe orientarse a políticas de “eficiencia económica” al objeto de alcanzar y, en su caso, mantener un equilibrio financiero. Pues bien, en este punto debe constatar que la creciente presión financiera opera con independencia del modelo de organización de asistencia sanitaria en los sistemas nacionales, pero en los más descentralizados, como el español, queda claro que un imperativo importante es consolidar la cohesión para garantizar que el Sistema Nacional de Salud sigue siendo integrador, solidario y equitativo²¹. Aun cuando el desarrollo del sistema ha tendido hacia la igualación competencial entre todas las Comunidades Autónomas (Informe 3/2000. Unidad de mercado y cohesión social, Consejo Económico y Social, págs. 98 y 99), cabe preguntarse si es posible que una determinada, con fundamento en el criterio de residencia en su territorio, puede ofrecer, sin menoscabo de la igualdad constitucionalmente garantizada, un aumento en ese conjunto de beneficios que concede el Sistema Nacional de Salud, especialmente en lo relativo a las prestaciones farmacéuticas. Para alcanzar una conclusión segura, convendrá tener presente cómo, junto al art. 14 CE, el art. 138.2 CE contiene un mandato claro y contundente: “las diferencias entre los Estatutos de las Comunidades Autónomas no podrán implicar en ningún caso privilegios económicos o sociales”²². En todo caso, hay que reconocer que en el Estado Social Autonómico, la descentralización del sistema público sanitario necesitaría mejorar los mecanismos de coordinación y las garantías de equidad. Diversas Sentencias del TC lo ponen de relieve. Es el caso harto significativo de la STC de 6 de mayo de 2014 (Rec. núm. 7208-2012), que declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 41 de la Ley de Cataluña 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos. El TC declaró la inconstitucionalidad del “Euro por receta” en Cataluña y avaló la tasa judicial creada por La Generalitat. El TC señaló que en materia de sanidad, frente a lo que ocurre con otras competencias compartidas entre el Estado y las CC.AA., “el régimen de sostenimiento económicos forma parte de la competencia básica del Estado”. La Ley Orgánica de Financiación de

¹⁸ APARICIO TOVAR, J.: “Capítulo VIII. Asistencia Sanitaria”, en *Seguridad Social Práctica*, cit., p. 618.

¹⁹ APARICIO TOVAR, J.: “El derecho a la protección de la salud. El Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, cit., p. 1.564.

²⁰ Véanse las Consideraciones Previas de la Recomendación remitida a las Cortes Generales y al Gobierno por el Defensor del Pueblo, el 7 de noviembre de 1985, sobre la Ley 26, 1985, de 31 de julio.

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La garantía del derecho a la salud y la asistencia sanitaria en la normativa internacional general y comunitaria”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, pp. 287-288.

²² QUIRÓS HIDALGO, J. G.: *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*, cit., p. 78.

las CC.AA establece, además, que “el Estado garantizará en todo el territorio español el nivel mínimo de los servicios públicos fundamentales de su competencia”, entre los que se encuentra la sanidad²³.

Como también se manifiesta en el FJ 1 de la STC 211/2014, gran parte de la discusión jurídica radica en que “a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, «que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE)» (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5). Y es cierto que los preceptos impugnados no se circunscriben a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, al contenido de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. El debate en palabras de la STC 211/2014 debe centrarse en el examen de las reglas 16 y 17 del art. 149.1 CE, que atribuyen al Estado la competencia respecto de la “legislación sobre productos farmacéuticos” y la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social,” respectivamente, pero con el matiz de que la regla 16 del art. 149.1 CE se refiere tanto a la “legislación sobre productos farmacéuticos” como a las “bases y coordinación general de la sanidad”, siendo este último, como se verá, el título rector en que procede incardinar la controversia planteada (STC 98/2004).

Entonces, ¿cuál es el objetivo disputado entre el recurso de inconstitucionalidad y la posición mayoritaria de la sentencia? / ¿Realmente la STC 211/2014 pretende hacer una interpretación conforme encubierta de la norma gallega? / En suma, ¿la sentencia propone una interpretación reductora del ámbito del catálogo, en un intento de ajustarlo a la base estatal del art. 85 de la Ley 29/2006, sin tener en cuenta los criterios formulados por el legislador estatal? En la respuesta a estas preguntas en donde reside y es donde subsiste el problema competencial original para el Voto Particular, esto es, si la Comunidad Autónoma puede establecer ese catálogo que, en la práctica, reduce o puede reducir el ámbito objetivo de la prestación farmacéutica o, lo que es lo mismo, los medicamentos a que dicha prestación se refiere en cuanto susceptibles de prescripción y dispensación.

En primer lugar, se subraya en el Voto Particular, que lo que había de dilucidarse es si la norma autonómica afecta de forma contraria al orden competencial a una de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, la farmacéutica; a lo que cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia (STC 136/2012, de 19 de junio, FJ 5, a la que se remite la posterior STC 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7 a)). Tal y como recoge la STC 211/2014, y expresa el FJ 7 de la STC 98/2004, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo. En segundo lugar, en el Voto Particular se considera que en la norma gallega se cambia la filosofía del sistema estatal, en la que la prescripción por principio activo depende de la patología del paciente, y la sustituye por otro criterio, meramente económico, en el que la prescripción por principio activo depende de la inclusión en el catálogo de dicho principio, siendo obligatoria en ese caso. Finalmente, para el Voto Particular, la ponencia confunde condiciones de prescripción y dispensación con régimen de financiación pública de los medicamentos. Y esto segundo, la financiación pública, es lo que determina su inclusión en la

²³ MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La asistencia sanitaria y su reforma legislativa”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 4, 2015, pág. 21 y ver pág. 11. Por tanto, se argumenta, al ser la financiación de la sanidad una competencia básica del Estado, no cabe “el establecimiento de una tasa como la controvertida que altera, haciéndolo más gravoso para los beneficiarios, el régimen de participación en el coste previsto” por la Ley. De hecho, el “euro por receta” recae directamente en la prestación farmacéutica, haciendo más gravosa para los ciudadanos de Cataluña la adquisición de medicamentos con receta, pues el pago de la tasa es una condición para su dispensación.

prestación del Sistema Nacional de Salud vía nomenclátor, con independencia de que el medicamento sea o no prescrito en cada caso concreto.

Sin embargo, lo más cuestionable de la STC 211/2014, y lo realmente preocupante, es que su forma de razonar ignora que se trata de un recurso de inconstitucionalidad de contenido competencial cuyo objeto es la delimitación de competencias respecto a la norma concreta cuestionada. En opinión del Voto Particular, en la sentencia se confunde el análisis competencial que el recurso demanda con uno de eficacia de las medidas, algo completamente ajeno a la jurisdicción que ejerce el TC en un proceso de este tipo, en el que lo que se dilucida es determinar si quién ha adoptado la medida se ha ajustado al orden constitucional de distribución de competencias o si, por el contrario, ha menoscabado las competencias de otro, en este caso, del Estado (conflicto positivo de competencias). Esta es la razón de decidir, que conduce a la consiguiente decisión del Voto Particular: 1º) La STC 211/2014, partiendo, como hace, del encuadramiento material de la cuestión en el art. 149.1.16.^a CE, en cuanto se trata de la prestación farmacéutica, integrante de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, debería haber dejado sentado que, en los términos de nuestra doctrina, el contenido mínimo de la prestación farmacéutica puede fijarlo el Estado, pudiendo las Comunidades Autónomas mejorar el mínimo estatal, pero, en ningún caso, empeorarlo. 2º) Sentado lo anterior, la norma autonómica, en la medida en que obliga al facultativo a la prescripción de los productos incluidos en el catálogo autonómico, más reducido que el nomenclátor estatal en el que se incluyen todos los medicamentos que gozan de financiación pública, está reduciendo el ámbito objetivo de la prestación, por cuanto en Galicia incluirá menos medicamentos que en el resto del Estado. 3º) De lo dicho se deduce que se ha producido la vulneración de las competencias estatales, lo que debiera haber supuesto la consiguiente estimación del recurso de inconstitucionalidad.

Y no puedo menos que terminar afirmando con mi maestro que “los contenidos de las facultades pertenecientes a cada una de las fracciones de una Constitución no solo se encuentran en una posición de recíproca y potencial incidencia limitativa. Una y otra han de ser aplicadas en un sentido acorde a las cláusulas constitucionales de dimensión transversal... En todo caso y de entre las diversas cláusulas transversales, aquella que, a mi juicio, desempeña una mayor función configuradora del texto constitucional en su conjunto, al tiempo que es la que pide una mayor exigencia de acomodación y ajuste entre los derechos que puedan integrarse en cada una de las dos rúbricas de las constituciones [económica y laboral] es la cláusula social o, si se prefiere, el Estado Social”²⁴.

²⁴ VALDÉS DAL-RÉ. F.: “Constitucionalismo laboral europeo y protección multinivel de los derechos laborales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2016, p. 93, que recoge, en lo esencial la lección de investidura de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Valladolid, defendida el 6 de noviembre de 2015.

La concepción de Fernando Valdés Dal-Re sobre el canon de constitucionalidad, la fuerza vinculante de los convenios colectivos, el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente individual y la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa. A propósito de su voto particular a la STC 8/2015 sobre la constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012

MARÍA NIEVES MORENO VIDA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

 <https://orcid.org/0000-0002-0600-8332>

I. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012 Y DISCREPANCIAS METODOLÓGICAS Y MATERIALES PLANTEADAS EN EL VOTO PARTICULAR DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ A LA SENTENCIA 8/2015, DE 22 DE ENERO DE 2015

Dentro de la importante labor desempeñada por Fernando Valdés como Magistrado en el Tribunal Constitucional destaca el Voto Particular que formuló –y al que se adherieron la Magistrada Adela Asua Batarrita y el Magistrado Luis I. Ortega Álvarez- en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 interpuesto en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y que dio lugar a la Sentencia 8/2015, de 22 de enero de 2015, frente a la que discrepa Fernando Valdés en su Voto Particular.

Conviene tener en cuenta, como el propio Valdés señala al inicio de su Voto Particular, el contexto, desde el punto de vista metodológico, en el que se produce la decisión del Tribunal Constitucional que se plasma en esta Sentencia. Antes de esta sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la regularidad constitucional de la Ley 3/2012 así como de su antecedente normativo, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de igual denominación, primero a través del ATC 43/2014, de 12 de febrero, sobre la cuestión de inconstitucionalidad 3801-2012 promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid (en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) y, en segundo lugar, mediante la STC 119/2014, de 6 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012, instado por el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra contra la reforma laboral (en relación con en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

Desde el punto de vista metodológico, respecto del orden elegido para el conocimiento y solución por el Tribunal Constitucional de los tres procesos constitucionales promovidos contra la reforma laboral de 2012, considera Valdés (reiterando lo ya señalado en su voto particular al ATC 43/2014) que se debió haber sustanciado antes el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 y después los dos restantes (habida cuenta de que las quejas materiales formuladas tanto en la mencionada cuestión de inconstitucionalidad como en el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012 también se enuncian en este último otro recurso de inconstitucionalidad, que añadía nuevos reproches), por las ventajas que, en su opinión, hubiera aportado esta metodología al evitar la desagregación y dispersión, permitiendo “dotar de mayor densidad y unidad argumentativa a los razonamientos acerca de las

denunciadas vulneraciones, por parte de la reforma laboral de 2012, de determinados derechos y, más en general, de concretas reglas iusconstitucionales”. En opinión de Valdés, la metodología adoptada por el Tribunal Constitucional -la contraria a la defendida por él- “abre un escenario de incertidumbres, poco conciliable, en mi parecer, con las tareas que este Tribunal tiene encomendadas”, puesto que si alguno de los nuevos argumentos hubiera resultado determinante de la inconstitucionalidad de alguna de las medidas introducidas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral el escenario se habría producido, en un breve lapso de tiempo (apenas seis meses), un cambio en la doctrina constitucional.

Por otra parte, la propia Sentencia señala que “al resolver algunos de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad habremos de reiterar las consideraciones efectuadas en la mencionada Sentencia, extendiéndolas al presente proceso en lo que se acomode a su ámbito de controversia”: Esta abundancia de referencias, remisiones o reiteraciones de la doctrina sentada en los dos pronunciamientos previos que se contienen en esta Sentencia tiene como consecuencia, a juicio de Valdés, que, de un lado, hace perder a sus *rationae decidendi* de los atributos de intensidad y originalidad; de otro lado, devalúa la indiscutible relevancia atribuible al recurso de inconstitucionalidad 5610-2012 en razón de tratarse del proceso constitucional de mayor número de tachas; y, finalmente, contribuye a mermar la paralela importancia de esta sentencia al reducirla, en buena medida, a “la condición de resolución de aplicación de una jurisprudencia constitucional ya adoptada”.

Desde el punto de vista material o de fondo, la conclusión de este Voto Particular es que la Sentencia de la que se aparta 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:

- a) el art. 12.1, que modifica el art. 41 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, por violación, al introducir un nuevo régimen jurídico, en lo que aquí importa señalar, de las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo, de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE) y, por conexión, de la libertad sindical (art. 28.1 CE).
- b) el art. 18.3, que dio nueva redacción al art. 51.1 LET, por vulneración, al redefinir las causas que habilitan al empresario a adoptar medidas de despido colectivo y, por el juego de la remisión legal enunciada, las que le permiten igualmente acudir a decisiones extintivas de carácter objetivo [art. 50 c) LET], del art. 35.1 CE,
- c) los artículos 18.7, que reforma el art. 56.1 LET, y 23.1, que da nueva redacción al art. 110.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social por lesión, al suprimir los salarios de tramitación en el supuesto en que el empresario, una vez declarado judicialmente el despido como improcedente, opte por abonar al trabajador una indemnización, en lugar de readmitirlo, del art. 35.1 CE; y
- d) la disposición adicional tercera, que añade al texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores la disposición adicional vigésimo primera, por infracción, al declarar inaplicable el art. 47 LET a las Administraciones públicas y a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, de los arts. 14 y 9.3 CE.

Para fundamentar esta posición, Valdés disiente del tipo de juicio que la sentencia de la mayoría utiliza para fundamentar la regularidad constitucionalidad de los preceptos sometidos a su examen y, por otra parte, lleva a cabo su análisis sobre las medidas concretas de la reforma laboral cuya

constitucionalidad se cuestiona a través de un enfoque garantista de los principios y valores superiores establecidos en las normas constitucionales y en los textos internacionales de valor constitucional, como la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Son muchos los temas que se plantean a través del Voto Particular y de gran entidad. Fernando Valdés aborda cuestiones fundamentales como el contenido esencial de los derechos constitucionales; la fuerza vinculante de los convenios o acuerdos colectivos derivados del art. 37 CE; la negociación colectiva y la libertad sindical; la distinta configuración de las representaciones sindicales y no sindicales; el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente individual (art. 35.1 CE). Todas estas cuestiones se abordan en el marco de este recurso que somete al Tribunal Constitucional la constitucionalidad de diversas medidas llevadas a cabo por la Ley de 2012 que llevó a cabo una importante y criticable reforma laboral en relación con el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la negociación colectiva; la extinción del contrato de trabajo y los procesos por despido (en relación con los salarios de tramitación y la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa); la aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Desde el punto de vista del canon de constitucionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional, el Voto Particular de la STC 8/2015 critica, con una técnica constitucional impecable, varias cuestiones esenciales: 1. Que se utilice como canon de constitucionalidad la crisis económica; 2. Que se prescinda del canon del contenido esencial de los derechos constitucionales en relación con los arts. 35.2 y 37.1 CE, eludiendo la propia doctrina del Tribunal Constitucional, claramente asentada desde la Sentencia 11/1981; 3. Que se utilice el canon de la proporcionalidad como alternativo al límite impuesto al legislador por el contenido esencial del derecho y no como complementario a este canon interpretativo; 4. Que para medir la proporcionalidad se utilice un canon de estricta legalidad ordinaria y no de constitucionalidad.

En este trabajo, pese a su limitada extensión, requerida por necesidades editoriales, pretendo dar cuenta de forma sucinta de algunas de las aportaciones realizadas desde su indiscutible Magisterio, por el profesor Fernando Valdés a cuestiones sustanciales del Derecho Laboral y Sindical.

II. LA CONCEPCIÓN DE FERNANDO VALDÉS SOBRE EL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD: SU CRÍTICA AL CANON DE CONSTITUCIONALIDAD UTILIZADO EN LA STC 8/2015 PARA EL EXAMEN DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

1. El rechazo de la crisis económica como parámetro de valoración constitucional

La Sentencia de Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero de 2015, como ya hiciera previamente la STC 119/2014, de 6 de julio [FJ 3 f)], también sobre la reforma laboral de 2012, utiliza como canon de constitucionalidad la situación de crisis económica (el escenario económico adverso existente en España). Sobre la impugnación del apartado 3 del art. 4 («Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores») de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en el que, con referencia al régimen jurídico de este nuevo contrato de trabajo, se establece que la duración del período de prueba para el mismo será «de un año en todo caso» por vulneración de los arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1 de la CE, tanto la STC 119/2014 como la STC 8/2015 rechazan que el precepto impugnado vulnere el art. 35.1 CE en tanto que la previsión cuestionada relativa a la duración del período de prueba constituye una medida que cuenta con una justificación legitimadora, y resulta razonable y proporcionada en atención a los fines perseguidos por el legislador con su establecimiento: dentro de un escenario de

grave crisis económica, la medida controvertida tiene un carácter excepcional y temporal, un alcance limitado y una finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable durante una situación de crisis económica, por lo que cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Tal circunstancia resulta particularmente relevante en el actual contexto económico (FJ 3). También, en relación con la impugnación del apartado primero del art. 14 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que da nueva redacción al apartado 3 del art. 82 ET, que regula el procedimiento de inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, comúnmente conocido como «descuelgue» por vulneración tanto del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE), como del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), así como del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no existir el debido control judicial de la medida adoptada, la STC 8/2015 [FJ 5 b)] establece que “la medida legislativa cuestionada se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna de la empresa como alternativa a la destrucción del empleo o al cese de una actividad productiva, atendiendo, de este modo, a un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE) mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE)”.

Cuestiona Valdés en su Voto Particular que el Tribunal Constitucional haga suyo e integre con normalidad un “novedoso canon de constitucionalidad” (inaugurado en la STC 119/2014) que es la crisis económica, utilizada ahora “como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador”. Muy acertadamente destaca Valdés que éste es un canon muy preocupante que tiene consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales, porque supone que “los derechos sociales constitucionales, aunque no se definan como derechos de prestación, están sujetos a un doble juicio de constitucionalidad: uno primero de carácter ordinario y uno segundo, de naturaleza extraordinaria, que se activa en situaciones de crisis económica”. La implantación de este canon puede poner entre paréntesis el desarrollo y consolidación del Estado Social, “poniendo a disposición del legislador ordinario unas facultades que, no es aventurado entender, podrían terminar hermanándose con las atribuidas al legislador constituyente”. Con ello, el Tribunal Constitucional desconoce su propia doctrina sobre el contenido esencial de los derechos constitucionales (desde la STC 11/1981, FJ 8).

Destaca Valdés como el Comité Europeo de Derechos Sociales (al elaborar las conclusiones sobre las quejas presentadas por las dos organizaciones sindicales más representativas de España sobre el cumplimiento por la legislación española de la Carta Social Europea) ha establecido claramente “que las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero ‘no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta’», de modo que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que «estos derechos sean efectivamente garantizados...» [CEDS, Conclusiones XX-3 (2014), (Espagne), janvier 2015 (comentario al art. 6, pág. 26, de la versión francesa)]. En consecuencia, frente a la utilización de este discutible canon de constitucionalidad, en el Voto Particular se sostiene que “El límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser, así pues, único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a resultados del ciclo económico. Ciertamente, el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico. Pero esa maleabilidad no es predicable de su contenido esencial que, por su propia configuración, ha de estar dotado de una estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica”.

2. La necesaria utilización del canon del contenido esencial de los derechos fundamentales

En su Voto Particular, Fernando Valdés critica, con gran fundamento, la omisión claramente apreciable del límite impuesto al legislador por el contenido esencial de los derechos constitucionales por parte del Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de derechos sustantivos como los arts. 35.1 y 37.1 CE.

Recuerda que el art. 53.1 CE estatuye un límite infranqueable al ejercicio, por el legislador ordinario, de sus poderes normativos sobre los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I del texto constitucional; es decir, en los arts. 14 a 38 CE. De forma que el contenido esencial se alza como el «límite de los límites» en la ordenación tanto de los derechos fundamentales y libertades públicas como de los derechos de los ciudadanos. Debido a ello, el test utilizado por la jurisprudencia constitucional para enjuiciar y valorar la conformidad o no de una medida legal que afecte a esos derechos ha venido siendo tradicionalmente el respeto al contenido esencial del mismo, lo que exige como un *prius* lógico identificar el contenido esencial del derecho en cuestión. Solo a través de la utilización de este canon, una medida legal podrá ser o no calificada como lesiva de un derecho fundamental, libertad pública o derecho cívico.

La utilización de este canon ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional desde su etapa fundacional, haciendo constar, en repetidas ocasiones, que las restricciones establecidas al ejercicio de los derechos constitucionales, «en todo caso, han de respetar su contenido esencial» [entre otras muchas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4; 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 a) y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4].

Es por eso que el Voto Particular alerta de la absoluta omisión del contenido esencial de dos derechos fundamentales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Destaca como, al silenciarse por completo una cuestión tan trascendental, la omisión detectada equivale a una negación implícita de la propia vigencia en los derechos cuestionados de un contenido esencial, entendido como límite constitucionalmente infranqueable por el legislador. Pone de manifiesto que “esta ausencia resulta tanto más preocupante, al tiempo que criticable, cuando se comprueba que la sentencia de la mayoría —siguiendo la senda abierta por la STC 119/2014— insiste una y otra vez en la idea de que ambos derechos constitucionales son derechos de «configuración legal», —apelando, por cierto y en lo que concierne al derecho a la negociación colectiva, a la doctrina contenida en las SSTC 85/2001, de 26 de marzo, y 224/2000, de 2 de octubre, que tratan sobre la contratación colectiva en la función pública, ajena, según jurisprudencia de este Tribunal, al derecho ex art. 37.1. CE—, como si dicha conformación jurídica, fruto de la intermediación legislativa, tuviera alguna relevancia desde una vertiente material de constitucionalidad; esto es, como si comportara algún efecto decisivo en el enjuiciamiento de los mínimos o imperativos que la Constitución instituye. Por enunciar la misma opinión en otras palabras, el que un derecho constitucional sea objeto de delimitación o concreción normativa a través de la ley pertinente en nada influye en el límite que el texto constitucional impone; a saber: el respeto al contenido esencial. Antes al contrario, la intervención del legislador define, precisamente, las fronteras indisponibles de sus contenidos”.

3. La crítica a la utilización alternativa del canon de la proporcionalidad y a su configuración como canon de estricta legalidad ordinaria

Frente al canon del contenido esencial de los derechos fundamentales, la Sentencia utiliza otros juicios alternativos, como ya había hecho antes la STC 119/2014. Así, eludiendo el terminante mandato enunciado en el art. 53.1 CE, aborda los reproches de inconstitucionalidad recurriendo al juicio de proporcionalidad en sentido amplio.

Como señala críticamente Valdés, se vuelve nuevamente a eludir la propia y reiterada doctrina constitucional sobre el carácter complementario del canon de proporcionalidad, en lugar de alternativo al canon sobre el respeto de la limitación establecida al contenido esencial, que se erige así en el juicio de constitucionalidad sobre derechos fundamentales de primer grado. Como, de forma clara y contundente, estableciera la STC 57/1994 (FJ 6), y luego se reiterara repetidas en otras muchas sentencias [SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4 y 70/2002, de 3 de abril FJ 10 b), y otras muchas], el ejercicio de los derechos fundamentales (se refería, en el caso a examen, al derecho a la intimidad) puede ceder ante otros derechos o intereses «constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho».

Además de ello (segundo motivo de disenso de Valdés en relación con esta cuestión), en la jurisprudencia constitucional el recurso al canon de proporcionalidad se utiliza, como regla general, “en una situación de conflicto entre dos derechos, bienes y valores constitucionalmente relevantes, siendo su objetivo verificar si la restricción impuesta a uno de los derechos a contraste resulta idónea, necesaria y proporcionada”. La Sentencia, por el contrario, utiliza este canon en un entorno muy diferente: como canon para apreciar la constitucionalidad del art. 41 ET modificado por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Este criticable enfoque metodológico utilizado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de la mayoría tiene como efecto que el juicio de proporcionalidad termine “alejándose del territorio constitucional, para, probablemente de forma deliberada, recaer en otra zona que, por su elasticidad, resulta más propicia para avalar las, a veces, disimuladas o encubiertas extralimitaciones constitucionales de la reforma laboral; aludo, claro está, a la zona de la legalidad ordinaria”.

Utilizando el canon de proporcionalidad, la Sentencia califica la nueva regulación de la modificación sustancial de las condiciones colectivas de trabajo (art. 41 ET) como idónea, necesaria y proporcionada [i) la idoneidad se deduce del hecho de que la medida es adecuada «para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo». ii) la necesidad deriva de que «no se advierte que se haya producido por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza, a la vista de los condicionantes (legales, se entiende) a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial» y iii) la medida es «ponderada, no solo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva»]. Sin embargo, como destaca, de manera crítica, Valdés, el criterio que sostiene la desestimación de las censuras de inconstitucionalidad dirigidas al art. 41 LET, es un canon de estricta legalidad ordinaria. Desmontando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad argumentadas por el Tribunal Constitucional, pese a no compartir el enfoque metodológico utilizado, afirma Valdés que la medida legal discutida no comporta una limitación proporcionada del derecho constitucional controvertido (art. 37.1 CE), sino que, sencillamente, lo anula. En esta situación, la adjudicación al derecho al trabajo de una discutible posición preferente y a la fuerza vinculante del convenio colectivo de una posición claudicante da de lado e ignora de manera frontal el principio de equivalencia que debe informar todo juicio de ponderación.

Además, la utilización de este canon de proporcionalidad, como alternativa (y no como complemento) al canon del contenido esencial de los derechos presuntamente vulnerados, se hace en la sentencia de la mayoría del Tribunal Constitucional mediante razonamientos que se sitúan en el territorio de la legalidad ordinaria y no de la validez constitucional (lo que resulta especialmente visible en relación con el enjuiciamiento de art. 51.1 LET, al que la parte recurrente censura por haber lesionado el art. 35.1 CE, FJ 7). Así, destaca Valdés que, en ocasiones, incluso, “este canon se sustituye por un mero análisis de justificación no arbitraria y razonable de la medida legal controvertida, análisis este más propio de la presunta violación por una norma legal del principio de interdicción de la

arbitrariedad (art. 9.3 CE) que de las limitaciones impuestas al ejercicio de derechos constitucionales, amparados por la garantía del respeto al contenido esencial”. Esto se ve de manera ejemplar cuando la Sentencia declara, en relación con el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación -que los recurrentes tachan de violación del art. 35.1 CE-, que «la opción legislativa controvertida, en el marco en que se inserta, cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable».

III. LA CONCEPCIÓN DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ SOBRE LA FUERZA VINCULANTE DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS, EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO AL TRABAJO EN SU VERTIENTE INDIVIDUAL Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS DESPIDOS SIN JUSTA CAUSA. A PROPÓSITO DE SU VOTO PARTICULAR A LA STC 8/2015 SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

1. Sobre la fuerza vinculante de los convenios o acuerdos colectivos derivados del art. 37 CE

Una de las cuestiones en las que Valdés, en este Voto Particular, centra una particular atención es la relativa al sentido y alcance técnico jurídico de la garantía constitucional de la eficacia jurídica de los convenios colectivos (con ocasión, en este caso, del examen de la constitucionalidad del art. 41 ET modificado por la Ley 3/2012). Partiendo de la doctrinal constitucional sobre el ámbito de protección de la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, sentada a través de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en particular en la STC 121/2001, de 4 de junio, destaca que “la doble garantía constitucional enunciada en el art. 37.1 CE —la que asegura a los sujetos colectivos un espacio vital para la autorregulación de sus intereses recíprocos y asegura igualmente a los productos derivados de ese derecho de fuerza vinculante— tiene un alcance general, comprendiendo en su ámbito protector a la integridad de los instrumentos pactados por los representantes de los trabajadores y empresarios en el ejercicio de su derecho a la libertad negocial, sea cual sea su eficacia —general o limitada— y sea cual fuere la denominación asignada —convenio o acuerdo—, diferenciación, ésta última, construida sobre la base de un elemento accidental, cual es el contenido de lo pactado: general o con vocación de regular la totalidad de las condiciones de trabajo (convenio colectivo) o singular, destinado a tratar una materia o un grupo de materias dotadas de cierta homogeneidad”. El segundo inciso del art. 37.1 CE dispone que «la ley garantizará... la fuerza vinculante de los convenios», lo que implica, como se establece en la STC 58/1985, de 30 de abril, que la vinculabilidad de los convenios colectivos es una garantía «no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional» (FJ 3). Con ello, el Tribunal Constitucional se inclinaba de manera resuelta por atribuir una eficacia directamente constitucional a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como destaca Valdés, “hablar de fuerza vinculante de los convenios colectivos equivale a hablar de su eficacia jurídica, del despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica, va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo comporta”.

En consecuencia, defiende Valdés que “El contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones de los instrumentos nacidos de la negociación colectiva destinados a regular las relaciones laborales una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual. La previsión constitucional, en definitiva, asegura a las cláusulas normativas del convenio, acuerdo o pacto colectivo, en todo caso y al margen de otros efectos, una superioridad respecto de los actos procedentes de la autonomía privada individual. O, por decirlo en el lenguaje de la doctrina constitucional, esta garantía «presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6, y 225/2001, de 20 de noviembre, FJ 4)”. De esta forma, el contenido esencial de dicha garantía comporta la atribución a cualquier instrumento nacido de la negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y empresarios, sea cual

sea la eficacia personal y el contenido del mismo, de “una eficacia supraordenada a los pactos o a las decisiones de carácter individual”, resultando irrelevante la denominación legal del instrumento como acuerdo o pacto colectivo.

Por otra parte, recuerda que, conforme a la doctrina constitucional, la negociación colectiva, cuando es ejercitada por un sindicato, se integra en el contenido esencial de la vertiente colectiva de los derechos sindicales de actividad, y no ya en su contenido adicional. No comparte, sin embargo, la tesis, puesta de manifiesto en la Sentencia, de que la titularidad del derecho constitucional a la contratación colectiva se articule «a través del ejercicio de la libertad sindical (art. 28.1 CE)», lo que, en su opinión, además de privar a la negociación colectiva de su condición de derecho autónomo, supone obviar que determinadas lesiones de este derecho, ejecutadas frente a un sindicato, que comporten por su entidad y trascendencia una arbitraria eliminación o desconocimiento del mismo, además de vulnerar el art. 37.1 CE, también infringen el derecho fundamental a la libertad sindical. Discrepa también de lo que considera un equívoco mantenido en la sentencia de la mayoría en relación con la dimensión constitucional del derecho a la negociación colectiva de las representaciones de los trabajadores distintas de las sindicales. Recuerda que, desde la STC 118/1983, de 13 de diciembre, FJ 4, el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestro texto constitucional, al institucionalizar los derechos colectivos laborales, ha partido de un amplio reconocimiento de los titulares, «eludiendo la consagración de un monopolio sindical», de manera que, en concreto, el de negociación colectiva lo confiere a los «representantes de los trabajadores». “Pero la pluralidad de titulares de este singular derecho no significa, en contra del criterio que sobrevuela la sentencia de mi discrepancia, que pueda defenderse una equivalencia y, menos aún, una identidad entre las representaciones sindicales y no sindicales de los trabajadores”.

2. Sobre el contenido esencial del derecho al trabajo, en su vertiente individual (art. 35.1 CE)

A partir del juicio de constitucionalidad efectuado en relación con el art. 18.3 de la Ley 3/2012, que reforma el art. 51.1 LET, llevando a cabo una intensa modificación de las causas justificativas del despido colectivo [igualmente aplicables para una modalidad de los denominados despidos objetivos [art. 52 c) LET], Fernando Valdés lleva a cabo en el Voto Particular unas consideraciones que, completadas con las llevadas a cabo en su Voto Particular a la STC 119/2014, de 16 de julio, ponen de manifiesto su concepción sobre el contenido esencial del derecho al trabajo, en su vertiente individual (art. 35.1 CE).

Como premisa, recuerda que, al margen del mandato a los poderes públicos de adoptar aquellas medidas orientadas a lograr una situación de pleno empleo (art. 40.1 CE), la Constitución española no reconoce el derecho de los trabajadores a disponer de un concreto o singular empleo, ni en el sector privado ni tampoco en el sector público, empleo éste que actúa, con criterios de generalidad, no solo como fuente económica para su mantenimiento y, en su caso, para el de su familia, sino, además y simultáneamente, como vía preferente de integración social y factor determinante del desarrollo de su personalidad. Sin embargo, el texto constitucional garantiza, una vez que se está desempeñando un puesto de trabajo a través de una relación jurídica obligatoria, que a la parte del contrato de trabajo que se compromete a la ejecución de la prestación laboral no se le pueda extinguir dicho contrato, salvo que concurra una justa causa de suficiente entidad.

Como pone de manifiesto en su Voto Particular a la STC 119/2014, de 16 de julio, el contenido esencial del derecho al trabajo se integra también a través de los condicionamientos internacionales y comunitarios (también aludidos por la STC 192/2003), 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 «a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias». De esta forma, 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) 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, que reconoce expresamente el derecho «de todo trabajador a una protección en caso de despido injustificado», reforzando así 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.
- b) El art. 24 de la Carta Social Europea Revisada (CSE-R), que consagra expresamente «el derecho a la protección en caso de despido», en el que se incluye el derecho a «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».
- c) El Convenio 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, ratificado por España el 16 de febrero de 1985 y, por tanto, integrado en nuestro ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Su art. 4 establece que «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».

Destaca Valdés que el contenido esencial del derecho al trabajo, en esa dimensión individual, impone una triple limitación a la voluntad unilateral del empleador de dar por finalizada la relación laboral y, con ello y adicionalmente, a sus poderes de organización, ejercitados al amparo del contenido de la libertad de empresa (art. 38 CE). Una primera limitación es de naturaleza formal, de modo que el acto de despido debe sujetarse a un procedimiento, que se sustancia en la exigencia de forma escrita que permita al trabajador conocer la decisión y el motivo del despido. La segunda limitación tiene carácter sustantivo y afecta a la motivación del acto mismo de despido, que ha de estar basada en una justa causa, dotada de entidad suficiente. Y, finalmente, la tercera restricción, de entidad adjetiva, que se instrumenta a través del derecho del trabajador de someter la decisión empresarial al control judicial, correspondiendo al juez o magistrado la potestad de revisar la regularidad formal y material de esa decisión empresarial, procediendo a la subsiguiente calificación del despido. Esta tercera limitación instaura una estrecha vinculación entre los derechos al trabajo y a la tutela judicial. Por lo demás, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reiterado en numerosas ocasiones estas tres características del despido en el sistema constitucional español de relaciones laborales (entre otras muchas, SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8; 20/1994, de 27 de enero, FJ 2, y 192/2003, de 27 de octubre, FJ 9).

3. Sobre la protección del trabajador frente a los despidos sin justa causa (los salarios de tramitación y los efectos declarativos o constitutivos del despido)

Los artículos 18.7 y 8 y 23.1 de la Ley 3/2012, procedieron a dar una nueva redacción a los arts. 56, 1 y 2 ET y 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, modificando la regulación de los salarios de tramitación cuyo abono queda sujeto no tanto ni solo a la calificación judicial del despido sino, adicionalmente, a la opción adoptada por el empresario. La citada regulación suprimió su pago en caso de despido improcedente en el que el empresario hubiere ejercido la opción del abono de la indemnización equivalente a 33 días, desestimando la alternativa de la readmisión. La parte recurrente formuló el correspondiente motivo de inconstitucionalidad, por entender que la vigente regulación del derecho de elección del empresario, una vez suprimidos los salarios de tramitación en caso de que éste opte por la extinción —y no se trate de un representante de los trabajadores—, implica una regulación sustantiva material del derecho del trabajador ante el despido que vulnera el derecho al trabajo, en su vertiente individual, consagrado en el art. 35.1 CE. Y es en relación con este reproche, que Valdés analiza, si bien de forma sucinta, la protección del trabajador ante los despidos sin justa causa.

Aclara desde el principio que el vigente régimen jurídico de los salarios de tramitación no sólo priva al trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos sin justa causa, sino que, además, dicha regulación funciona como un incentivo económico, irracional y arbitrario, a favor de la extinción del contrato de trabajo, colisionando de manera frontal con el derecho constitucional al trabajo, que no puede en modo alguno conciliarse con una medida que estimula y promueve, de manera abierta, la opción del empresario a favor de la terminación de la relación laboral. Recuerda, en este sentido, que la concurrencia de justa causa de entidad suficiente se integra en el contenido esencial de la vertiente individual del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y que el derecho del trabajador a la percepción de los salarios de tramitación es una consecuencia inescindible de su derecho a no ser despedido sin justa causa de entidad suficiente.

La interpretación que lleva a cabo Fernando Valdés toma como punto de partida la imposibilidad constitucional de reconocer a la terminación del contrato de trabajo adoptada por la voluntad unilateral del empresario (el despido) y que hubiere sido impugnada por el trabajador dentro del improrrogable plazo de caducidad legalmente fijado (art. 59.3 LET), de unos efectos extintivos en un sentido propio. Considera que, más allá de juicios de legalidad ordinaria, esa premisa es una consecuencia de la garantía que instituye el art. 35.1 CE al imponer el concurso de una justa causa en la extinción de los contratos de trabajo. De esta forma, la presentación por el trabajador afectado de una demanda por despido improcedente sustituye los iniciales efectos extintivos dotados de una apariencia de validez, en efectos meramente interruptores de la relación laboral, lo que determina que, “como corolario de la decisión adoptada por el empresario, las prestaciones básicas y sinalagmáticas del contrato de trabajo (prestación laboral y deuda salarial) quedan interrumpidas desde la fecha del cese del trabajador en su puesto de trabajo hasta que el órgano judicial competente de primera y única instancia de la jurisdicción social conoce y resuelve la demanda por despido, emitiendo la correspondiente calificación (55.3 LET)”.

De esta forma, el reconocimiento por el juez de la concurrencia de justa causa (despido procedente) recupera el carácter extintivo del acto empresarial, dotando a esta declaración de una eficacia *ex tunc*, de modo que el trabajador no tiene derecho ni a ser readmitido ni a percibir indemnización alguna. Bien distinto es, sin embargo, el escenario jurídico que se abre “en el supuesto de que la declaración judicial comporte la privación a la decisión unilateral del empresario del atributo de la constitucional exigencia de justa causa de entidad suficiente”.

Considera Valdés que, “en estos casos y en razón precisamente de carecer la conducta empresarial del atributo que la valida constitucionalmente, el obligado corolario de la declaración judicial de improcedencia del despido solo puede ser la reconstrucción de la relación laboral durante el

período de tiempo en que, a resultas de un acto imputable exclusivamente al empresario, el trabajador no pudo ni cumplir con su deber de prestar el trabajo convenido ni percibir los salarios debidos o convenidos. La declaración judicial ahora a examen cancela el estado de interrupción del contrato de trabajo, poniendo igualmente fin a la situación de *mora accipiendi* en que el empresario decidió instalarse por su sola voluntad, obligado ahora a abonar al trabajador los salarios que no le fueron satisfechos, entendida esta obligación como único cauce capaz de reconstruir la relación laboral”.

Recuerda que, tradicionalmente, la legislación española ha concedido al empresario, en aquellos casos en los que en el trabajador improcedentemente despedido no concurre la condición de representante unitario o sindical, la posibilidad de optar entre una reparación *in natura* (readmisión) o el pago de una compensación económica (indemnización). Aunque en el Voto Particular, al no tratarse de una cuestión que se debata en ese proceso, no entra a discutir la regularidad constitucional de esa regla legal, sí recuerda que, hasta la aprobación de la Ley 3/2012 (y de su precedente legislativo) y, salvo el breve lapso de tiempo de vigencia en este aspecto del Real Decreto Legislativo 5/2002, ambas modalidades de reparación llevaban aparejadas el abono de los salarios de tramitación, “conformándose así al terminante mandato establecido en el art. 35.1 CE”. En la redacción aportada por la Ley 3/2012 a los artículos. 56.1 LET y 110.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, la elección del empresario en favor del cumplimiento de la obligación de dar, en lugar de la de hacer, deja caer los salarios de tramitación. En la posición garantista mantenida por Valdés, esto supone que la ley, en este concreto supuesto de hecho y a pesar de la declaración judicial de inexistencia de justa causa de la conducta extintiva empresarial, “no procede a reconstruir o restablecer, en términos constitucionalmente adecuados, la relación laboral interrumpida en toda su plenitud, ya que excluye el efecto remuneratorio que le resulta inherente a lo largo de su vigencia”. Considera que, por el contrario, la nueva regulación legal introducida por la Ley 3/2012 opta por “dotar a dicho acto, con carácter retroactivo, de unos efectos extintivos que no integran aquella garantía de la deuda salarial, privando a la vertiente individual del derecho al trabajo de su contenido esencial; esto es, de la consecuencia primera y esencial vinculada a un despido sin justa causa y entidad suficiente, consistente en la obligada reconstrucción de la relación laboral entre las fechas del cese del trabajador en su puesto de trabajo y de la declaración judicial de la improcedencia de ese cese”.

Por lo demás, aclara que “esta interpretación no incide sobre las medidas que pueda adoptar el legislador respecto del tipo de reparación o tutela conferido al despido improcedente, medidas éstas que se activan en una secuencia lógica y cronológica, desde la doble perspectiva fáctica y jurídica, ulterior de, y distinta a, la que nace de la declaración por el órgano judicial de la no concurrencia de justa causa para dar por finalizada la relación laboral”. Es esta declaración la que obliga constitucionalmente a reconstruir el contrato de trabajo interrumpido por voluntad del empresario, pudiendo el legislador optar, en modo alternativo o exclusivo, en la fase de ejecución de aquella declaración judicial, y como tuvo oportunidad de dejar sentado el Tribunal Constitucional, por un doble sistema de tutela frente a la improcedencia del despido: la *restitutio in integrum* o tutela real y el pago de un equivalente económico o tutela obligatoria (STC 55/1983, de 29 de junio, FJ 2).

El voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en el auto del Tribunal Constitucional núm. 35 de 2015, sobre el despido en la reforma laboral de 2012. Una aproximación taxonómica

ALBERTO ARUFE VARELA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña
 <https://orcid.org/0000-0002-1954-9971>

I. PLANTEAMIENTO, CON RECUERDO PERSONAL

Guardo un entrañable recuerdo personal de una concreta publicación del profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ de los años ochenta del siglo pasado, aun a sabiendas de no tratarse de una de sus contribuciones más estelares a la academia —particularmente, si considerada su fructuosa, intensa y valiosa obra desde la atalaya retrospectiva que el hoy nos ofrece—, pero que yo conservo muy fresca en mi memoria, por el impacto que tuvo en su día en mí. Se trata de una valiosa pieza suya «Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos» —que manejé, tras la búsqueda de bibliografía detallada, exprimida la lectura de la manualística entonces disponible, siempre siguiendo las orientaciones de mi maestro—, cuyo ejemplar fotocopiado (lleno de anotaciones mías al margen) del voluminoso tomo rojo de *Actualidad Laboral* en que se encuentra alojada¹, aún conservo con los materiales más visitados para el estudio del que constituyó mi trabajo de tesis doctoral². Suficientemente enjundiosa como para abrir caminos necesitados de exploración, pero no tanto como para comprometer la originalidad de mi trabajo. Me siento complacido y reconfortado transitando en mi particular recuerdo por esta senda, releendo la cita que el profesor Fernando VALDÉS DAL-RÉ efectuaba de sus autoridades doctrinales (especialmente en el cuerpo del escrito, como en el caso de «Montoya»³, «De la Villa Gil, García Becedas y García-Perrote»⁴, «Ojeda Avilés»⁵ o, sobre todo, de «Alonso Olea»⁶) y jurisprudenciales (especialmente entrañable, con el paso del tiempo, su manejo de lo que llamaba «la jurisprudencia laboral»⁷, con cita de «sentencias dictadas por el TCT»⁸), así como el espíritu crítico que destilaba (refiriéndose, por ejemplo, a «la defectuosa redacción técnica en que incurre el artículo 86.3»)⁹, un desiderátum en aquellos albores de mis tareas de investigación. Me reconforta y complace igualmente —siguiendo con gusto las indicaciones para la coordinación de este *in memoriam*, en el que me honro participar— reorientar mi rumbo hacia el Auto del Tribunal Constitucional núm. 35 de 2015, cuyo polo de atracción lo constituye el voto particular formulado por el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ, al que pretendo aproximarme con criterios taxonómicos, una vez efectuadas dos precisiones previas, que son las siguientes. La primera, relativa a que este Auto

¹ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos”, *Actualidad Laboral*, núm. 27, 1986, págs. 1369-1374.

² Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas, Madrid, 2000, especialmente págs. 121, 123 y 125.

³ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos”, cit., pág. 1372.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, pág. 1373.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, pág. 1372.

⁸ *Ibidem*, pág. 1370.

⁹ *Ibidem*, pág. 1369.

se proyecta frontalmente sobre uno de los elementos basilares de la reforma laboral del Gobierno del Partido Popular de 2012, a propósito de un pleito originario de despido, procediendo aquí el Pleno del Tribunal Constitucional a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada por cierto Juzgado de lo Social, al considerarse —contra la opinión del juzgador de instancia— totalmente acomodada a la Constitución las nuevas normas de entonces sobre rebaja de la cuantía de la indemnización del despido improcedente, así como las la de la reconducción de los salarios de tramitación sólo a los supuestos de despido improcedente con opción empresarial por la readmisión. La segunda, relativa a que mi aproximación taxonómica se sustenta en una muestra —creo que suficientemente significativa y pertinente, con efectos multiplicadores— conformada por las Sentencias y los Autos del Tribunal Constitucional que contaron con algún voto particular el propio año 2015, resultando ser una muestra que incluye —salvo error u omisión inadvertidamente cometidos, utilizando la información disponible en la base de datos de jurisprudencia del sitio en Internet del Tribunal Constitucional— hasta 78 Sentencias y 13 Autos (lo que hace un total de 91 decisiones con voto particular), pudiendo precisarse que todos estos Autos corresponden el Pleno del Tribunal, mientras que las Sentencias se distribuyen entre el propio Pleno (41 Sentencias con voto particular), su Sala 1ª (27 Sentencias con voto particular) y su Sala 2ª, a la que precisamente estaba adscrito el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ (10 Sentencias con voto particular).

II. UN VOTO PARTICULAR ACOMPAÑADO

Centrando el foco primeramente en las Sentencias y Autos, tanto de Pleno como de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional, por razón de la adscripción a esta última del magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ (con exclusión, por tanto, de las 27 Sentencias de la Sala 1ª con voto particular), resulta que nuestro protagonista aparece implicado en hasta 38 decisiones con voto particular; y también resulta que llegó a reflejar su voto particular en solitario hasta en seis ocasiones (tres de ellas frente al Pleno¹⁰, y las tres restantes en el seno de la Sala 2ª de su adscripción¹¹), actuando en estas seis ocasiones absolutamente en solitario. En otras tres ocasiones, ciertamente, también redactó su voto particular de manera individual, aunque actuando sólo relativamente en solitario, por causa de quedar reflejada en la decisión en cuestión algún otro voto particular, a sumarse al suyo¹². Lo que sucedió en otras once ocasiones, por su parte, es que el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ compartió la autoría del voto particular, generalmente con los más conspicuos representantes del denominado bloque progresista (esto es, la magistrada Adela ASUA BATARRITA¹³, también adscrita a la Sala 2ª,

¹⁰ Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 48 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia), núm. 67 (desestimatoria de recurso de amparo) y núm. 104 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado).

¹¹ Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 129, núm. 133 y núm. 134, desestimatorias de sendas cuestiones de inconstitucionalidad.

¹² Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 12 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, contando también con voto particular del magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez), núm. 145 (estimatoria de recurso de amparo, contando también con sendos votos particulares de la magistrada Adela ASUA Batarrita y del magistrado Andrés Ollero Tassara) y núm. 197 (inadmitiendo en parte, y desestimando en parte, recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, contando también con voto particular de la magistrada Adela ASUA Batarrita).

¹³ Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 17 y núm. 20 (estimatorias en parte de sendos recursos de amparo), núm. 140 (desestimatoria de cuestión de inconstitucionalidad) y núm. 218 (estimatoria en parte de cuestión de inconstitucionalidad).

y los magistrados Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ¹⁴ y Juan Antonio XIOL RÍOS¹⁵, ambos adscritos a la Sala 1ª), entonces minoritario (más después, tras el prematuro fallecimiento, el mes de abril del propio año 2015, del magistrado ORTEGA ÁLVAREZ), con alguna excepción¹⁶. Su posición en otras diez ocasiones fue la de adherente al voto particular formulado por otro magistrado, usualmente ubicado en el mismo bloque progresista (como en el caso más frecuente de los citados magistrados Juan Antonio XIOL RÍOS¹⁷ y Adela ASUA BATARRITA¹⁸), de nuevo con alguna excepción¹⁹. No obstante, no cabe incluir en ninguna de las especies anteriores el Auto aquí objeto de análisis, supuesto que no se trata de ningún voto particular actuado (absoluta o relativamente) en solitario, ni de ningún voto particular compartido, ni de ninguna adhesión al voto particular de otro magistrado, haciéndose constar expresamente en el párrafo de entrada del propio voto particular —tal como obra en la base de datos del Tribunal Constitucional—, en efecto, que se trata de un «voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 984-2014, y al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez», esto es, se trata de una voto particular con la adhesión de otros dos magistrados. Esta concreta adhesión refleja una asociación relativamente frecuente, en la medida en que unía a tres de los magistrados integrantes del denominado bloque progresista del Tribunal Constitucional, apareciendo constatada —siempre en el año 2015— hasta en otras tres ocasiones²⁰, del total de ocho en que los votos particulares del magistrado Fernando VÁLDES DAL-RÉ suscitaron la adhesión de otros magistrados²¹. Tratando de redondear este primer criterio taxonómico, cabría

¹⁴ Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 49 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, la Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia) y núm. 58 (desestimatoria del conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña).

¹⁵ Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 69, núm. 70 y núm. 78 (desestimatorias de sendos recursos de amparo), así como de la Sentencia núm. 199 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, la Izquierda Plural y Unión Progreso y Democracia), aquí también junto con la magistrada Adela Asua Batarrita.

¹⁶ Como en el caso del Auto núm. 135 (manteniendo la suspensión acordada en recurso de inconstitucionalidad en tramitación, interpuesto por el Presidente del Gobierno), en el que, a la magistrada Adela Asua Batarrita y los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, se une la magistrada Encarnación ROCA Trías.

¹⁷ Más en concreto, se trata del Auto núm. 32 (manteniendo la suspensión acordada en recurso de inconstitucionalidad en tramitación, interpuesto por el Presidente del Gobierno), así como de las Sentencias núm. 7 (estimatoria de recurso de amparo), núm. 26 (desestimatoria de conflicto positivo de competencia interpuesto por el Parlamento de Cataluña), núm. 30 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Presidenta, en funciones, del Gobierno), núm. 73 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), núm. 155 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra) y núm. 270 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia).

¹⁸ Más en concreto, se trata de la Sentencia núm. 177 (desestimatoria de recurso de amparo).

¹⁹ Como en el caso de la Sentencia núm. 93 (estimatoria en parte de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno, adhiriéndose al voto particular formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías) y núm. 156 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, adhiriéndose al voto particular formulado por el magistrado Antonio Narváez Rodríguez, junto con las magistradas Adela Asua Batarrita y Encarnación Roca Trías y el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos).

²⁰ Más en concreto, se trata de los Autos núm. 33 y núm. 34 (inadmitiendo a trámite sendas cuestiones de inconstitucionalidad, también sobre la ley de la reforma laboral del Gobierno del Partido Popular del año 2012), así como de la Sentencia núm. 8 (desestimatoria de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados, asimismo sobre la ley de la reforma laboral del Gobierno del Partido Popular del año 2012).

²¹ Más en concreto, se trata del Auto núm. 67 (acordando el levantamiento parcial de la suspensión en recurso de inconstitucionalidad en tramitación, planteado por el Presidente del Gobierno, cuyo voto particular contó con la adhesión de los magistrados Luis Antonio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos), así como de las Sentencias núm. 95 y núm. 109 (desestimatorias de sendas cuestiones de inconstitucionalidad, cuyo voto particular contó con la

apuntar, de un lado, que el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ aparecería en segunda posición en un eventual *ranking* a elaborarse por el número de presencias en votos particulares de este año 2015, quedando sólo superado por las 58 presencias del citado magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS; y de otro lado, que la presencia de magistrados del considerado bloque conservador resulta mucho más pequeña, cabiendo significar especialmente —en lo que se refiere a las decisiones de Pleno— los dos votos particulares formulados por el Presidente del Tribunal Constitucional, magistrado Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL²², del total de diez atribuibles a este otro bloque²³.

III. UN VOTO PARTICULAR DISCREPANTE EN SENTIDO ESTRICTO, FRENTE A LA OPINIÓN MAYORITARIA AJENA

Sobre la base de lo que la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, dispone expresamente acerca del voto particular (literalmente, «el Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación») ²⁴, resulta que el voto particular formulado en este Auto por el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ —a diferencia de lo acontecido en otros dos votos particulares suyos, de carácter «concurrente»²⁵, dentro de la muestra que manejo— refleja una opinión discrepante en sentido estricto (lo que en los Estados Unidos se conoce como *dissenting opinion*, en contraste con lo que allí se llama *concurring opinion*). La Ley Orgánica 2/1979 dispone, además, que «se aplicarán, con carácter supletorio ... , los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de ... deliberación y votación»²⁶, teniendo en cuenta —según el artículo 206 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial— que «cuando el ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular»²⁷, en cuyo caso «el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado y dispondrá la rectificación necesaria en el turno de ponencias para restablecer la igualdad en el mismo»²⁸. Doctrinalmente se ha puesto de relieve que «no parece que la regulación establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial haya sido asumida

adhesión de la magistrada Adela Asua Batarrita y del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos) y núm. 183 (desestimatoria de recurso de amparo, cuyo voto particular contó con la adhesión de la magistrada Adela Asua Batarrita y de los magistrados Antonio Narváez Rodríguez y Juan Antonio Xiol Ríos).

²² Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 50 y 231 (estimatoria la primera, desestimatoria la segunda, de sendas cuestiones de inconstitucionalidad).

²³ Las otras ocho decisiones serían las siguientes: 1) las Sentencias núm. 25 y 178 (respectivamente, estimatoria en parte de conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, y estimatoria de conflicto positivo de competencia planteado por la Xunta de Galicia, contando con sendos votos particulares del magistrado Juan José González Rivas); 2) la Sentencia núm. 145 (estimatoria de recurso de amparo, contando con voto particular del magistrado Andrés Ollero TASSARA); 3) las Sentencias núm. 155 (voto particular del magistrado Andrés Ollero Tassara), núm. 156 (voto particular del magistrado Antonio Narváez Rodríguez), núm. 176 (voto particular del magistrado Ricardo Enriquez Sancho) y núm. 236 (voto particular del magistrado Pedro José González-Trevijano Sánchez), desestimando sendos recursos de inconstitucionalidad, respectivamente interpuestos por el Parlamento de Navarra, por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía y por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados (las dos últimas); y 4) la Sentencia núm. 218 (estimatoria en parte de cuestión de inconstitucionalidad, contando con voto particular del magistrado Juan José González Rivas).

²⁴ Artículo 90, apartado 2, inciso primero. Este precepto continúa afirmando que «los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el “Boletín Oficial del Estado”» (inciso segundo)

²⁵ Siempre en este año 2015, véanse las Sentencias núm. 17 y núm. 20 (en las que se hace constar la existencia de «Voto particular concurrente que formulan la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de amparo»), estimatorias en parte ambas del recurso de amparo respectivo.

²⁶ Artículo 80, párrafo primero.

²⁷ Apartado 1.

²⁸ Apartado 2.

por defecto, en todos sus extremos, por el Tribunal [Constitucional]]²⁹, precisándose que «la regla establecida ... para los casos en los que el Ponente discrepa de la posición de la mayoría (art. 206), no ha sido siempre seguida por el Tribunal [Constitucional], que en casos así se ha servido de una variedad de soluciones»³⁰, incluida la de que «el Magistrado que actúa como Ponente redacta la sentencia y después formula voto discrepante ... o voto concurrente»³¹. En el caso del magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ —siempre dentro de la muestra que manejo, correspondiente al año 2015—, esta circunstancia anómala aparece registrada en hasta cinco decisiones del Pleno, en las que quedó reflejado que fue él mismo quien expresó el parecer del Tribunal, al tiempo que también se dejaba constancia de su firma en el apartado de los votos particulares³². Pero ninguna de estas decisiones es el Auto núm. 35, aquí objeto de análisis, en el que el voto particular del magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ refleja su opinión discrepante en sentido estricto, discrepando —como, por lo demás, resulta ser lo más usual— de la opinión mayoritaria ajena (lo que suponía, en este concreto caso, discrepar del acuerdo mayoritario del Pleno, por el que se inadmitía a trámite la cuestión de inconstitucionalidad en conflicto).

IV. UN VOTO PARTICULAR (APARENTEMENTE) BREVE

Poniendo el foco en su tamaño, el voto particular del magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ en este Auto núm. 35 de 2015 cabe calificarlo de breve, al menos en apariencia, pues —aparte las fórmulas rituales empleadas para la entrada (antes reproducida) y para la salida (literalmente, «y en tal sentido emito este Voto particular») — consta únicamente de dos párrafos, no precisamente extensos. Se trata de dos párrafos relativos, respectivamente, a su conclusión (literalmente, «Dentro del máximo respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros, entiendo que la presente cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el Juzgado de lo social núm. 34 de los de Madrid, debió de ser admitida, con el consiguiente dictado de una sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad y, nulidad de los números 1 y 2 del art. 18, del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que modifican respectivamente los números 1 y 2 del art. 56 del texto refundido del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo») y a sus razonamientos (literalmente, «Conforme tuve oportunidad de argumentar en el apartado 5 del Voto particular a la STC 8/2015, de 22 de enero, que sustanció el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, y a cuyos razonamientos ahora me remito, los citados preceptos legales, al excluir el pago de salarios de tramitación en el supuesto de que el empresario opte por abonar la indemnización legalmente establecida a aquellos trabajadores cuyo despido hubiere sido judicialmente declarado como improcedente, lesionan el derecho al trabajo, en su vertiente individual, consagrado en el art. 35.1 CE»). La apariencia de brevedad de estos dos párrafos, sin embargo, es una apariencia que engaña, vista la remisión que efectúa a los razonamientos desgranados «en el apartado 5 del Voto particular a la STC 8/2015», decisiva Sentencia —como se sabe— que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (contra la ley de reforma laboral del Gobierno del Partido Popular del año 2012, en que precipitó el citado Real Decreto-ley 3/2012) por más de cincuenta disputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados, teniendo en cuenta que dicho «apartado 5» ocupa hasta cuatro apretadas páginas (de un extenso voto particular, récord en la muestra que manejo, de veintiséis páginas) del *Boletín Oficial del Estado* en que aparece publicado, afirmándose en él —entre otras muchas cosas— que «el vigente régimen jurídico de los salarios de tramitación no solo priva al

²⁹ Véase AHUMADA LÓPEZ, M. A.: «La regla de la mayoría y la formulación de doctrina constitucional. *Rationes decidendi* en la STC 136/1999», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pág. 170.

³⁰ *Ibidem*, págs. 170-171 y nota 36.

³¹ *Ibidem*.

³² Más en concreto, se trata de las Sentencias núm. 67 y núm. 183 (desestimatorias de sendos recursos de amparo), así como de las Sentencias núm. 129, núm. 133 y núm. 134 (desestimatorias de sendas cuestiones de inconstitucionalidad).

trabajador de una protección real y efectiva ante los despidos sin justa causa»³³, sino que «funciona como un incentivo económico, irracional y arbitrario, a favor de la extinción del contrato de trabajo, colisionando de manera frontal con el derecho constitucional al trabajo, que no puede en modo alguno conciliarse con una medida que no se limita a adoptar una actitud neutra hacia al empresario»³⁴.

V. UN VOTO PARTICULAR PREVISIBLE

Los razonamientos desplegados en este voto particular previo —como el que acaba de reproducirse—, al que se remite expresamente la opinión discrepante en este Auto núm. 35 de 2015, permitiría conferir a este ulterior voto particular el carácter (nada infrecuente en la muestra que vengo manejando) de previsible. Y ya se presentaría igualmente como previsible, a la vista de las opiniones vertidas con anterioridad por el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ, en posición doctrinal o académica. Por ejemplo, las vertidas en editorial de autoría compartida —sobre «La nueva reforma laboral», el mismo año 2012³⁵—, en el que se afirmaba que «el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, supone un nuevo e importante paso en el proceso inagotable de reformas de nuestra legislación del trabajo, que han tratado, sin conseguirlo, de facilitar la creación de empleo, de corregir la excesiva dualidad y precariedad de nuestro mercado de trabajo y, en fin, de contribuir al saneamiento y a la mejora de la economía»³⁶; que «el nuevo programa regulador incide sobre los mismos temas que las reformas inmediatamente precedentes, pero llega más allá superando las “líneas rojas” que el anterior Gobierno había trazado, especialmente en lo relativo a los costes del despido»³⁷; que «el deseo de inmediatitud del Gobierno en la aplicación de la ley reformadora no es la extraordinaria y urgente necesidad a que se refiere el art. 86.1 CE»³⁸; o que «el régimen jurídico del despido sufre un significativo “vuelco” ... y, al mismo tiempo, se reducen sensiblemente los costes de los despidos improcedentes, tanto en cuanto a la indemnización, como en cuanto a la supresión de los salarios de tramitación»³⁹. También cabe citar su artículo sobre «La reforma de la negociación colectiva de 2012», publicado el propio año 2012⁴⁰, en el que sostenía que «la reforma de 2012 intenta reinstalar en nuestro sistema jurídico la antañona concepción de la empresa como un territorio de exclusiva gestión por el empresario, rescatando del baúl de la memoria, a donde le había desterrado la cláusula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, la figura del empresario como el “Señor de su casa” (*Herr im House*), figura ésta ligada a concepciones autoritarias de los sistemas de relaciones laborales»⁴¹; y sostenía igualmente que «no parece aventurado afirmar que la reforma de 2012 ha recuperado esa cruel, devastadora y avejentada práctica del *dumping social*»⁴², favoreciendo «la rebaja y el deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores»⁴³. En fin, de nuevo en editorial —aunque ahora de

³³ Párrafo séptimo, inciso primero.

³⁴ *Ibidem*, inciso segundo. Comentando este voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El derecho a la negociación colectiva en el voto disidente a la STC 8/2015”, en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M. L., (Dir.), Albacete, Bomarzo, 2021, págs. 109 y ss.

³⁵ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M. E.: “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2012, págs. 1 y ss.

³⁶ *Ibidem*, págs. 1-2.

³⁷ *Ibidem*, pág. 2.

³⁸ *Ibidem*, pág. 5.

³⁹ *Ibidem*, pág. 39.

⁴⁰ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La reforma de la negociación colectiva de 2012», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, págs. 221 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 223.

⁴² *Ibidem*, pág. 240.

⁴³ *Ibidem*.

autoría individual— sobre la reforma laboral de 2012, publicado al año siguiente⁴⁴, escribía sobre su «criticable sistemática formal»⁴⁵, así como sobre su «agobiante complejidad tanto en su contenido normativo como en su construcción gramatical»⁴⁶, defendiendo que «se lleva por delante uno de los principios más seculares de toda regla jurídica; a saber, el posibilitar su fácil comprensión de los destinatarios, en particular, y a los ciudadanos, más en general»⁴⁷, para llegar a la conclusión de que «la singularidad de la reforma de 2012 reside en haber quebrantado de manera tan intensa como extensa los cimientos de nuestro sistema de relaciones laborales, apostando ... por otros nuevos que exacerban los poderes unilaterales de dirección y organización del empresario»⁴⁸, incluyendo «la rebaja de las indemnizaciones de los despidos disciplinarios, y la supresión fáctica de los salarios de tramitación»⁴⁹.

⁴⁴ Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La reforma laboral de 2012 (Notas sobre su texto —sistemática interna y calidad técnica— y su contexto —la falta de correspondencia entre el objetivo proclamado y los objetivos realmente perseguidos—)”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2013, págs. 1 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, pág. 3.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, pág. 10.

⁴⁹ *Ibidem*.

Comentario al voto particular formulado por el magistrado del Tribunal Constitucional, don Fenando Valdés Dal-Ré a la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2015, de 8 de junio

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA
Letrado de la Administración de la Seguridad Social

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Por auto de 8 de octubre de 2014, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, acordó presentar cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 33 de la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea en base a los siguientes ANTECEDENTES:

- 1) Un pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación de actualización de sus pensiones, solicitando que se declarase el derecho a percibir la paga única compensatoria a que se refiere el apartado 1.2 del artículo 48 de la ley general de la Seguridad Social, derivada de la diferencia que resulta entre el índice de precios al consumo (IPC) en función del cual se calculó dicha revalorización, que fue del 1 por 100, y el IPC acumulado correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012. Asimismo, solicitaba que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 fuera efectuada sobre la cuantía de la pensión a 1 de enero de 2012 actualizada con la diferencia que resulta entre el índice en función del cual se calculó revalorización en aquella fecha, que fue del 1 por 100. Y el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012, que fue el 2,9 por 100.
- 2) El Juzgado de lo Social nº1 de Burgos dictó sentencia el 22 de mayo de 2014 estimando en parte la demanda, declarando “el derecho del demandante a que se considere como pensión del año 2012 la señalada en el apartado segundo del relato histórico de la presente incrementada en un 2,9 por 100 y que la misma sirva de base para el incremento acordado en los 2013 y 2014” y, asimismo, el derecho del actor a percibir las diferencias correspondientes al año 2012 que son la diferencia entre el 1 por 100 aplicado t el 2,9 por 100 debido”. Se condena al INSS a abonar al demandante el pago de una determinada cantidad que se especifica en el falle de la sentencia.
- 3) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada sentencia, la Sala del tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó providencia de 1 de octubre de 2014 por la que se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 en relación con lo dispuesto en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado.

II. LA NORMA CUESTIONADA

El artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, establecía lo siguiente:

“Actualización y revalorización de las pensiones.

Uno. Se deja sin efecto para 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del Texto Refundido 171994, de 209 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

III. LA DUDA Y LAS RAZONES DE LA DUDA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN, SEDE DE BURGOS

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León tras examinar la doctrina constitucional sobre la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos afirma ser consciente del “espíritu restrictivo” que inspira la interpretación del supuesto de la prohibición de retroactividad. De este modo, hay que despejar si en el caso existe un derecho individual desde la consideración restrictiva apuntada por el Tribunal Constitucional, lo que entiende que merece una respuesta positiva. En segundo lugar, deberá analizarse si, aun siendo de grado máximo, carece realmente de justificación habilitante, puesto que el Tribunal Constitucional admite que “la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio” (STCO 197/1992).

El auto declara que el sistema de pensiones vigente es un sistema contributivo, en virtud del cual los trabajadores en activo cotizan a dicho sistema para que en el caso de que se produzca la contingencia objeto de protección se les reconozca el derecho a percibir la prestación correspondiente, siendo una de las contingencias previstas la jubilación, ante lo cual se le reconoce el derecho a percibir una pensión que es proporcional al salario que percibió, y que constituyó su fuente de subsistencia durante su vida activa. Una vez que un trabajador pasa a la situación de jubilación se establece un mecanismo para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la pensión que tiene derecho a percibir como consecuencia de su previa contribución al sistema, y este es el sistema de revalorizaciones de las pensiones al que se refiere el artículo 50 de la Constitución al establecer que, como consecuencia del incremento del coste de la vida en unos años garantiza a las pensiones un derecho a la suficiencia, impidiendo así el empobrecimiento de los pensionistas.

De este modo, el desarrollo del artículo 50 de la Constitución Española se ha realizado a través del artículo 48 LGSS, que regula la revalorización de las pensiones, establecido una regla de carácter general que no admite ninguna excepción: “las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”. El apartado 2 del mismo precepto de la LGSS define el periodo que se debe tener en cuenta para el cálculo del índice de precios al consumo, (el periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización), enunciando un mecanismo para compensar las posibles desviaciones que se produzcan si el índice de precios al consumo previsto es inferior al que finalmente resulta. Este mecanismo es la paga compensatoria, que cubre la diferencia si el coste de la vida es superior al aumento del importe de la pensión en el año correspondiente, y que debe abonarse según la misma norma antes del 1 de abril del ejercicio posterior. Esta misma regla se establece en el artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Indica además que el único límite al importe de la revalorización de las pensiones contributivas se establece en el artículo 49 LGSS: la revalorización de las pensiones no podrá superar el importe

de la pensión máxima que se establezca para cada año en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

A partir de lo expuesto, el órgano jurisdiccional considera que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es si la supresión de la paga compensatoria que dispone el artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012 “vulnera un derecho causado, consolidado y devengado, conforme al artículo 50 de la Constitución Española, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales restrictivas de los derechos fundamentales”.

Según el auto, “la concepción realmente cualificada del interés general que reconoce la jurisprudencia comunitaria no justifica que la pretensión de reducir el gasto público, por muy urgente y necesaria que sea, constituya sin más un “bien común” que abra la puerta a exceptuar los básicos principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica; principios constitucionales que, si cabe identificar, en cambio, con el interés general de los pensionistas”.

Por todo ello, la Sala acuerda elevar cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos: “*El artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012 que deja sin afecto para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones en los términos previsto en el apartado 1.2 del artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social y en el párrafo 2 del punto 1 del artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado y, como quiera que el Real Decreto entró en vigor el 1-12-2012, una vez transcurrido el periodo previsto en el artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social para llevar a cabo la aplicación de la Anualidad (noviembre 2011 – noviembre 2012) y que la Ley 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, ninguna previsión realiza para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, vulnera:*

a) Lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución Española por el que se garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos fundamentales individuales, y

b) El artículo 33 de la Constitución Española, de entender que por parte del aludido artículo 2,1 del Real Decreto-ley 28/2012 serían objeto de expropiación los derechos de los perceptores de pensiones de seguridad social por cuanto son un derecho económico incorporado al patrimonio de aquellos, aunque no haya sido abonado pero sí devengado puesto que entendemos que dichos preceptos son aplicables al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible acomodar por otra vía interpretativa dicho preceptos al ordenamiento constitucional”.

IV. EL SENTIDO DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA MAYORÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para valorar si la norma cuestionada vulnera el artículo 9.3 de la Constitución Española es necesario determinar con carácter previo si, en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el índice de precios al consumo (IPC) real y el IPC estimado para el año 2012 o, si, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio. A este respecto, afirma la sentencia que los artículos 48.1.2 de la Ley General de la Seguridad Social y 27.1 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que ambos preceptos se remiten a la ley de Presupuestos Generales del Estado. La expresión “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” contenida en dichos pasajes legales “supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del sistema” (Fundamento 5º STC 49/2015, de 5 de marzo). En este sentido, recuerda que, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional, la garantía

de actualización periódica, no supone obligadamente un incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones (STCO 134/1987, de 21 de julio FJ 5º). E igualmente hay que recordar que la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, “en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable” (STCO 100/1990, de 30 de mayo FJ 3).

Sobre la base de esta doctrina constitucional, la STCO 49/2015, de 5 de marzo, sostiene que “el trabajador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio puede ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización”. De este modo concluye afirmando que, “cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 los pensionistas solo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio para el año 2012, quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación. En definitiva y dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, se rechaza que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o del grado máximo prohibido por el artículo 9.3 CE.

Por lo que se refiere a la vulneración del artículo 33 de la Constitución Española, la STCO 49/2015 afirma que falta en el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es el que, siguiendo lo dispuesto en la STCO 108/1986, de 29 de julio (FJ 20), “solo son expropiables y, por tanto indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que solo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”. De ello se deduce que la norma impugnada resulta acorde con el artículo 33 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, pues de lo que se ha privado a los pensionistas es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, por lo que esa privación no es expropiatoria.

V. EL VOTO PARTICULAR EMITIDO POR EL MAGISTRADO D. FERNANDO VALDÉS DAL-RE

En la sentencia que comentamos, se realiza una remisión al voto particular emitido en la STCO 49/2015, emitido por los Magistrados Valdés Dal-Ré y Ortega Álvarez, al que se adhirieron la magistrada Asua Batarrita u el Magistrado Xiol Ríos.

En el voto particular se dice de la afirmación efectuada en la sentencia en el sentido de que el artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012, carece de efecto retroactivo, puesto que dicho razonamiento conduce a descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos.

Se considera que la negación del efecto retroactivo del precepto ha apostado desde una perspectiva material una vía cómoda y segura para garantizar el mantenimiento del status quo introducido por la previsión legal o, para evitar la potencial multiplicación de reclamaciones instadas por las personas afectadas por la previsión legal discutida de dejar sin efecto la actualización de

pensiones, susceptibles de contrarrestar, al menos en parte, el objetivo de moderación de la deuda pública pretendido por el Gobierno al aprobarla. Pero al tiempo de ofrecer estas ventajas para la consecución del propósito político confesado, la motivación empleada para salvar la constitucionalidad del pasaje de la norma de urgencia a examen resulta, de entre todas las que hubieran sido constitucionalmente viables, la que se instala en el escenario más distancia de la defensa y desarrollo del Estado social (artículo 1.1 CE) y de las garantías y valores constitucionales asociados de modo inescindible a esta noción. Y todo ello, por cuanto la sentencia de la mayoría al optar por la decisión que concreta el fallo, renuncia a buscar soluciones capaces de aunar y conjugar de manera más equilibrada y proporcionada los intereses en presencia: el de las Administraciones públicas en asegurar la solvencia económica del sistema de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ya causadas.

Las razones de la discrepancia parten de un doble y combinado presupuesto constitucional: de un lado, el reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) y, de otro el aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

Los derechos enunciados en los artículos 41 y 50 CE en relación con la actualización periódica de las pensiones, nos sitúan en primera instancia a discernir la conformidad constitucional de una decisión de los poderes públicos de recortar o rebajar algunos de los aspectos previamente reconocidos en el ámbito de los derechos sociales, de manera que se plantea una cuestión relacionada con la denominada irreversibilidad de los derechos sociales.

No se defiende, la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos aplicada a las circunstancias del presente caso vendría a significar que, una vez regulado legalmente la actualización de las pensiones toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Esta postura implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo por otra parte, evidente que las decisiones procedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la irreversibilidad o inalterabilidad del status quo alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

Aunque se acepte que se pueden adoptar medidas regresivas en materia de derechos sociales, no se puede aceptar la adopción de cualquier medida y de cualquier modo de manera que no es aceptable, sin más la irreversibilidad incondicionada, es decir, un poder del legislador omnímodo, sino que resulta admisible que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio restrictivo de los eventuales recortes sociales.

En materia de Seguridad Social las previsiones constitucionales en la materia suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, de suerte que el legislador no hace, pues, sino apreciar esas necesidades, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades de medios y las necesidades de los diversos grupos sociales (STCO 65/1987, de 21 de mayo FJ 17).

La reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones de expliquen el porqué de tal retroceso, lo que, en el caso hubiera exigido analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador de urgencia, pues es ineludible una justificación del cambio que se quiere introducir. Lo que resulta inadmisibles es una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones

jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador.

Como se afirma en la STCO 134/1987, de 21 de julio (FJ 5ª), el concepto de pensión adecuada del artículo 50 CE no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Ahora bien, no puede resultar indiferente que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento puede ser suprimido.

Una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecencial esperan su efectiva realización por los poderes públicos.

El artículo 2.1 Real Decreto-Ley 28/2012, concurren, y de manera ejemplar, los dos elementos que, de conformidad con nuestra consolidada jurisprudencia en la materia, identifican el objeto de la prohibición de retroacción. En primer lugar, la regla jurídica establecida en ese precepto legal, consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los artículos 48.1.2 LGSS y 27.1 TRLCPE, constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas bien pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social bien pensiones cubiertas por el régimen de clases pasivas del Estado.

En el caso enjuiciado, la supresión de la actualización de las pensiones en el ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona. En el capítulo de los derechos sociales promovidos y gestionados por los poderes públicos con vistas a la efectiva y real implantación de un Estado social (artículo 1.1 CE), las prestaciones sociales destinadas a “la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad” (STCO 65/1987, de 21 de mayo FJ 17) y ocasionadas en un buen número por la pérdida de las rentas de trabajo ocupan un lugar de primer orden hasta tal punto, que tales prestaciones pueden calificarse con toda propiedad como expresión del deber de los poderes públicos de fomentar cuantas medidas contribuyan a garantizar la dignidad que corresponde a todas las personas por su condición de seres humanos (artículo 10.1 CE).

Igualmente, concurre el segundo de los elementos que definen el objeto de la interdicción de la retroactividad de ciertas disposiciones, esto es, la limitación del derecho individual afectado. El carácter restrictivo de la norma de urgencia adoptada por el Gobierno ocasionó a los beneficiarios de las pensiones que a 1 de enero de 2012 ya se habían revalorizado en el porcentaje del 1 por ciento, correspondiente al incremento del índice de precios al consumo previsto en la ley de presupuestos generales del Estado para ese mismo año, un indiscutible perjuicio económico, equivalente a la diferencia entre el aumento del IPC previsto y del real, cifrado a 30 de noviembre en un 1,9 por 100. Por este lado, el precepto impugnado vino a quebrar el principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas, vigente en nuestro sistema de protección social desde 1997, haciendo recaer sobre las economías personales de los pensionistas, vulnerables y precarias la mayoría de ellas, dos tercios de la pérdida total de su poder adquisitivo, o, por enunciar la misma idea desde otro ángulo, desplazando a estas economías la carga de asumir dos tercios del crecimiento del coste de la vida.

La doble garantía establecida en los artículos 41 y 50 CE, suficiencia de las pensiones, y la actualización de las pensiones, no se encuentra privada de vinculabilidad para los poderes públicos no de consecuencias jurídicas a favor de los beneficiarios de las prestaciones sociales. Así, la STCO 134/1987, vino a consagrar, en efecto, el canon de que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales. Este canon es el principio de solidaridad que, en su aplicación al tema debatido, comporta “el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso. De las consecuencias puramente económicos de estos sacrificios.

Precisamente, el precepto objeto de impugnación dejó sin efecto de manera generalizada e indiferenciada el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012, equiparando, desde la doble óptica subjetiva y objetiva, las pensiones de cuantía más baja, incluso aquellas sujetas al complemento a mínimos, con las de cuantía más alta, incluidas las situadas en el nivel máximo. Una regla jurídica de semejante contenido normativo confronta y agrede el principio de solidaridad., que, mantiene estrechas vinculaciones con ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa.

La retroactividad interdicta por el artículo 9.3 CE resulta aplicable exclusivamente a los derechos individuales, siempre y cuando se trate de derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas.

Pues bien, se considera que se vulnera el principio de irretroactividad las siguientes razones:

- 1) Una comprensión literal del precepto impugnado, a tenor del cual “se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos”. La dicción empleada no ofrece dudas acerca del sentido que ha de atribuirse a la norma combatida: dejar algo sin efectos presupone necesariamente, de entrada, reconocer la existencia de ese algo, y también lleva implícita la producción de efectos. Por formular la idea ahora en lenguaje jurídico, solo puede dejarse sin efectos aquellas situaciones jurídicas ya consolidadas o agotadas.
- 2) Una comprensión igualmente lexicológica de los artículos 48.2 LGSS y 27.1 párrafo segundo TRLCPE también contribuye a desmentir la tesis defendida de contrario y, por tanto, a corroborar la tesis de que aquí se sostiene. tras identificar el supuesto de hecho de la regla jurídica ahí formulada, ambos preceptos definen la consecuencia jurídica mediante el empleo de formas verbales de futuro (“se procederá” o “se les abonará”), típicas de los enunciados de mandatos imperativos.

El alcance del giro gramatical: “se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado”, no consiente una inteligencia como la abogada por la sentencia. Atendiendo a criterios de simple construcción gramatical, la expresión de acuerdo con la LPGE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones, su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente “a la correspondiente actualización”, siempre y cuando, como ya se ha argumentado en reiteradas ocasiones, se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en aquellos preceptos legales, cumplimiento que en efecto tuvo lugar.

- 3) Una intelección gramatical y sistemática de las disposiciones que en las sucesivas de la ley de presupuestos generales del Estado se han ocupado del tema aquí a debate evidencia el carácter subordinado de las mismas, muestra, en efecto, que las leyes de presupuestos, una vez verificado el cumplimiento de la condición de los artículos 48.1.2 LGSS y 27.1 párrafo segundo TRLCPE enuncian para la adquisición por los pensionistas del derecho a la actualización de pensiones, se circunscriben a reproducir los contenidos siquiera una concreción cuantitativa a la actualización de las pensiones.

Utilizando una fórmula de estilo, las leyes de presupuestos generales del Estado han venido incorporando a su estructura interna una regla de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sistemáticamente ubicada entre las disposiciones adicionales, del tenor siguiente:

“Los pensionistas del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas, con pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ... y objeto de revalorización en dicho ejercicio, recibirán, antes del 1 de abril del ... y la que hubiere correspondido de haber aplicado al importe de la pensión percibida en ... y la que hubiere correspondido de haber aplicado al importe de la pensión vigente a 31 de diciembre de ... el incremento sea experimentado por el IPC en el periodo noviembre ... a noviembre”.

Como puede inferirse de la regla, la ordenación jurídica por las leyes de presupuestos de la actualización de las pensiones responde, en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que procedan a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas. En el caso a examen, las disposiciones adicionales de las leyes de presupuestos generales de presupuestos no añaden ni quitan nada al contenido de las reglas jurídicas enunciadas en los artículos 48.1.2 LGSS y 27.1 párrafo segundo TRLCPE.

- 4) Finalmente y a pesar de carecer el argumento que sigue de dimensión constitucional, hay que considerar que los actos de las entidades gestoras del sistema de la Seguridad Social, de manera sistemática e ininterrumpida desde la implantación en nuestro ordenamiento del principio de neutralidad del proceso inflacionario sobre las pensiones, vienen a avalar, la tesis sostenida en el voto particular y, por tanto, a desmentir la argumentación que sustenta la sentencia desestimatoria de la lesión del artículo 9.3 CE. Tales actos se concretan en el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiese recibido en caso de no haberse producido el óbito.

El interrogante que emerge de inmediato de esta práctica es de fácil enunciado: si la actualización de pensiones se consolidadas, una vez aprobada la oportuna ley de presupuestos generales del Estado, de modo que hasta esa fecha los pensionistas no tuvieran mas que expectativas de derechos y no derechos adquiridos ¿Cuál sería el título jurídico que fundamenta el abono de la diferencia entre los IPC previsto y real por las entidades gestoras de las pensiones de Seguridad Social y de clases pasivas del Estado? Descartado que ese abono pudiera venir motivado por razones de benevolencia o altruismo de esas entidades con quienes tienen la condición de derechohabientes del pensionista fallecido, el interrogante enunciado tiene una fácil respuesta. Dicho abono se debe al modo como se integra la actualización de las pensiones en el patrimonio jurídico de los pensionistas; a saber, una vez cumplida la condición estipulada por los preceptos legales,

encargados de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los efectos de ese cumplimiento se retrotraen al 1 de enero del año en que se produce el fallecimiento, madurando su cuantía de forma progresiva a lo largo del año.

Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 134/2015, de 8 de junio, y 49/2015, de 8 de marzo

ANTONIO MARTÍN VALVERDE
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Supremo (Sala de lo Social)*

STC 134/2015, dictada el 8 de junio, responde a una cuestión de constitucionalidad planteada por la Sala de lo Social TSJ Castilla-León (Burgos). La duda o cuestión de constitucionalidad se refería a una supuesta o real violación por parte del art. 2.1 del RD-L 28/2012, de 30 de noviembre, de los artículos 9.3 CE (“*irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales*”) y 33.3 CE (“*Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización*”).

El art. 2.1 RD-L 28/2012 dice lo siguiente, en lo que interesa a la resolución de la cuestión planteada: “*Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones*” de Seguridad Social. Se trata, como no podía ser de otro modo, de la suspensión en el citado ejercicio de 2012 del instrumento o mecanismo de actualización de las pensiones previsto en la normativa vigente a la sazón; normativa que el propio precepto del Decreto-Ley cita expresamente (art. 48 de la Ley General de la Seguridad Social —LGSS— y art. 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

Nótese que estos preceptos de distintas leyes contenían el mismo enunciado, por lo que, en adelante, para facilitar en lo posible una exposición bastante profusa de por sí, nos referiremos sólo al primero de ellos. Y téngase en cuenta además que el mecanismo de actualización vigente en 2012, objeto de la suspensión decretada en RD-L 28/2012, ya no está en vigor en las fechas de este comentario (junio de 2023), habiendo experimentado, por cierto, varios cambios normativos en el tiempo intermedio.

El derecho constitucional real o supuestamente lesionado por el RD-L 28/2012 sería, de acuerdo con la cuestión planteada, el derecho a “*pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas*”. Este derecho no está reconocido en términos literales en el art. 50 CE; pero sí puede entenderse formulado en el mismo de manera implícita al decir que “*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad*”. En efecto, visto desde la perspectiva del ciudadano, el deber de “*garantía*” de pensiones adecuadas y actualizadas a cargo de los poderes públicos, difícilmente puede ser otra cosa que un derecho de prestación “*garantizado*” en la situación de necesidad que afecta a los ciudadanos por causa de la jubilación o el retiro que acompañan habitualmente a la “*tercera edad*”.

En el planteamiento de la reseñada cuestión de constitucionalidad, las supuestas o reales vulneraciones de tal derecho a pensión adecuada y actualizada se producirían:

a) Por la aplicación retroactiva a lo largo del año 2012 de la suspensión o supresión (“*dejar sin efecto*”) del incremento de la pensión derivado de la actualización que se hubiera llevado a cabo en cumplimiento de los preceptos legales indicados de la LGSS. Tal disposición del RD-L 28/2012 entró en vigor el 1 de diciembre de 2012, cuando —alegan los partidarios de la estimación de la cuestión— ya se habría devengado el derecho al incremento o parte de la pensión correspondiente a la actualización; con lo cual se produciría infracción del art. 9.3 CE.

b) Por la expropiación o privación al pensionista, sin indemnización o compensación legal, del derecho adquirido a dicho incremento o elevación de la cuantía de la pensión actualizada; lo que —de nuevo en la opinión favorable a una resolución estimatoria— constituiría lesión del art. 33.3 CE. Es lógico pensar —y es ésta, según parece, una consideración implícita en el discurso de todos los intervinientes en STC 134/2015 (las partes, el organismo judicial que ha propuesto la cuestión, el propio Tribunal Constitucional)— que esta alegada segunda vulneración constitucional es una consecuencia de la primera: si ya ha surgido el derecho a la pensión actualizada, entonces se habrá producido también privación o expropiación al pensionista de tal derecho por parte del RD-L 28/2012; y viceversa.

Una última explicación de datos legales (art. 48 LGSS vigente en 2012) y de datos económicos (evolución de los precios en dicho ejercicio) vale la pena consignar aquí para comprender mejor los términos de la cuestión propuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Burgos. Los complicados elementos de cálculo de la actualización de pensiones para 2012 eran los siguientes:

1) la base del incremento de la pensión reconocida a cada pensionista era el importe de la misma actualizado a fecha 31 de diciembre del ejercicio anterior (2011);

2) la previsión de revalorización por incremento de la inflación para el año 2012 estaba cifrada en el 1 %, de acuerdo con el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre;

3) atendiendo a los datos del Instituto Nacional de Estadística, el cálculo a final de noviembre de 2012 de la diferencia porcentual en más entre la inflación prevista y la inflación real del ejercicio 2012 alcanzaba el 1'9 % (la inflación real en dicha fecha de 2012 se había elevado al 2'9 %);

4) la elevación-actualización de la pensión para el siguiente año (2013), resultaba de la adición al 1% de revalorización a principios de 2012 (cifra provisional de la inflación prevista) de la citada cifra porcentual del 1'9 % (diferencia entre inflación real e inflación efectiva a 30 de noviembre de 2012);

5) correspondía, en consecuencia, el abono a cargo de la entidad gestora de la diferencia en menos de la cuantía de la pensión devengada a lo largo del año de 2012, “*de acuerdo con lo que establezca la respectiva ley de Presupuestos Generales del Estado*” (se sobreentiende: la que se aprobó para el año 2013, es decir, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre);

6) en fin, tal eventual abono, según el citado art. 48 LGSS vigente entonces, habría de efectuarse mediante una paga adicional al pensionista en el curso del primer trimestre del año 2013. Este abono adicional era, perdónese me la insistencia, el que suspendía o suprimía el art. 2.1 del RD-L 28/2012.

STC 134/2015, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, no ha apreciado las vulneraciones denunciadas mediante una argumentación que el ponente expone de manera clara y resumida. La sumariedad se explica por una buena razón. En el mismo año 2015 el Pleno del Tribunal Constitucional había dictado una sentencia desestimatoria —STC 49/2015, de 8 de marzo— exactamente sobre los mismos temas constitucionales de supuesta o real vulneración de los artículos 9.3 CE y 33.3 CE por parte del RD-L 28/2012. Las únicas diferencias (procesales) entre uno y otro caso, carentes de relevancia para el fondo de las resoluciones respectivas, radicaba: a) en que los temas de constitucionalidad habían sido planteados en STC 49/2015 por la vía del “recurso de constitucionalidad”, interpuesto por “50 Diputados” o más [(art. 162.1 a) CE] (en el litigio de STC 49/2015, 146 Diputados integrantes de diversos grupos parlamentarios); y b) en que, como también ya se ha señalado, en la sentencia antecedente el órgano decisor había sido el Pleno y no una Sala del Tribunal Constitucional.

Como es lógico, de acuerdo con el principio *stare decisis*, el magistrado-ponente D. Fernando Valdés Dal-Ré y los miembros de la Sala que ha dictado STC 134/2015 mantienen la doctrina jurisprudencial de la precedente STC 49/2015, cuya ponencia había correspondido a la magistrada D^a

Encarnación Roca Trías. Ahora bien, el ponente de STC 134/2015 había formulado voto particular a la sentencia anterior del Pleno junto con otros tres miembros del Tribunal (D. Luis Ortega, D^a Adela Asúa y D. Juan Antonio Xiol); y decidió reiterar en la propia resolución posterior aquí comentada su “discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo” de la sentencia precedente. Este segundo voto particular es escueto: remite *in toto* a los términos del anterior, haciendo constar que, en su opinión disidente, el RD-L 28/2012 había incurrido en la primera de las infracciones denunciadas [“vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)”].

A la vista de las consideraciones anteriores, el comentario a STC 134/2015 se ha de convertir de manera obligada en un comentario conjunto a dicha sentencia y a la sentencia antecedente STC 49/2015. Pero no es ésta la única singularidad de la labor de análisis que nos hemos propuesto. El estudio de las dos referidas sentencias del Tribunal Constitucional presenta otros rasgos o caracteres peculiares. Uno de ellos es el notable interés de los temas constitucionales abordados, que no han perdido actualidad a pesar de los cambios legales introducidos luego. Otra peculiaridad de los casos enjuiciados en STC 49/2015 y 134/2015 es la acusada complejidad jurídica de los mismos. La consideración de los factores o elementos causantes de esta complejidad nos va a ocupar en el apartado siguiente y nos servirá de hilo conductor en la exposición sucesiva.

El artículo 9.3 CE sobre la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales ha suscitado problemas hermeneúticos de solución nada fácil. El primero es el alcance o “grado” (mínimo, medio, máximo) de la retroactividad normativa prohibida en la Carta Magna. El segundo es la naturaleza de los “derechos individuales” cuya restricción veda el propio precepto: ¿todos los derechos individuales reconocidos en el ordenamiento?; ¿sólo los derechos fundamentales o constitucionales?; ¿los derechos constitucionales más otros derechos legales de especial trascendencia para las personas o individuos afectados?.

Como comprobaremos más adelante, a la altura de 2015 se contaba ya con un apreciable bagaje de jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional en relación con estos problemas de interpretación del art. 9.3 CE. Pero dicho bagaje había de ser aplicado y adaptado al supuesto particular del derecho a pensión adecuada y actualizada, a la vista de la configuración legal de tal derecho existente en 2012, y de la incidencia en su cuantía producida por el RD-L 28/2012. Y justamente es esta adaptación o aplicación lo que se argumenta, con criterios jurídico-constitucionales discrepantes, en las sentencias comentadas.

También suscitan dudas o problemas jurídico-constitucionales (tal vez de menor dificultad teórica, pero no menos fáciles en su concreción práctica) la calificación y la fijación del derecho constitucional a la pensión de jubilación. Ya hemos señalado que admitir el reconocimiento de este derecho por parte del art. 50 CE parece la mejor (muy probablemente, la única) solución, puesto que la garantía de una pensión en la “tercera edad” equivale, sin forzar para nada el lenguaje, a la atribución de tal posición jurídica activa a quienes cumplan los requisitos legales de la pensión de jubilación. Pero nada sencilla resulta, en cambio, la labor de determinar los criterios y los márgenes tanto de la “adecuación” como de la “actualización” de la pensión atribuida. Tales criterios y tales márgenes han de ser observados en la determinación de su cuantía por parte del poder legislativo, y también, en su caso, por parte del Tribunal Constitucional en su eventual función depuradora de “legislador negativo”.

En efecto, son varios y de amplio espectro los elementos o factores de la adecuación de las pensiones a tener en cuenta. El primero es sin duda la suficiencia de las prestaciones periódicas correspondientes al pensionista. Este requisito es mencionado de manera expresa en el art. 41 CE. En su concreción deben entrar en juego, por razones que saltan a la vista, diversos indicadores económicos y sociales; señaladamente, el coste de la vida, el patrón o patrones habituales de necesidades del jubilado y las situaciones patrimoniales típicas en la tercera edad.

El segundo factor o elemento a tener en cuenta para la determinación de la pensión adecuada es la contributividad o correspondencia de la cuantía de la prestación al esfuerzo de cotización acreditado por cada pensionista (para ser exactos: por cuenta de cada pensionista) en el “régimen público de Seguridad Social”. En principio, este factor parece bastante más preciso que el anterior. Pero, por una parte, su afirmación ha requerido un apreciable esfuerzo de interpretación constitucional; y, por otro lado, su concreción práctica a cargo del legislador cuenta también con un cierto margen de elasticidad.

El argumento en favor de la contributividad de la pensión adecuada resulta, en realidad, como se encargó de apuntar en su momento el profesor Borrajo Dacruz, del mandato del propio art. 41 CE, el cual, a modo de garantía institucional, ordena “mantener” —y es decir, conservar— la acción protectora del “*régimen público de Seguridad Social*”. Tal mandato obliga desde luego al legislador futuro a dispensar protección suficiente a los ciudadanos frente a determinados riesgos o contingencias sociales, entre los que se encuentra sin duda la jubilación o el retiro en la tercera edad.

Cuestión distinta es, dicho sea de paso, si la estructura actual del régimen aseguratorio público, integrada por la acción protectora —pensiones, subsidios y asistencia sanitaria para diversas contingencias de la vida laboral— y por el sistema de financiación que la sustenta —cotizaciones sociales—, debe también ser mantenida por mandato constitucional. Sobre este punto, que no podemos desarrollar aquí ya que exigiría una argumentación bastante complicada, nuestra respuesta sería negativa.

Pues bien, estas dos dimensiones básicas de la estructura aseguratoria pública han respondido en nuestro Derecho, desde los orígenes de los seguros sociales hasta su configuración actual establecida en los años sesenta y setenta del pasado siglo, a un modelo “profesional” de Seguridad Social. De acuerdo con este modelo la financiación se obtiene de cotizaciones sociales más o menos elevadas según una determinada escala de grupos profesionales (la actual “tarifa de cotizaciones”); al mismo tiempo, las prestaciones económicas atribuidas a los asegurados —las prestaciones en dinero consistentes en pensiones o subsidios temporales— son *grosso modo* correlativas a las cotizaciones acreditadas por los mismos.

Un matiz adicional conviene añadir a propósito de la norma general de contributividad de las pensiones: no se trata de una regla matemática estricta, sino de un principio jurídico con ciertos márgenes de flexibilidad en su aplicación, derivados o exigidos por diversas causas. Una de ellas, a la que se refieren en más de un pasaje las propias sentencias comentadas, es la solidaridad en favor de los asegurados más vulnerables; y otra el sistema financiero adoptado de “reparto” y no de “capitalización”, según el cual son los trabajadores cotizantes de ahora los que sustentan las prestaciones de los extrabajadores que hoy son pensionistas.

Un tercer elemento o factor de la adecuación de las pensiones, que no se debe perder de vista, es la sostenibilidad del entero sistema o conjunto aseguratorio. No puede ser adecuado un cuadro de pensiones, así como las unidades o componentes que lo integran, que no resultare económicamente viable a medio o largo plazo. De acuerdo con este último elemento, la adecuación y actualización de las pensiones ha de tener en cuenta no sólo el punto de vista “micro” de la suficiencia y contributividad de las prestaciones, sino también el punto de vista “macro” de la solvencia o equilibrio financiero de las fuentes de financiación.

Este mandato de sostenibilidad es característico del régimen público de pensiones, aunque impregna en general al conjunto de los derechos sociales de prestación. La sostenibilidad obliga, como es obvio, a tener en cuenta, tanto en la determinación de las pensiones como en su actualización, los resultados del balance de ingresos y gastos de la acción protectora. Lo que, en una coyuntura de persistente dificultad financiera, puede suponer, ciñéndonos al punto que aquí nos interesa. la modificación por parte del legislador de las distintas piezas y engranajes (no, a nuestro juicio, de la pensión inicialmente reconocida pero sí) de los parámetros o variables que determinan la actualización de la misma; a saber: a) el criterio o criterios de revalorización de su cuantía, b) el

período o ciclo temporal a considerar para la actualización, c) el modo de cálculo de la actualización, d) el procedimiento o mecanismo para su efectividad.

En suma, la fórmula del artículo 50 CE —garantía de “pensión adecuada y actualizada”— obliga ciertamente a tener en cuenta todas estas piezas normativas. Pero lo que no especifica la Constitución, dejando un amplio margen de concreción al poder legislativo, es —valga de nuevo la reiteración, en aras de la claridad— el criterio o criterios de revalorización de las pensiones (tasa de inflación, índice de incremento salarial de los activos, factor de sostenibilidad, etc.), el cuándo (actualización periódica semestral, anual, bienal, etc.) y el cómo (incremento automático, paga diferida, etc.) de las correspondientes actualizaciones.

Si bien se mira, este protagonismo del legislador en la configuración del derecho a pensión adecuada y actualizada se encuentra ya expresamente afirmado en el art. 53.3 *in fine* de la Carta Magna, donde se dice que los derechos correspondientes a los “*principios rectores de la política social y económica*” “[s]ólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Tanto el razonamiento de la mayoría del Tribunal Constitucional en STC 49/2015 y en STC 134/2015 como el de los magistrados que suscribieron el voto particular coinciden en el planteamiento de la solución de la cuestión constitucional y en los principales pasos de la argumentación. En la larga y compleja cadena del silogismo jurisdiccional desarrollado en estas sentencias, la discrepancia se limita, con las precisiones que se harán enseguida, a un solo punto o premisa de constitucionalidad. El punto en el que no hay acuerdo (que se ubica, además, en el espacio propio de la premisa menor de un ideal silogismo *modus ponens*) se refiere a la existencia o no de un derecho perfeccionado o consolidado a la porción de la pensión correspondiente a la actualización establecida para el año 2012.

La decisión de la mayoría en las sentencias 49/2015 y 134/2015 es que la adquisición de tal derecho a la parte de la pensión correspondiente a la actualización hubiera tenido lugar a final del año 2012; por lo que estaba muy cerca de acaecer, pero no había acaecido todavía, cuando entró en vigor el RD-L 28/2012, es decir, el 1 de diciembre de ese año. En consecuencia, según la resolución jurisdiccional, dicha porción de la pensión era entonces una mera expectativa, o a lo sumo un “derecho condicionado”, sometido a condición suspensiva.

En los términos de STC 49/2015, este pasaje del razonamiento contiene las siguientes afirmaciones: a) “El período de generación de la actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario”; b) “la referencia de noviembre a noviembre [en el art. 48.1 LGSS] es una mera regla de cálculo”, establecida por razones de conveniencia de gestión, que no afecta a la consolidación del derecho; c) “la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio”; d) “Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización”; y e) conclusión decisoria: “cuando se dictó el Real Decreto-Ley 28/2012 [los pensionistas afectados] sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto”.

En cambio, el voto particular a dicha STC 49/2015 (al que remite, no lo olvidemos, el voto participar de STC 134/2015) entiende que la conclusión del período de cálculo de la actualización (de 1 de diciembre de 2011 a 30 de noviembre de 2012) si hubiera debido determinar la consolidación del derecho a la porción de pensión actualizada. Literalmente: a) si “el IPC real ha sido superior efectivamente al IPC previsto”, entonces “la condición” a que estaba sometida la actualización “ha de entenderse cumplida y, por consiguiente, activado el mandato de mantenimiento de pensiones, en la parte referente a la actualización”; b) “el cumplimiento de la condición comporta”, en suma, “la maduración o consumación del tan mencionado derecho a la actualización”; y c) conclusión de la opinión disidente: “el art. 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012 no procedió a suspender la actualización de las pensiones” sino a “privar, abolir, cesar o suprimir el derecho, ya consolidado, a la percepción

por los pensionistas de la segunda fracción que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones”.

En el fondo tanto de la decisión mayoritaria, como también del voto particular, subyacen actitudes y preocupaciones loables que merecen consideración; y que, visto con la distancia y sin el apremio de tiempo que proporciona la posición de comentarista, acaso hubieran podido alcanzar un punto de encuentro.

En un razonamiento jurídico tan abarcador y comprensivo como es el razonamiento jurídico-constitucional, la indicación de estas actitudes o preocupaciones subyacentes de las posiciones confrontadas suele aparecer en la motivación o motivaciones expresadas en la sentencia (lo que los teóricos de la actividad jurisdiccional llaman “contexto de justificación”) y no sólo de los móviles implícitos de la misma, de orden psicológico o sociológico (el denominado “contexto de explicación”). Así ha sucedido, como vamos a ver, en las sentencias objeto de este comentario.

Inspira a la mayoría del Tribunal Constitucional una actitud de deferencia al legislador de urgencia, que tiene sólida base en el ya reseñado art. 53.3 CE. El lector de hoy comprenderá mejor esta actitud si reconstruye o reproduce la dramática coyuntura económica generada por las secuelas de la “gran recesión” de 2008, agudizadas precisamente entre nosotros en el curso de 2012. No olvidemos que correspondió precisamente a ese año, pocos meses antes de la aprobación del RD-L 28/2012, el dramático pronunciamiento del Banco Central Europeo sobre que había que resolver “a toda costa” (“*whatever it takes*”) las consecuencias de la mentada crisis financiera en el conjunto de la Unión Europea.

Así razonaba la mayoría en STC 49/2015 su posición de aceptación de la conducta del legislador de urgencia: a) “El elevado déficit del sistema de Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público [...] obligaron con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en 2012”; y b) “el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer” es el que tiene competencia para regular “el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar”, así como para llevar a cabo modificaciones “para adaptarlas a las necesidades del momento”.

Para el profesor Valdés que suscribió el voto particular en STC 134/2015, y para él mismo y los otros magistrados que redactaron o suscribieron el voto disidente previo en STC 49/2015, la actitud subyacente justificatoria del disenso es la conveniencia o necesidad de reconocer un contenido constitucional mínimo al derecho a pensión adecuada y actualizada, inmune a la potestad de configuración legislativa. A pesar de la amplitud del margen atribuido al legislador por el art. 53.3 CE —viene a decirse— dicho margen no es ilimitado. Y los límites de la potestad legislativa, a juicio del voto particular, no fueron debidamente consignados y especificados en la resolución de la mayoría.

En los propios términos del voto: “la sentencia de la mayoría [...] renuncia a buscar otras soluciones capaces de aunar y conjugar de manera más equilibrada y proporcionada los intereses en presencia: el de las Administraciones públicas en asegurar la solvencia económica del sistema de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ya causadas y en fase de disfrute”. Con lo cual, y ya con referencia al caso, “descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos”.

Ya hemos señalado que las argumentaciones respectivas de la mayoría y la minoría en STC 49/2015 y STC 134/2015 coinciden en todos los pasos del razonamiento jurídico-constitucional relativo al art. 9.3 CE, salvo en uno, bien es verdad que decisivo: la existencia o no en la fecha de entrada en vigor del RD-L 28/2012 de un derecho consolidado a la porción de la pensión correspondiente a la actualización prevista para ese año en la normativa anteriormente establecida. Ahora bien, hay que

reconocer que en este paso de la argumentación —la aplicación del art. 9.3 CE al RD-L 28/2012— el desacuerdo entre mayoría y minoría arrastra otros disensos de menor trascendencia en el plano de la interpretación de las disposiciones legislativas cuya constitucionalidad se cuestionaba.

Estos desacuerdos sobre la interpretación de la normativa de la “legalidad ordinaria”, importantes desde luego en el caso enjuiciado, no alcanzan la misma trascendencia en el balance actual de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 9.3 CE. Máxime, si se tiene en cuenta que la muy notable movilidad de la legislación sobre revalorización y actualización de pensiones, que ya había experimentado numerosas modificaciones no sólo antes de 2012 sino también en el tiempo intermedio 2012-2015 (bien explicadas por cierto en el fundamento 2 de STC 49/2015); y que ya no está en vigor en la versión de la Ley General de la Seguridad Social a día de hoy.

Reseñaremos a continuación los desacuerdos en cuestiones de legalidad que reflejan las sentencias comentadas. Y veremos en el siguiente apartado cuáles son las premisas compartidas por la mayoría y la minoría del Tribunal a la altura de 2015; unas premisas que —éstas sí— constituyen la doctrina constitucional actualmente operativa en materia tan sensible y de permanente e inevitable actualidad como la que concierne al derecho constitucional a una pensión de jubilación adecuada y actualizada.

Para la mayoría, el art. 48.1 LGSS vigente en 2012 contiene dos mandatos diferentes: 1) “por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo”, y con aplicación a la totalidad de “dicho año”; y 2) “por otro lado, la actualización de dicha revalorización”, correspondiente al período que va de principio de noviembre del año anterior a final de noviembre del año al que dicha revalorización se refiere.

Justamente es esta distinción conceptual entre revalorización y actualización la que permite afirmar que el derecho a la porción de pensión que correspondía a la actualización del año 2012 no se había consolidado a principios de diciembre. La pensión se ha revalorizado —viene a decir la ponencia mayoritaria— pero la actualización de la revalorización todavía no se había producido a 1 de diciembre de ese año. El argumento se refuerza con la siguiente consideración: el art. 48.1.2 LGSS aplicable al caso “no procede a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real”, sino que se remite “a la Ley de Presupuestos Generales del Estado”; expresión que “supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a las necesidades económicas del Sistema” en la Ley de Presupuestos del ejercicio siguiente.

La minoría en STC 49/2015 y 134/2015 entiende los mandatos del artículo cuestionado del RD-L 28/2012 de manera diferente. De entrada, atendiendo al canon de la interpretación gramatical, el voto particular razona que “dejar sin efecto” significa suspender o suprimir algo que ya ha nacido al mundo jurídico. Y lo que ha nacido —sigue la argumentación del voto— no es otra cosa que el derecho a la porción de la pensión que corresponde a la revalorización actualizada; un derecho ya devengado y perfeccionado a medida que la inflación real de 2012 se apartaba de la inflación prevista a principio del ejercicio económico, y con independencia de que su abono se hiciera efectivo en el primer trimestre del año siguiente.

La distinción “devengo del derecho/pago de la prestación devengada” desempeña así en la argumentación del voto particular un papel semejante a la distinción “revalorización/actualización” en la posición mayoritaria. Una distinción esta última que, obviamente, la minoría del Tribunal no acepta, al contemplar la actualización como un ingrediente inescindible de la revalorización provisionalmente prevista a principios de año. En este contexto argumentativo la referencia al art. 48.1 LGSS a los Presupuestos Generales del Estado se explica no como una potestad del legislador presupuestario sino como una mera referencia al deber de aprobar en Presupuestos el crédito correspondiente al pago de la diferencia en más de las pensiones entre inflación prevista e inflación efectiva.

En los términos literales del voto particular: “la expresión *de acuerdo* con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de las pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente a la *correspondiente* actualización”. Así lo han venido entendiendo —afirma el propio voto— el legislador ordinario en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Una vez señaladas con cierto detalle las divergencias, podemos pasar ya a la exposición de los puntos de coincidencia entre la mayoría y la minoría en las sentencias 49/2015 y 134/2015. Como podrá comprobarse, estas premisas compartidas configuran un cuerpo bastante completo de doctrina jurisprudencial, adoptado por el Tribunal Constitucional a lo largo de resoluciones precedentes y mantenido y desarrollado en las propias sentencias comentadas de 2015. Salvo cambios improbables (aunque nunca descartables), esta jurisprudencia consolidada servirá de base a eventuales pronunciamientos futuros: a) sobre la naturaleza y los caracteres del derecho a pensiones, b) sobre la inclusión de este derecho en el campo de aplicación del art. 9.3 CE, y c) sobre la aplicación al mismo de la regla constitucional de irretroactividad de las disposiciones legales restrictivas de los derechos individuales.

Sobre la naturaleza del derecho a pensión como derecho de configuración legal se pronuncia STC 134/2015, con cita de precedente (STC 114/1987) en el fundamento 5: “Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisan para hacer efectivo ese derecho”. A los requisitos o caracteres de suficiencia y sostenibilidad del cuadro de pensiones establecido por el legislador se refiere a continuación la propia sentencia, asimismo con cita de precedentes (STC 127/1987 y STC 134/1987). Estos requisitos son reconocidos también en el voto particular, con particular claridad en lo que concierne a la sostenibilidad: “el concepto de pensión adecuada del art. 50 CE no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto [...], sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”.

El propio principio contributivo que inspira el régimen público de Seguridad Social es aludido de manera inequívoca tanto por la mayoría como por la minoría del Tribunal (con apoyo, de nuevo, en STC 134/1987), sin olvidar la posible ventaja o desventaja a las pensiones de los grupos profesionales más o menos económicamente vulnerables. Y, en cuanto a la pensión actualizada, la mayoría se encarga de recordar que “la garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones”; mientras que el voto puntualiza que no defiende “la denominada irreversibilidad de los derechos sociales”, y que no sostiene, en concreto, “que una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación sería inconstitucional”.

En cuanto a los “derechos individuales” cuya restricción veda el art. 9.3 CE existe de nuevo coincidencia entre la mayoría y la minoría del Tribunal Constitucional en STC 49/2015 y STC 134/2015; y se citan también abundantes sentencias precedentes en la misma línea (SSTC 104/2000, 131/2001, 112/2006, 89/2009, 90/2009 y 100/2012). Los derechos comprendidos en esta garantía son los derechos fundamentales y las libertades públicas del Título I de la Constitución y, además “los derechos que afectan a la esfera general de protección de la persona”, entre los que se incluye, desde luego, el derecho a pensión.

Una última y decisiva premisa de la jurisprudencia constitucional en materia de pensiones versa sobre el concepto o “grado” de irretroactividad contemplado en el art. 9.3 CE. Para la mayoría y para la minoría el STC 49/2015 y 134/2015, la retroactividad prohibida en este precepto es la denominada “retroactividad auténtica” o propiamente dicha, correspondiente a lo que la doctrina científica identifica con la irretroactividad en grado máximo; es decir, la que afecta no a expectativas

o derechos condicionados o en curso de adquisición, sino a derechos ya adquiridos o perfeccionados. Y fue precisamente en este último paso del razonamiento, relativo a la legislación vigente en 2012, donde afloró, como hemos puesto de relieve, la discrepancia entre la decisión mayoritaria y la opinión disidente.

Permítaseme al final de un comentario inevitablemente complicado, habida cuenta de la complejidad de SSTC 49/2015 y 134/2015, el alivio, sin duda un tanto frívolo, de recurrir a metáforas deportivas. Al fin y al cabo, la confrontación entre la mayoría y la minoría en los órganos jurisdiccionales colegiados es y debe ser una noble competición deliberativa de razones jurídicas, desarrollada con severa deportividad ante la opinión pública general (de los ciudadanos) y especializada (de los juristas). Y el comentarista, que interviene a distancia y desde fuera, no está obligado, por cierto, al mismo grado de severidad que los titulares del poder público.

Para la mayoría del Tribunal Constitucional, la actuación del Gobierno en el RD-L 28/2012 fue un *macht point* que rozó la red, consiguiendo no obstante su propósito de alcanzar el efecto de invalidación de la actualización de las pensiones. En cambio, para los magistrados que suscribieron el voto particular la jugada del Gobierno debió ser anulada al haber incurrido en una infracción o falta previa, consistente en extemporaneidad por agotamiento “en la bocina” del tiempo de juego. No es estrictamente necesario, y resultaría tal vez improcedente en el contexto del presente comentario, que nos pronunciáramos tajantemente, a modo de árbitro de *VAR*, sobre la controversia suscitada en el seno del Tribunal en la solución del caso. Desde el punto de vista doctrinal, lo importante —me parece— ha sido el intento de identificar los temas constitucionales y legales implicados, y el propósito de destacar que nos encontramos desde luego ante un caso-límite.

La cuestionable institucionalización constitucional de juicios de valor sobre el alcance de la objeción de conciencia sanitaria

JORGE TORRENTS MARGALEF

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

 <https://orcid.org/0000-0002-0345-5823>

I. LA ACTUALIDAD DEL PROBLEMÁTICO ALCANCE DE LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA

Se dice que el conflicto entre autoridad y conciencia es tan antiguo como la humanidad, pudiéndose remontar a ejemplos bíblicos, si bien el uso propio del término de objeción de conciencia, muy ligado a los derechos humanos, empieza a implantarse en el siglo pasado, pues solo puede darse en sociedades en las que se valora la autonomía individual, las convicciones y el pluralismo, por lo que el derecho a la objeción de conciencia es relativamente reciente al ser propio de países liberales, democráticos y laicos¹. La objeción de conciencia es una figura que, en los últimos tiempos, ha sufrido una considerable expansión², en particular, en el ámbito sanitario, ante las nuevas leyes que regulan la eutanasia (la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo) o la interrupción del embarazo (Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero). Se puede decir que es un fenómeno que sigue de moda, en cada vez un mayor número de ámbitos, más allá de los relacionados con los pioneros servicio militar obligatorio o la práctica del aborto, multiplicándose los supuestos latentes de objeción de conciencia³, en particular, cuando se defiende que se puede presentar en cualquier profesional que sea obligado a realizar un acto que vaya contra su conciencia⁴. La objeción de conciencia continúa dando lugar a un apreciable debate y discusión, en cuyo análisis, a la vista de los numerosos trabajos doctrinales consultados, se aprecia la frecuente presencia de un componente ideológico.

1. La complejidad de la definición, los elementos caracterizadores y las clasificaciones de la objeción de conciencia

Los componentes, tanto jurídicos como ideológicos, que se entrelazan en el concepto de objeción de conciencia hacen que sea compleja su definición⁵. Según el Diccionario panhispánico de español jurídico de 2020, se trata del “derecho a oponer excepciones al cumplimiento de deberes jurídicos cuando su cumplimiento implique una contravención de las convicciones personales ya sean religiosas, morales o filosóficas”.

Doctrinalmente, se identifica una infinidad de propuestas de definición de la objeción de conciencia, desde las más sencillas que se centran en la negativa a realizar un acto o conducta que

¹ MARCÓ BACH, F.J.: “Algunos problemas de la objeción de conciencia”, en *Medicina y Ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 33, Nº. 3, 2022 (Ejemplar dedicado a: Medicina y Ética), págs. 771-835.

² Ya se referían a un “big bang” de objeciones de conciencia autores como NAVARRO-VALLS R, MARTÍNEZ TORRÓN J.: “Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia”. *Iustel*, Madrid, 2011.

³ GÓMEZ SALADO, M.A.: “Los farmacéuticos y la objeción de conciencia para el suministro de la «píldora del día después». Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2015.

⁴ MARCÓ BACH, F.J., cit., pág. 775, aporta un amplio abanico de ejemplos: periodistas, servidores públicos, estudiantes, padres, farmacéuticos, pacientes en hospitales, etc.

⁵ VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control de los objetores de conciencia tras la nueva ley de la eutanasia”, en *Bioderecho*, es, (15), 1-25. <https://doi.org/10.6018/bioderecho.520541>.

resultaría jurídicamente exigible a un individuo, por motivos de conciencia o por incompatibilidad con sus convicciones éticas fundamentales. Es recurrente la remisión a la definición concebida por Gascón Abellán, según la cual la objeción de conciencia es el “incumplimiento de un deber jurídico motivado por la existencia de un dictamen de conciencia, que impide observar el comportamiento prescrito y cuya finalidad se agota en la defensa de la moralidad individual”⁶.

Por su parte, Marcó Bach entiende que es “la actitud personal basada en los principios de su conciencia ética, por la que se siente obligado a incumplir una determinada disposición legal o de un superior jerárquico, que le obliga a actuar en contra de su conciencia o le impide obrar conforme a ella”, y describe estas cuatro características esenciales de la objeción de conciencia: a) que es fundamental para la integridad de conciencia de la persona objetora, por lo que se puede considerar como la vivencia subjetiva de la ética; b) que es una acción privada y apolítica, ya que su fin no es eliminar o modificar la ley, ni buscar un cambio de política sobre un tema; c) el motivo de la objeción de conciencia es la existencia de una obligación legal, por lo que la persona siente el deber moral de obedecer a sus convicciones de conciencia por encima de la disposición legal, siempre que no sea por motivos de tipo ideológico o político, ya que no serían de conciencia; y d) la objeción de conciencia debe respetar unos límites justos, sin afectar de forma grave los derechos de terceras personas ni lesionar el orden público o el bien común. En definitiva, el derecho a la libertad de conciencia no debe tener otros límites que el producir un perjuicio grave a otra persona⁷.

Es precisamente esa cuarta nota característica la que presenta mayor interés con respecto a los cuatro elementos de la objeción de conciencia identificados por otros autores, que giran en torno a la norma, la conciencia, el conflicto entre ambas y la manifestación de ese conflicto por la persona afectada⁸. Lo que se suele dejar claro es la intención estrictamente privada de la objeción, de manera que se diferencia de otras formas de desobediencia o resistencia a la ley, por lo que se incumple la obligación sin recibir castigo por ello⁹.

Para el Comité de Bioética de España, existen cuatro elementos necesarios para la consideración como objeción de conciencia de una negativa a cumplir un deber jurídico. El elemento diferencial, en este caso, está en la ausencia de opciones que permitan al sujeto cumplir la norma sin llevar a cabo la actividad que repudia su conciencia¹⁰.

Lo cierto es que estos elementos son fácilmente identificables en abstracto, pero los conflictos de derechos son más complejos y determinables en la objeción de conciencia sanitaria, al tener un carácter eminentemente profesional, lo que significa que se halla delimitado el círculo de las personas que pueden declararse objetoras a profesionales de la medicina y de enfermería y, por otro lado, profesionales farmacéuticos. Aun así, no acoge a todas las personas que pertenecen a esos colectivos profesionales, sino que hay que atenerse al contexto, condiciones y sus cometidos concretos, pues solo alcanza a aquellos profesionales cuyas funciones concretas sean la materialización final de esa actividad que puede llegar a repulsar su conciencia¹¹.

Son muchas y variadas las posibles clasificaciones de las objeciones de conciencia. Por ejemplo, cabe distinguir entre la objeción de conciencia *secundum legem* y la *contra legem*. En la primera, la ley dispensa a la persona para la acción o le confiere una alternativa —como sucede

⁶ GASCÓN ABELLÁN, M.: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 85.

⁷ Op. Cit., págs. 777 a 787.

⁸ ORTEGA GUTIÉRREZ, D.: “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 45, 1999 p. 110.

⁹ Por todos, MARTÍNEZ OTERO, J. M.: “La objeción de conciencia institucional a la práctica de la eutanasia: ¿Pretensión abusiva o derecho legítimo?”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 115, 2022.

¹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: *Opinión sobre la objeción de conciencia en sanidad*. Informe de 13 de octubre de 2011, Madrid, 2011.

¹¹ VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit. pág. 3-4.

con el aborto—, aunque debe contar con el reconocimiento del legislador para poder ser ejercida la objeción; mientras que, en la segunda, no se tiene respaldo normativo específico, por lo que se trata de contravenciones de una norma legal forzadas por la propia conciencia¹², de modo que se niega el derecho por ser contrario al cumplimiento de los deberes legales¹³.

También se diferencia, según la relación que se tenga con el acto, entre la “objeción directa” (cuando la persona objetora ha de realizar por sí misma el acto que contraviene su conciencia) y la “objeción por conexión”, que es la manifestada por aquellos sujetos que no materializan la acción, pero están vinculados a ella como colaboradores necesarios. En tales supuestos, debe ponderarse en cada caso la posibilidad de acogerse a la objeción de conciencia sanitaria, para evitar que se adicione una cuestión de interpretación personal de la vinculación entre sus tareas y el resultado final, que es el que sí está considerado en la objeción de conciencia.

Muy interesante es también la tipología en función de las repercusiones sobre las personas objetoras, en la que se diferencia entre la “objeción libre” (sin contraprestación por la decisión manifestada) y la “objeción sujeta a prestación sustitutoria” (que implica la obligación de quien objeta a realizar una prestación que sustituye a las acciones repudiadas por su conciencia). Otra clasificación posible es en función del grado de autenticidad, diferenciando la “objeción de conciencia responsable” (que se adopta basándose en la formación del profesional y está exenta de emociones e intereses, es libre, argumentada y desinteresada) del fenómeno de la “objeción de conveniencia”, cuando falta alguno de los anteriores rasgos de la objeción responsable (como ocurrió con quienes optaban por acogerse al derecho a la objeción sin más convicción que librarse de los deberes del servicio militar obligatorio).

Siguiendo el criterio de la manifestación, en el caso de la objeción sanitaria, se contraponen la objeción de conciencia expresamente manifestada, de forma clara y abierta, de la objeción encubierta o “criptoobjeción”, oculta por voluntad del profesional que no objeta abiertamente y que, llegado el momento, no realizará la actividad en conflicto, con las consecuencias que comportarán para pacientes, el servicio y la sobrecarga para los profesionales que no hayan optado por la objeción. Para el Comité de Bioética de España, los auténticos enemigos de la objeción sanitaria son los pseudoobjectores, que abarcan tanto a quienes deciden acogerse a la objeción de forma no responsable, como a los criptoobjectores¹⁴.

2. Divergencias sobre la objeción de conciencia como derecho fundamental

Acerca de la naturaleza de la objeción de conciencia, hay concepciones contrapuestas. Por un lado, se alinean quienes consideran que es un derecho fundamental de la persona objetora, exigible frente a los poderes públicos, de manera que la regulación de la objeción ha de venir muy bien justificada, pues sería una excepción a la regla de la libertad. En cambio, en la vertiente opuesta estarían quienes defienden que, como parte de la democracia y diversidad de la sociedad, la objeción de conciencia es una excepción tolerada por el sistema jurídico, en el que tiene prioridad la ley sobre la conciencia individual, al regular los límites que se consideren oportunos en la concesión de la objeción de conciencia a las personas objetoras.

¹² VVAA: “La objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y Salud* (publicación oficial de la Asociación “Juristas de la Salud”), Vol. 20, número 2, julio-diciembre 2010, p. 49, citado por GALÁN CORTÉS, J. C.: “Objeción de conciencia sanitaria”, en *Responsabilidad Civil Médica*, Ed. Civitas, enero de 2022.

¹³ A estas dos concepciones de la objeción de conciencia, algunos autores añaden una tercera, que es la que la reconoce como un derecho humano constitucional, directamente aplicable. VIOLA, F.: “L’obiezione di coscienza come diritto”, *Persona y Derecho*, núm. 61, 2009. pág. 68 y ss.

¹⁴ Ver pág. 12 del citado Informe de 2021 del Comité de Bioética y, para mayor detalle en lo relativo a las anteriores clasificaciones, VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit., págs. 5 y 6. Sobre la existencia de fraude al apelar a la objeción de conciencia y cómo determinar si tiene un sustrato verdadero, MARCÓ BACH, F.J., cit., pág. 793-794.

Marcó Bach considera admisible la aceptación de una cierta regulación de la objeción de conciencia, pero debe ser mínima, y que será admisible siempre que no exista una vulneración importante de los derechos humanos de las demás personas, “entre otros, del derecho a la vida que es el primero, o una afectación importante al orden público y democrático de la sociedad”¹⁵. Centrados en el aborto, otros autores afirman que la objeción de conciencia por parte del personal sanitario es una manifestación de un derecho fundamental y tratan de desmentir la relación de esa objeción con la vulneración del derecho a la vida de las mujeres y a la salud sexual y reproductiva. Valorando el sentido iusfundamental de la objeción, plantean la duda de si realmente está en juego el derecho fundamental a la vida de esas mujeres enfrentado a un derecho fundamental a la vida del no nacido y a la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios objetores. Llegan a la conclusión de que la objeción de conciencia del personal sanitario “realmente es una manifestación del ejercicio de un derecho fundamental que no solo no está produciendo hipotéticos efectos colaterales en pretendidos derechos de la mujer, sino más bien ejerciendo una función profética (desde el punto de vista sociológico) y de garantía iusfundamental”¹⁶.

En contraposición a esta visión, en la doctrina se defiende que no puede considerarse la objeción de conciencia como una generalidad, sino como una excepción nada banal, puesto que faculta el incumplimiento de la ley y, por tanto, rompe la imperatividad de las normas legales establecidas¹⁷. De ahí que, como se ha destacado entre sus elementos, el derecho a la objeción de conciencia ha de ser ejercido de manera personal, no pudiéndose acoger ni formas colectivas ni anónimas. Además de la colisión con las normas que implementan la política sanitaria, el ejercicio de este derecho por parte de los profesionales genera otra controversia específica de la objeción de conciencia sanitaria: el enfrentamiento de la materialización de la objeción con los derechos de los ciudadanos o pacientes¹⁸.

Como puede apreciarse, son múltiples los fundamentos que amparan la objeción de conciencia sanitaria, así como los problemas que de ella se derivan, al igual que, en muchos casos, se percibe la presencia de un alto componente ideológico de las premisas sobre las que sustenta la asunción argumentativa de alguna parte de la doctrina.

3. Estado de la objeción de conciencia sanitaria en el ordenamiento jurídico español

En el mapa mundial que refleja la situación de las normas sobre objeción de conciencia en aborto, se clasifica a España entre los países de “reconocimiento limitado”, que son aquellos cuyas normas reconocen la objeción de conciencia y que explícitamente fijan límites. De los indicadores que identifican a España, se relata que se reconoce el derecho a la objeción de conciencia individual, que solo se permite a quienes realizan la práctica, que se exige una formalidad para su ejercicio, que se prohíbe la objeción de conciencia institucional y que existen sentencias de tribunales superiores. Por el contrario, se dice que no se permite la objeción de conciencia a cualquier personal de salud, que no se establecen límites a la objeción, no se imponen deberes a quienes la ejerzan ni se exige motivación en la presentación de la objeción de conciencia. En cuanto al marco normativo sobre la objeción de conciencia, se indica que no existe una norma constitucional, pero sí a nivel legal, regulatorio (se detalla el código de deontología médica de 2011) y jurisprudencial (entre otras resoluciones, aparece la STC 145/2015, de 25 de junio de 2015)¹⁹.

¹⁵ MARCÓ BACH, F.J., cit., pág. 790.

¹⁶ LEYRA-CURIÁ, S.: “El sentido iusfundamental de la objeción de conciencia al aborto frente al derecho a la salud sexual y reproductiva en Iberoamérica: perspectiva jurisprudencial”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(2), 403-427. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.12>.

¹⁷ AHUMADA RUIZ, M., “Una nota sobre la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 35, 2017, p. 309.

¹⁸ VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit., pág. 4, y TRIVIÑO CABALLERO, R., *El peso de la conciencia. La objeción en el ejercicio de las profesiones sanitarias*, Plaza y Valdés Editorial, Madrid, 2014.

¹⁹ REDAAS (Red de Acceso al Aborto Seguro). *Mapa global de normas sobre objeción de conciencia*. Buenos Aires, actualización de diciembre de 2022. En: www.redaas.org.ar/objecion-de-conciencia-mapa

Este compendio cartográfico muestra de forma correcta los rasgos sustanciales del modelo normativo actual, si bien conviene entrar en algún mayor detalle. Es cierto que la Constitución española (CE) solo menciona expresamente la objeción de conciencia para la exención del servicio militar obligatorio (art. 30.2 CE) que, aunque no se incluye entre los derechos fundamentales, sí se le confirió la misma protección que a ellos (art. 53.2 CE). También se contempla una referencia al derecho fundamental a la cláusula de conciencia en el art. 20.1 CE, para las personas profesionales de la información.

Al no reconocerse expresamente un derecho general a la objeción de conciencia en la Constitución, una parte de la doctrina entiende que este derecho solo existirá en la medida en que lo prevea el legislador²⁰, es decir, será una excepción concedida por la ley. En cambio, otra parte se posiciona en la consideración de que el derecho a la objeción de conciencia se encuentra reconocido implícitamente en el art. 16.1 CE, que garantiza el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto²¹.

En cuanto al marco legislativo vigente relativo a la objeción de conciencia, ha de decirse que, aunque decayó la obligatoriedad del servicio militar a partir del año 2001, sigue en vigor la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria, ya que los españoles y españolas pueden ser obligatoriamente designados como reservistas e integrarse en las Fuerzas Armadas (arts. 123 a 140 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar).

Destacan, en el ámbito de la objeción de conciencia sanitaria, dos leyes orgánicas que abarcan, respectivamente, el aborto y la eutanasia. Ambas normas, en su respectiva redacción original, mantienen perfiles muy similares, fueron promovidas por Ejecutivos socialistas y comparten notas comunes²². La primera de ellas, la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, causó un intenso debate en España al afrontar la cuestión de la objeción, a diferencia de la anterior Ley del aborto de 1985 que tan solo procedió a despenalizarlo. Dentro del art. 19 de la LO 2/2010, bajo el epígrafe “Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud”, se regulaba la objeción de conciencia.

La ley de 2010 ha sido recientemente modificada por la LO 1/2023, de 28 de febrero, y se extrae la regulación de la objeción de conciencia de aquel artículo, para reconocer expresamente este derecho del personal sanitario en el nuevo art. 19 bis. Destaca que se configura el derecho a la objeción de conciencia como una decisión individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse con antelación y por escrito. El acceso o la calidad asistencial de la prestación no se verán afectados por el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia; para ello, los servicios públicos se organizarán siempre de forma que se garantice el personal sanitario necesario para el acceso efectivo y oportuno a la interrupción voluntaria del embarazo. Finalmente, quienes se declaren personas objetoras de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo tanto en el ámbito de la sanidad pública como de la privada. Por otro lado, en el nuevo art. 19 ter se regula *ex novo* el registro de objetores de conciencia, previéndose, por primera vez, una regulación pormenorizada tanto de los fines de dicho registro como de los requisitos de acceso al mismo, a semejanza del registro para profesionales sanitarios en el caso de la eutanasia²³.

²⁰ Entre otros, GÓMEZ ABEJA, L.: “Reflexiones constitucionales en torno a la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, núm. 31, 2015, págs. 381-399.

²¹ Por todos, ALBERT MÁRQUEZ, M.: “El papel de la administración en la determinación del contenido del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en el contexto de «nuevos derechos»: Los casos del aborto y la eutanasia”, en *Estudios de Deusto*, vol. 66, núm. 2, 2018, págs. 153-189.

²² MARTÍNEZ OTERO, J. M.: “La objeción...”, cit., pág. 121, quien detalla cinco notas comunes.

²³ BIURRÚN-GARRIDO, A., GARCÍA-GARRO, V., PERELLÓ-ÍÑIGUEZ, C. y COLOMAR-PUEYO, G.: “Reforma de la Ley del Aborto, Ley Orgánica 1/2023; Implicaciones para la práctica profesional”, en *Musas*, vol. 8, núm. 1 (2023), pág. 30.

Precisamente, la otra ley a relatar es la LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que aportaba en ese momento un marco más completo de la objeción de conciencia sanitaria, al definirla expresamente como el “derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones” (art. 3.f LO 3/2021). Se establece que el ejercicio de la objeción de conciencia no podrá menoscabar el acceso y la calidad asistencial de la prestación de la ayuda para morir (art. 14) y se dedica un precepto, el art. 16, a delimitar el derecho a la objeción de conciencia para los profesionales directamente implicados en la prestación de ayuda, que ha de ser una decisión individual del profesional, manifestada anticipadamente y por escrito. Se prevé la creación de un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir (art. 16.2).

Se ha dicho que la restricción del ejercicio del derecho a la objeción solo a los profesionales directamente implicados en la prestación (abortiva o eutanásica) parece, en abstracto, relativamente pacífica, pero en la práctica ha suscitado algunas controversias jurídicas. Por ello, se defiende que este requisito de la conexión directa puede ser razonable siempre que no se haga una interpretación excesivamente restrictiva por parte de la Administración sanitaria y los tribunales²⁴.

El concepto de intervención directa no está delimitado ni en las definiciones del art. 3 de la LO 3/2021 ni en las definiciones del art. 2 de la LO 2/2010, en su nueva redacción operada en 2023. De haber aclarado el legislador el alcance de estos conceptos de objeción de conciencia sanitaria, se hubiera resuelto una de las cuestiones que mayor complicación presenta. En el caso de la prestación de ayuda para morir, además del profesional médico o de enfermería, participan otros profesionales, como el médico consultor (art. 3 LO 3/2021), personal farmacéutico que suministra la medicación, personal del equipo asistencial, etc. Sin embargo, Varcárcel García subraya que la Ley de la Eutanasia hace una regulación restrictiva del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia e incluye únicamente a quienes participan directamente en las dos modalidades legalmente establecidas: a) la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional competente (incluye al médico que la prescribe y al personal —médico o de enfermería— que la administre), y b) la prescripción o suministro al paciente de una sustancia para la autoadministración (comprendería al médico que prescribe la sustancia y al personal —médico o de enfermería— que, en última instancia, la pone a disposición del paciente)²⁵.

Cabe resaltar que, a diferencia del anterior texto de la LO 2/2010, el nuevo art. 19 bis de la ley establece el alcance del ejercicio de la objeción de conciencia a las personas profesionales sanitarias directamente implicadas “en la práctica” de la interrupción voluntaria del embarazo. Este nuevo término, aquí entrecomillado, supone una trascendente matización en cuanto aquella intervención directa, pudiendo resolver algunas discusiones como la de si hay conexión directa en la obligación de ofrecer información sobre el aborto que vincula a los profesionales médicos de atención primaria.

II. LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA

Como se ha visto, no se recoge en la Constitución el derecho a la objeción de conciencia sanitaria ni tampoco un genérico derecho a la objeción de conciencia, más allá de las tangenciales objeción alegada como exención del servicio militar y la cláusula de conciencia del art. 20.1.d) CE. No existe, pues, una alusión expresa del derecho general a la objeción de conciencia en el texto constitucional, a pesar de que hubiera sido factible su inclusión, ya que, al debatirse la Constitución, se plantearon enmiendas que proponían añadir un cuarto epígrafe al art. 16 CE, destinado de modo específico a este derecho. DE haber sido así, la CE se hubiera adelantado a lo previsto en la Carta

²⁴ MARTÍNEZ OTERO, J. M.: “La objeción...”, cit., pág. 121.

²⁵ VALCÁRCCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit., págs. 15 y 16.

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶, en cuyo art. 10.2 se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, eso sí, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.

Ante esta ausencia, ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional quien ha precisado el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en otros ámbitos distintos a aquellos mencionados en el texto constitucional. Es justo añadir que el Tribunal Supremo también ha delimitado el derecho a la objeción de conciencia, si bien no se entra en su jurisprudencia en este trabajo.

1. El proceso inicial de formación del acervo constitucional

El proceso de gestación de la doctrina del Tribunal Constitucional suele calificarse, expresivamente, de verdadero zigzag jurisprudencial²⁷, por cuanto se presentaron tres interpretaciones distintas del derecho a la objeción de conciencia entre los años 1982 y 1987, y siguieron otras interpretaciones en 2002, 2014 y 2015, lo que convierte en tarea nada fácil la articulación de una teoría coherente y racional de esta objeción.

En una primera fase, el juego interpretativo discurre en el confuso campo de lo expresamente reconocido por el constituyente, con carácter específico, en el art. 30.2 CE y lo que puede quedar implícito con carácter general en el art. 16.1 CE. Esta problemática acerca de la delimitación de la objeción de conciencia pronto quedó plasmada en la STC 15/1982, de 23 de abril, en la que el Tribunal justifica que debe darse un tratamiento diferenciado a la objeción de conciencia del art. 30 CE en el ámbito del servicio militar obligatorio, en relación con el resto de las reclamaciones que de este derecho se puedan realizar sobre la base del art. 16.1 CE. En esta primera oportunidad de pronunciarse, la STC 15/1982 (f.j. 8) sostiene que, “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en su art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español”, y que la expresión de que “la Ley regulará” contenida en el art. 30.2 CE no es más que la necesidad de la *interpositio legislatoris*, para conferir una regulación que permita la plena aplicabilidad y eficacia del derecho. Este pronunciamiento inicial del Tribunal Constitucional guarda silencio acerca de la aplicación directa de la CE. No obstante, unos días más tarde, en la STC 16/1982, de 28 de abril, se reconoce la eficacia directa de la CE sin necesidad de una regulación posterior.

En esta línea, pero centrado por primera vez en la objeción de conciencia sanitaria, la STC 53/1985, de 11 de abril, viene a mantener que la objeción de conciencia es un derecho fundamental por su vinculación natural con el art. 16.1 CE, y añade, *obiter dictum*, que ese derecho “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el Art. 16.1 de la Constitución y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” (f.j. 14).

La segunda fase viene marcada por la STC 160/1987 y la STC 161/1987, ambas de 27 de octubre y acerca de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Ahora el Tribunal matiza el carácter del derecho a la objeción de conciencia, como un derecho reconocido por la Constitución que está protegido por el recurso de amparo del art. 53.2 CE, “pero cuya relación con el art. 16.1 no autoriza ni permite calificarlo de fundamental” (f.j. 3 STC 160/1987). Con un mayor ángulo de alcance, la STC 161/1987 expresa que “La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar

²⁶ OLLERO TASSARA, A.: “La objeción de conciencia en la Constitución Española”, en VV.AA.: *Objeción de Conciencia. Implicaciones biojurídicas y clínicas de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*. Comisión ética y Deontología Médica del Colegio Oficial de Médicos de Valladolid, Valladolid, 2002, p. 26. VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit., pág. 6 informa que las enmiendas planteadas al art. 16 CE se presentaron en el Senado, con los números 17 y 452.

²⁷ RUIZ MIGUEL, A., “Comentarios al artículo 16.1 y 2”, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario*. Tomo I. Madrid: BOE, 2018, pág. 425.

ese cumplimiento contrario a las propias convicciones no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto” (f.j. 3).

Para muchos autores, estas sentencias formularon un cambio de corriente doctrinal o un giro jurisprudencial radical, si bien, por el contrario, también se ha entendido que mantienen el hilo conductor de la STC 15/1982, sin romperlo, pues insisten en el reconocimiento constitucional del derecho y en la necesidad de *interpositio legislatoris* para permitir su aplicabilidad y eficacia. Por lo tanto, y teniendo en cuenta el carácter de derecho expansivo de la objeción de conciencia, el problema de fondo es el silencio del legislador y sus consecuencias para los derechos en conflicto, ya que el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho autónomo que pueda alegarse en abstracto, de ahí que su reconocimiento y garantía ha de venir de la mano del legislador, ponderando los derechos en conflicto y estableciendo las medidas para su mejor conciliación posible²⁸.

2. La desconcertante STC 145/2015, de 25 de junio

La segunda línea jurisprudencial restrictiva, en cuanto a su interpretación en el caso concreto, fue mantenida por el Tribunal Constitucional en otras resoluciones posteriores, como la STC 55/1996, de 28 de marzo, el Auto 135/2000 o la STC 151/2014, de 25 de septiembre. Esta última afirma que, como el ejercicio del derecho no puede permanecer en la esfera íntima del sujeto, el objetor debe prestar la necesaria colaboración para que su derecho sea efectivo, empezando por la renuncia voluntaria de los derechos del art. 16.2 CE al tener que declarar sobre su ideología, religión o creencias (en ese caso, al tener que dejar constancia en el registro de profesionales objetores de la interrupción voluntaria del embarazo).

Llegados a este punto, el Tribunal Constitucional (TC) no había tenido ocasión de pronunciarse acerca de si los farmacéuticos eran titulares del derecho a la objeción de conciencia, en un contexto, como se ha visto en las páginas anteriores, nada pacífico sobre el carácter del derecho a la objeción de conciencia sanitaria. En este caso se trataba de un farmacéutico que recurría en amparo ante el TC al considerar que se había vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1 CE, al haberse mantenido en sede judicial la validez de la multa administrativa que le fue impuesta ante la denuncia formulada por un usuario de la farmacia por no disponer de preservativos. La sanción también abarcaba la ausencia de otro de los productos de los que se debe contar en las farmacias con existencias mínimas, de acuerdo a la legislación autonómica: el principio activo levonorgestrel, conocido como la píldora del día después. El farmacéutico justificaba el incumplimiento de la ley por su condición de objetor de conciencia, inscrito en el registro de farmacéuticos objetores del Colegio Oficial profesional. Para el TC, la novedad de este tema lo convertía en una cuestión de especial trascendencia constitucional, dando por sentada la existencia de un conflicto constitucional, cuando “en realidad el tratamiento del conflicto de manera liviana refleja que el verdadero interés del Tribunal reside en introducir modificaciones de calado”²⁹.

Con esta STC 145/2015, el Tribunal regresa al criterio de las primeras resoluciones que se han comentado, apoyando parte de su fundamentación jurídica en la STC 53/1985 (que fue invocada por el farmacéutico recurrente), por lo que se sostiene que el derecho a la objeción de conciencia está vinculado al art. 16.1 CE y afirma que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no su regulación (f.j.4). Muy llamativo resulta que, en el f.j. 5, la sentencia relata la relevancia de los códigos de ética y deontología profesional, particularmente del Código de ética

²⁸ Mantiene este segundo parecer CORCHETE MARTÍN, M.ª J.: “La objeción de conciencia y el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer. A propósito de la STC 145/2015, de 15 de julio, sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos: ¿juicio de razonabilidad o juicio político?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm 112, 2018, pág. 353.

²⁹ CORCHETE MARTÍN, M.ª J.: “La objeción...”, cit., pág. 357.

farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica entonces vigente, que reconocía el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales concernidos. Igualmente, estima que el hecho de que constara inscrito en el registro de objetores del Colegio Profesional de Farmacéuticos de Sevilla, reglamentariamente constituido, confería al farmacéutico recurrente la confianza de actuar dentro de la legalidad.

3. Los votos particulares

Los Magistrados del Tribunal Constitucional pueden reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación (art. 90 LOTC). Se distingue entre votos particulares concurrentes —cuando se respeta la decisión adoptada por la mayoría, pero se discrepa de la fundamentación empleada— y los votos particulares discrepantes —disconforme tanto con la fundamentación como con el resultado—, y de ambos tipos se ve acompañada la STC 145/2015.

El voto concurrente fue formulado por el mismo ponente de la sentencia, el Magistrado Ollero Tassara. Como dijo Tomás y Valiente, en su voto a la STC 60/1983, el ponente expresa la opinión de la Sala y no necesariamente la suya propia. Como asevera el mismo Ollero Tassara, los votos particulares —morbo aparte— tienen la indiscutible importancia de señalar los puntos más discutibles de la doctrina sentada por el Tribunal, lo que puede acabar haciendo historia. Siendo contrario al parecer de quienes ven la apariencia de mayor solidez de las resoluciones sin discrepancia aparente, dicho autor es partidario de que la existencia de los votos particulares ayuda “a desmentir la perezosa insistencia a la hora de etiquetar como tiros o troyanos —conservadores y progresistas, para entendernos— a los magistrados”, puesto que esta infundada manía pone irresponsablemente en cuestión su independencia, haciéndoles aparecer, infundadamente, “como mera correa de transmisión de los partidos que los propusieron”³⁰. En su voto concurrente a la STC 145/2015, el Magistrado Ollero suscribe el amparo otorgado, aunque no comparte ni la totalidad del fallo ni buena parte de su fundamentación.

Hay otros dos votos particulares discordantes en la STC 145/2015. Ojeda Avilés advierte que los votos particulares masivos participan bastante de la llamada discordia, pues un notable número de magistrados se enfrenta a la opinión de la mayoría, y muestran que la opinión sustentada es muy seria, y se aplican de tal modo que, en no pocas ocasiones, el voto particular supera en extensión y prolijidad al mayoritario, hallándose con frecuencia mejor argumentado, es más brillante, e incluso goza, probablemente, de un mejor enfoque o una visión a más largo alcance que el voto mayoritario, que está lastrado quizás por el peso de la tradición o la viscosidad de las normas³¹. Debe adelantarse que, en el caso de la STC 145/2015 los votos particulares discordantes no son masivos, pues solo afectan a tres de los once magistrados del Pleno del Tribunal Constitucional que debatió el amparo, pero sí se vislumbran en ellos los rasgos de brillantez argumentativa jurídica.

El primero de los votos discordantes está formulado por la Magistrada Asua Batarrita, en el que destaca que en esta sentencia se lleva a cabo, encubiertamente, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Recuerda también la STC 55/1996, de 28 de marzo, que el Pleno ignora en este pronunciamiento, en la que se concluía que “salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor”. Si se observa la técnica jurídica de la fundamentación, la Magistrada discrepa de la discutible

³⁰ OLLERO TASSARA, A.: *Votos Particulares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 15-16.

³¹ OJEDA AVILÉS, A. (2003): “El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo”, SALA FRANCO, T., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y BORRAJO DACRUZ, E. (Ed.): *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 587.

premisa de la que parte la Sentencia, en cuanto a que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE. Esta premisa es errónea porque se sustenta, como único argumento, en la afirmación contenida en un *obiter dictum* de la STC 53/1985; que, como es sabido, no obligan hacia el futuro. Muy compartido por la doctrina científica es la crítica al valor que se confiere en la Sentencia a las previsiones de los colegios profesionales, puesto que, en palabras de la Magistrada Asua, “resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley”.

El otro voto particular discrepante lo formula el Magistrado Valdés Dal-Ré, y se adhiere al Magistrado Xiol Ríos. El Magistrado Valdés inicia su voto subrayando su “inquietud al asistir a un pronunciamiento de tendencia ideológica marcada, pero que termina banalizando la solución del conflicto que sustancia; en otras palabras, mi preocupación ante un buen ejemplo de cómo una decisión de este Tribunal no habría de razonar y de lo que no debería nunca erigirse en jurisprudencia constitucional”, y que, con resoluciones como la STC 145/2015, el modelo de tutela en amparo se enfrenta a “una regresión creciente y manifiesta”. Entiende que el fallo debió desestimar la pretensión de amparo por no existir conflicto constitucional alguno, y que la Sentencia opta, de manera bien poco razonable, por elevar a categoría constitucional una posición ideológica de acusada tendencia, “prescindiendo de elaborar un discurso dotado del obligado fundamento de constitucionalidad”.

Pone en evidencia el Magistrado Valdés, en lo que sería el núcleo duro argumentativo de su voto particular, la artificiosidad del debate constitucional sobre la cuestión planteada porque no concurría un conflicto constitucional, puesto que no hubo omisión de dispensación ni sanción por una resistencia activa y singular a dispensar la “píldora del día después”. Ni tan siquiera hubo participación directa y personal del recurrente de amparo en los hechos denunciados que dieron lugar a la apertura del expediente sancionador. La inexistencia de conflicto constitucional inhabilita completamente el conocer y resolver sobre el derecho alegado como violado, y la mayoría del Pleno del TC no puede soslayar “las reglas más canónicas y ortodoxas de la interpretación constitucional o que las aplique de manera selectiva”, como sucede en este caso, dando de lado la idea que sustenta la jurisdicción de amparo. Recuerda el Magistrado, “que no existe el amparo cautelar y, por consiguiente, cuando no existe lesión a derecho constitucional alguno, no hay posibilidad de su reparación”.

Deja constancia, el voto particular, que, de haber existido el ficticio conflicto ideológico, se tendría que haber realizado un complejo debate jurídico, que no está plasmado en el texto de la Sentencia. Disiente también con el juicio de ponderación que realiza la Sentencia sobre los intereses presentes y la parcialidad de las hipótesis valoradas en su razonamiento, así como del hecho de que prescinda abiertamente de toda consideración acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos. A pesar de que el argumento final de la Sentencia, para justificar la objeción de conciencia del recurrente, reside en que se elevan poco menos que al rango de normas constitucionales las previsiones que sobre esta cuestión se contienen en los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y del código de ética y deontología profesional, lo cierto es, insiste el voto particular, que la única norma invocable y digna de atención es un decreto del gobierno de Andalucía que regula las existencias mínimas con las que deben contar las farmacias, “y que el actor incumplió por su propia y exclusiva voluntad”.

4. La especial trascendencia constitucional

La mayor preocupación del voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré radica en que la jurisdicción de amparo ha sido reconocida y regulada para reparar vulneraciones de derechos, y no para reparar infracciones de preceptos, por lo que no resulta constitucionalmente viable la tutela en abstracto de supuestas lesiones no causadas.

Doctrinalmente, se ha podido comprobar que la jurisprudencia elaborada por el TC sobre el requisito formal y material de la especial trascendencia constitucional puede entenderse, en cierta medida, clara respecto a la carga que pesa sobre el demandante de amparo, pero no lo es tanto con respecto a la apreciación que de la misma corresponde al Tribunal Constitucional. No se instituyen parámetros nítidos que aporten seguridad jurídica acerca de su cumplimiento, a su establecimiento como requisito necesario para la admisión, “pero, sobre todo, en relación a los parámetros que el propio TC posee para conocer sobre el fondo del mismo”³².

La mayor parte de las sentencias estimatorias dictadas por el TC entre 2010 y 2015 se seguían centrande en la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Al igual que antes de la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, en esas sentencias se hace difícil vislumbrar dónde se halla el alcance objetivo del recurso, mostrando solo la vertiente subjetiva del mismo, sin que la dimensión objetiva resulte del análisis individualizado de la especial trascendencia constitucional. Por lo tanto, en lugar de haber una argumentación, la especial trascendencia constitucional funcionaba como un mero trámite formal cumplimentado en la demanda, sin que ese requisito de cariz objetivo tuviera su reflejo formal en la sentencia. Naranjo Román analiza las sentencias del TC dictadas en esos años y concluye que solo cerca del 36% de las sentencias contienen una argumentación sobre la especial trascendencia constitucional. En los demás casos, resulta imposible localizar la especial trascendencia constitucional con relación al supuesto de fondo por el que se admite. A pesar de la dimensión objetiva del recurso de amparo, el TC sigue manteniendo una actividad jurisdiccional que puede entrar en conflicto con la labor del poder judicial. Pero es curioso que dicha autora identifique, entre ese 36% de sentencias que cumplen con la apreciación de la especial trascendencia constitucional, a la STC 145/2015, sosteniendo que el TC “en esta sentencia traslada las argumentaciones dadas en la STC 53/1985, de 11 de abril, relativas al aborto, cuya doctrina considera trasladable al presente supuesto”³³, a pesar de lo que más arriba se ha expuesto en lo que concierne a la solidez de la fundamentación jurídica presentada en la STC 145/2015.

III. LA VIRTUAL PERMANENCIA DE CONSECUENCIAS

A modo de reseña final, puede decirse que, para parte de la literatura científica, la STC 145/2015 ha marcado un antes y un después en la protección de los derechos básicos en las sociedades libres y democráticas, al confirmar que el derecho a la objeción de conciencia de los médicos puede hacerse extensible a los farmacéuticos en casos como el de la píldora del día después³⁴. Otras autoras afirman que, sin duda, se trata de un cambio de jurisprudencia subrepticio, con unas transformaciones jurisprudenciales encubiertas, cobijadas bajo prolongaciones de la doctrina anterior, generando una falsa apariencia de estabilidad y con efectos perniciosos, puesto que el recurso de amparo va más allá de la demanda particular, al concretar el contenido de los derechos constitucionales, vinculando a los tribunales de justicia. Por eso, reclamaban con premura una intervención del legislador para evitar estas discordancias³⁵.

Tres apuntes breves para finalizar, en consonancia con lo visto hasta anteriormente y las preocupaciones recogidas. En primer lugar, la STC 145/2015 sostiene la sublimación del rango de los códigos deontológicos, aun cuando no tengan un soporte legal específico todavía, y cabe entender que es extensible a las tres profesiones sanitarias en las que puede confluir la objeción de conciencia: personal médico, personal de enfermería y la de los profesionales farmacéuticos, aún sin reconocimiento legal explícito³⁶. El Código deontológico más moderno de los farmacéuticos, de

³² NARANJO ROMÁN, R.: *El Recurso de Amparo. La especial trascendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 197.

³³ NARANJO ROMÁN, R.: *El Recurso...* cit, págs. 198, 204, 223 y 226.

³⁴ GÓMEZ SALADO, M.A.: “Los farmacéuticos...”, cit., pág. 5.

³⁵ CORCHETE MARTÍN, M.ª J.: “La objeción...”, cit., págs. 361 y 372.

³⁶ VALCÁRCEL GARCÍA, M.: “El control...”, cit., pág. 18 y 19.

2018, establece que, para que este profesional pueda ejercer el derecho a la objeción de conciencia, debe quedar siempre garantizado el derecho de las personas a su salud, y, por lo tanto, el de acceso a los medicamentos. En segundo lugar, sí se ha producido recientemente una intervención expresa del legislador en la regulación del derecho de objeción sanitaria tanto en el ámbito de la interrupción voluntaria del embarazo (LO 1/2023) como en la regulación de la eutanasia (LO 3/2021). Por último, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad, al analizar la constitucionalidad de esta LO 3/2021, de pronunciarse nuevamente sobre el carácter del derecho de objeción de conciencia del personal sanitario en la extensa STC 19/2023, de 22 de marzo. En el enjuiciamiento que realiza, la Sentencia parte de la configuración constitucional de la objeción de conciencia sobre las bases sentadas, en particular, en la STC 160/1987 y otras citadas en estas páginas, pero en ningún momento se alude a la doctrina generada en la STC 145/2015.

No obstante, cabe preguntarse si estos tres avances que repuntan en nuevos sentidos pueden llegar a difuminar la impronta dejada por la acción expansiva del fallo de una Sentencia que, como advertía el Magistrado y profesor Valdés Dal-Ré, no tendría que haberse producido por el incumplimiento del requisito del control de constitucionalidad.

Los límites de derecho necesario como legislación básica en materia de empleo público y los márgenes de actuación de las CC.AA. A propósito de la STC 9/2016, de 21 de enero (BOE núm. 45 de 22 de febrero de 2016)

FRANCISCO VILA TIERNO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
CES Andalucía

“La transcendencia que, en un ordenamiento jurídico complejo asentado en los valores de la libertad, igualdad y democracia, asume la interpretación constitucional...”

VALDÉS DAL RÉ, F¹

I. CONTEXTUALIZACIÓN

La sentencia que nos sirve como instrumento para glosar el pensamiento jurídico de Fernando Valdés Dal Ré no es una sentencia que resulte, realmente, una creación significativamente novedosa o creativa dentro de la doctrina del Tribunal Constitucional, pero, sin embargo, sí es muy representativa de su coherencia en la defensa de las garantías de los derechos constitucionales. En este caso, mediante el mantenimiento de un voto particular en los mismos términos que la Sentencia 156/2015, de 9 de julio de 2015.

En síntesis, en ambas resoluciones se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en la que se discute sobre la regulación que el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante RDL 20/2012), realiza, sobre algunos preceptos, como al art. 48 k) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (EBEP), en concreto respecto al régimen de permisos o licencias de los funcionarios públicos para el disfrute de días por asuntos propios.

Se trata de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional numerada como 9/2016, de fecha 21 de enero que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 6423-2014 formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la nueva regulación del citado art. 48 k) EBEP. Frente a la resolución aprobada por mayoría, y cuyo ponente es el magistrado Ricardo Enríquez Sancho se presenta voto particular emitido por el magistrado Antonio Narváez Rodríguez, al que se adhiere el Prof. Valdés.

El fondo del asunto gira en torno a la redacción que el art. 8.1 RDL 20/2012 que da al aludido precepto estatutario: “Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos... k) Por asuntos particulares, tres días”. En este sentido, la duda radica en si esta ordenación en términos absolutos, reduciendo de seis a tres los días de licencia, supone una ordenación imperativa y excluyente de cualquier otra opción que pudiera estar en manos de las CC.AA. dentro del marco de sus competencias.

Dicha redacción, en cualquier caso, no puede entenderse de un modo exclusivo respecto a la duración, sino que proviene de un cambio más profundo. Y es que la redacción de tal artículo

¹ VALDÉS DAL RÉ, F.: “La interpretación constitucional: Transcendencia y singularidades”, *Grand Place*, 2018, pág. 123.

por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (versión original) disponía que “Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes...” Junto a ello, se fijaban el número de días de disfrute. A la par, el art. 48.2 EBEP establecía que “Además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”.

Y, mientras que de manera paulatina desde el año 2013 se han venido incrementando el número de días de asuntos propios hasta recuperar los seis, la regulación dispositiva que se recogía en la primera versión del EBEP no se ha retomado², solo la parte relativa a los días por antigüedad que se ha reintroducido como más adelante se señalará.

Ciertamente, en este sentido, el elemento más significativo es que se ordenaba una relación de complementariedad o mejorabilidad³, mediante una remisión a las Administraciones públicas, cualquiera que fuera su ámbito, para fijar el régimen de aquellos permisos, si bien, siempre respetando la norma mínima que se fija como umbral infranqueable. A falta de esa norma por parte de una Administración Pública, sigue siendo válido el tope que, con carácter de mínimo, se ha establecido en la norma estatal.

Como se ha señalado, “El enunciado de la relación de complementariedad entre normas puede ser éste: Para el supuesto de hecho «s» se aplican simultáneamente el precepto «x» de la disposición a) y el precepto «x + n» de la disposición b) La complementariedad presupone la presencia de distintas instancias normativas que inciden a la vez sobre idéntico aspecto de la regulación del mismo supuesto de hecho. Esta coincidencia en el mismo ámbito de regulación de dos o más preceptos sólo es posible sin fricciones cuando la materia normativa es medible en una determinada escala, y las distintas regulaciones se orientan en la misma dirección. Dicho con otras palabras: la complementariedad sólo puede darse cuando existe una regulación de mínimos o máximos que deja abierto el camino para que otra instancia normativa incremente los niveles o cuantías que dicha regulación establece. Esta relación de complementariedad se da con frecuencia entre ley y reglamento en materia económica social. Y también, por supuesto, entre norma estatal y normas de origen profesional en la regulación de condiciones de trabajo...”⁴, o como en el caso presente, entre norma estatal y otras de ámbito inferior.

Pues desde esa ordenación flexible en la que se da cabida a la intervención, por ejemplo, al ordenamiento de las CC.AA. en esta materia, se pasa a un régimen regulatorio de exclusión, mediante la fijación de una norma imperativa que no permite ningún margen de ordenación distinto al que con carácter absoluto se establece en la norma estatal⁵. Lo significativo es que aquella regulación que tiene

² MORENO MÁRQUEZ, A.M.: “El restablecimiento de algunos derechos de los empleados públicos en materia de jornada de trabajo: ¿existe un tratamiento uniforme?” en VV. AA. *Comprender el presente, imaginar el futuro: nuevas y viejas brechas sociales*, 2018, pág. 442: “tan solo se han recuperado algunos de los derechos de los empleados públicos en materia de jornada de trabajo, permisos y vacaciones, y, en algunos supuestos, condicionados a su reconocimiento por parte de las Administraciones Públicas”.

³ De acuerdo a la clasificación ya clásica de MARTÍN VALVERDE, A.: “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119, pág. 8.

⁴ *Ibidem*, pág. 12.

⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El nuevo régimen de permisos y licencias de los empleados públicos a consecuencia de la modificación del artículo 48 del estatuto básico del empleado público y su aplicación a Cataluña”, *Seminari d'actualització de Funció Pública local*, Federació de municipis de Catalunya, págs. 3 y 4: “cabe alertar de que el Real Decreto Ley 20/2012 ha introducido una importante modificación en el tenor literal del art. 48, pues elimina el anterior carácter imperativo relativo y supletorio, susceptible de mejora por la oportuna legislación de desarrollo. La versión inicial del EBEP dejaba claro que, en defecto de otra legislación aplicable, los permisos y su duración serían “como mínimo” los posteriormente mencionados. En relación con cada uno de los permisos, se venía aplicando la normativa que resultase más favorable, ya fuera el EBEP o la correspondiente autonómica, o, incluso —podría darse el supuesto—ambas a la vez. Sin embargo, la redacción vigente suprime el mencionado

como razonamiento cuestiones de urgente necesidad —para responder a la situación generalizada de crisis— y que amparan la utilización de un Real Decreto Ley, se ha mantenido inalterable en las sucesivas reformas que han afectado al reiterado art. 48 EBEP.

Implica, de este modo, un cambio de modelo que es el que se cuestiona desde los parámetros de constitucionalidad.

II. LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y EL MARGEN DE LAS CC.AA. EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Recuérdese, como punto de partida, que el art. 149.1.18 CE fija, como competencia exclusiva del Estado “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas...”

Al efecto, se ha considerado que “las bases delimitadoras de las competencias autonómicas deben constituir una regulación de mínimos. Ese mínimo normativo tiene, a su vez, un rasgo estructural, al menos con carácter tendencial, cuál es su carácter principialista, no tanto como exigencia constitucional sino funcional, esto es, como límite estructural al detallismo. El carácter normativo de lo básico, de forma que pueda ser directamente aplicable y no a través de las normas autonómicas, no obsta, a mi juicio, para sostener que la estructura de esas normas debe evitar el tratamiento detallado y hacer más hincapié en los criterios ordenadores de carácter general”⁶. Consideremos, por tanto, que la legislación básica debe responder a una regulación de mínimos que deben actuar como premisas básicas comunes. Y este justamente era el espíritu que pretendía el legislador con la redacción original del art. 48 EBEP. Esto es, fijaba un parámetro común de referencia en cuanto al número de días, por ejemplo, de asuntos propios, pero sin que ello cerrara la posibilidad de mejora por parte del conjunto de Administraciones Públicas.

Y es que, en materia de empleo público “en unos supuestos, el Estatuto debería contener normas de obligado cumplimiento, pero en otros casos dichas normas no tendrían sino un carácter habilitador, de directriz o meramente orientativo [...] el texto final [...] acogió otras funciones de lo denominado básico [...] como norma o menú dispositivo o de configuración de un estándar mínimo o supletorio en otros supuestos. El resultado inmediato de esta propuesta legislativa [...] se tradujo en separar netamente la función constitucional específica de ordenación competencial atribuida al Estado a través de la legislación básica, de la función de regulación ordinaria en el ejercicio de sus competencias, que no puede ni debe confundirse con la anterior [...] Se había producido [...] un efecto indirecto en el legislador estatal de contención a la hora de establecer las bases del sistema de empleo público. En este sentido, el EBEP utilizó [...] una técnica novedosa en la plasmación y delimitación de esa legislación básica. De un lado, como ya se ha adelantado, el legislador del EBEP segrega la función de legislador básico de la de legislador ordinario. Es decir, solo y exclusivamente se refiere a aquellos aspectos que considera estructurales del sistema de empleo público de todas las administraciones públicas y remite a leyes del Estado y de las comunidades autónomas el desarrollo de dichas previsiones a fin de que completen el modelo de empleo público que, por definición constitucional, es un modelo que ha de ser definido en su integridad con la colaboración de estas

carácter mínimo y supletorio, mejorable por la oportuna normativa de desarrollo (estatal o Autonómica), tanto de las causas justificativas del asueto como de su duración. Se hace desaparecer, pues, la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas al respecto” (https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio_publicacions/ficheros/Rodriguez_Escanciano_permisos_licencias.pdf?noredirect=1)

⁶ MONTILLA MARTOS, J. A.: “La legislación básica tras las reformas estatutarias», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006, pág. 118.

administraciones [...]”⁷ Sea como fuere el EBEP, en su art. 1.1 señala, como “objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación”⁸.

En un contexto de crisis y de puesta en práctica de políticas de austeridad, se pretende eliminar el margen que las CC.AA. tenían al respecto, en tanto en cuanto que se quiere erradicar la posibilidad de incremento del gasto de cada una de ellas, limitando, por ello, la regulación de derechos de los funcionarios que pudieran generar el pago por horas que no fueran efectivamente trabajadas.

El problema es si ello se puede hacer, de un modo absoluto al amparo de la competencia exclusiva que se le reconoce al Estado en las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos. Dicho de otro modo ¿constituye la regulación de estos permisos legislación básica atribuible al Estado?

Corresponde, por tanto, al Tribunal Constitucional dar respuesta a este interrogante⁹. Téngase presente que, como afirma la STC 31/2010, de 28 de junio ““Si las bases son “principios” o “normación mínima” no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta. Ello es así, ante todo, por razones de concepto. Pero, además, por razones de orden estructural y práctico. De un lado, porque el concepto, el contenido y el alcance de las bases no pueden ser, como regla general, distintos para cada Comunidad Autónoma, pues en otro caso el Estado tendría que dictar uno u otro tipo de bases en función de lo dispuesto en cada Estatuto de Autonomía. De otro, porque siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo...”

El debate, por tanto, se centra, como ámbito de objetivo de actuación del Tribunal Constitucional, en concretar que se considera estatuto básico del funcionario público. Para ello, “En lo que respecta a las materias integradas dentro del “estatuto de los funcionarios públicos”, la ya [...] Sentencia del Tribunal Constitucional 37/200222, haciéndose eco de una larga línea jurisprudencial (ya que reproduce los razonamientos expresados tanto en las STC 99/1987, de 11 de junio, como en la STC 235/2000, de 5 de octubre) señala que “En cuanto al alcance del enunciado constitucional “estatuto de los funcionarios públicos”, el Tribunal Constitucional ha declarado que se trata de una expresión cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y “a priori”, pero en la que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18ª CE) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías de acceso al servicio de la Administración pública.” (FJ. 5º). En ese sentido, el EBEP desarrolla directamente el mandato constitucional previsto en su artículo 103.3, pero lo hace con carácter básico, sin llegar a satisfacer completamente el mandato constitucional en toda su extensión. Por ello, en la propia exposición de motivos se hace referencia al necesario desarrollo legislativo del EBEP por parte del legislador estatal y autonómico...”¹⁰ En cualquier caso, expresamente se refiere al régimen de derechos de los funcionarios, entre los que debe o puede encontrarse el del disfrute de permisos retribuidos.

⁷ CASTILLO BLANCO, F.: “El Estatuto Básico del Empleado Público: las competencias Autonómicas”. *Revista catalana de dret públic*. núm.. 45, 2012, págs. 23 y 24.

⁸ Para un estudio amplio al respecto vid. VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), Granada, Comares, 2008.

⁹ MONTILLA MARTOS, J. A.: op. cit.

¹⁰ DIEZ QUESADA, A.: “El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación”, *REALA*, núms. 315-316, enero-agosto 2011, págs. 235 y ss.

La sala de lo contencioso del País Vasco que promueve la consulta, entiende que ello puede ser contrario al régimen de competencias que estatutariamente (art. 10.4 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco) han sido asumidas por dicha Comunidad Autónoma con relación al desarrollo de las bases sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, entrando en el fondo del asunto por entender que tiene transcendencia constitucional, desestima aquella posible interpretación que sugería el TSJ Vasco. No se aparta, en tal sentido, de los razonamientos que ya adelanta en la STC 156/2015, de 9 de julio, que ya había entendido que esa regulación prevista en el art. 8 RDL 20/2012 sobre permisos del art. 48 EBEP, no implicaba una extralimitación competencial del Estado.

Al respecto, viene a concluir que aunque “el nuevo régimen jurídico de los permisos, licencias y vacaciones de los funcionarios públicos difiere notablemente del anterior [...] que [...] le proporcionaba a la materia un tratamiento de normativa supletoria ‘en defecto de legislación aplicable’”, no era suficiente para entender que tal precepto, en su nueva redacción debiera considerarse inconstitucional, ya que “la determinación de lo que deba reputarse como básico para delimitar el ámbito correspondiente del título competencial del Estado aplicable a una materia no puede hacerse en términos de relación, por cuanto el perfil de lo básico ha de construirse sobre los principios de igualdad y solidaridad al tiempo que ha de tenerse en cuenta la vocación armonizadora de generalidad que debe reunir esta normativa básica”. Lo que concluye es que, de un lado, tal ordenación se corresponde con el marco competencial que corresponde al Estado al amparo del art. 149.1.18 en lo que respecta a las reiteradas bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos, “en la medida en que, a través de las bases, se establece un régimen común, tanto de los diferentes conceptos de ausencia temporal justificada al puesto de trabajo, como de la duración de aquellos. Con tal planteamiento no se persigue otro objetivo que lograr una mínima y fundamental homogeneidad en este aspecto sustancial del régimen funcional que es el de los permisos y vacaciones, sin que tal delimitación impida a las Comunidades Autónomas el margen de actuación necesario para el desarrollo y ejecución de dichas bases, pues permite a aquellas optar por fijar la forma y manera de su utilización estableciendo, por ejemplo, si los permisos del art. 48 o los turnos de vacaciones del art. 50 LEEP pueden, los primeros, disfrutarse dentro o fuera de determinadas fechas del calendario anual o sin unirlos a los de vacaciones; y los segundos, en determinados períodos de tiempo, por días sueltos o estableciendo un mínimo de días consecutivos etc. Es decir, la norma estatal, aun fijando la duración de los diferentes tipos de permisos, no cierra toda posibilidad de desarrollo y aplicación a las Comunidades Autónomas de la normativa básica sobre esta materia”.

Determinante al respecto es lo que ya se había adelantado por la STC 156/2015, de 9 de julio, que fijaba que “las medidas que se adoptan en materia de permisos y de vacaciones tienen un carácter estructural y permanente y no tratan de dar solución a una problemática transitoria, por lo que, con claridad, la nueva regulación de referencia responde al título competencial del Estado recogido en el art. 149.1.18 CE”. Es decir, lo vincula de manera directa al núcleo duro del régimen estatutario de los funcionarios públicos y, en consecuencia, parte integrante de la legislación básica.

Desestima, por tanto, la cuestión al entender, como decíamos que se respeta un radio de acción suficiente en este marco a las CC.AA.

III. EL VOTO PARTICULAR COMO MANIFESTACIÓN EN FAVOR DE LA GARANTÍA DE DERECHOS PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. UNA POSICIÓN FRENTE A POLÍTICAS DE AUSTERIDAD O AL DERECHO DE LA CRISIS

Frente a la interpretación mayoritaria del Tribunal Constitucional, se presenta voto particular discrepante del magistrado Antonio Narváez Rodríguez al que se adhieren los magistrados Adela Asua Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, que mantienen la nulidad del

precepto respecto a los funcionarios de administraciones públicas distintas a la central, atendiendo al régimen de competencias de las CC.AA.

No se formula con argumentos distintos a los ya utilizados en la citada STC 156/2015, de 9 de julio, puesto que, tratándose de idéntico asunto, mantienen, en coherencia, una misma posición. Posición que se basa en entender que el reparto competencial, partiendo de los mínimos que corresponde al Estado como legislación básica, debería permitir a las CC.AA. tomar como base, mínimo o referencia, el número de días que el legislador estatal determina, pero sin excluir la posibilidad de que aquella concretara una duración exacta en los términos de suplementariedad a los que antes aludíamos.

En este orden, debe destacarse que por el art. 2.2 del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, se introduce la D.A. 14ª EBEP (actualmente la 13ª) por la que se incluye la posibilidad de sumar días adicionales de asuntos propios, según antigüedad, a cada Administración Pública en el mismo sentido en el que se contemplaba en el derogado art. 48.2 por el RDL 20/2012, de dónde se deriva que la fijación de un número de días para este tipo de permisos podría entenderse como un mínimo mejorable. A estos efectos, podría decirse, en la línea de los argumentos mantenidos en el voto particular, que pueden distinguirse entre los derechos que tienen una mayor intensidad, como los vinculados al estatuto subjetivo del funcionario, como los que ordenan su relación de servicio: el acceso, la adquisición y pérdida, los derechos y deberes, las garantías de imparcialidad, el régimen disciplinario, las situaciones administrativas que sí tienen una regulación más cerrada, mientras que los de menor intensidad, como los relativos al funcionamiento interno o de ordenación de los recursos humanos, si permiten un mayor margen de desarrollo y, entre ellos, se contemplan la posibilidad señalada, de incremento de días de permiso en función a la antigüedad. Es cierto que se incluyen, como decíamos, los derechos de estos empleados públicos¹¹, pero también es cierto que estos pueden conectarse a las reglas de funcionamiento interno o al carácter que implícitamente le reconoce el legislador con el anterior art. 48.2 EBEP y reinclusión de su contenido por la reforma de 2015. A pesar de ello, se ha seguido interpretando que la fijación del número de días corresponde a la legislación básica de competencia estatal, incluyendo el número de días por antigüedad¹².

Responde, este planteamiento, a una línea constante en el pensamiento jurídico del Prof. Valdés, en tanto que sus postulados han girado siempre en torno a la garantía y mejora de los derechos de las personas trabajadoras. En este sentido, aquella norma de la legislación de crisis, por la vía de restringir derechos, en un marco de austeridad, a las posibilidades de ordenación del empleo público en el ámbito de las distintas administraciones, trae, de manera indirecta, un recorte en los mínimos que pueden ser reconocidos a los funcionarios en cuanto a trabajadores en un concepto amplio del término. En esta línea y pesar de las dudas mostradas en alguna ocasión sobre la funcionalidad y efectos de los votos discrepantes¹³, se mantienen en sus postulados y rechazando la posición mayoritaria de la

¹¹ Como expresamente se reconoce también en la citada STC 156/2015: “los preceptos relativos a las vacaciones, licencias y permisos se configuran como derechos de los funcionarios públicos (así lo afirmamos en relación con los funcionarios de la Administración de Justicia en la STC 224/2012, de 29 de noviembre de 2012, FJ 11)”.

¹² Puede citarse, al respecto, la STS 2053/2019, de 30 de mayo: “la normativa estatal básica permite que la normativa inferior estatal o la normativa de las correspondientes Comunidades Autónomas puedan establecer días adicionales o de vacaciones, con los límites allí expresados, en función de los años de servicios prestados” (STS/4ª de 5 abril 2018 —rec. 57/2017—)”.

¹³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: op, cit. pág. 128: “Sin entrar a debatir los argumentos a favor o en contra de la exteriorización de las disidencias en relación con las sentencias constitucionales, no me parece impertinente dejar constancia de dos datos, referidos ambos a la experiencia española. El art. 164.1 CE reconoce a los magistrados del TC, aunque sea de manera indirecta, la potestad de elaborar “votos particulares”, que se publican en los periódicos oficiales conjuntamente con las sentencias. A lo largo de sus ya dilatados años de funcionamiento, el dictado de votos disidentes forma parte de la cotidianeidad jurisdiccional. No obstante, la práctica de esta la disidencia se ha contenido, al menos hasta el presente, en relación con los numerosos procesos constitucionales que se han venido sustanciando con motivo de aquellas medidas, adoptadas por los órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, destinadas a iniciar procesos de secesión de España. Cuantas resoluciones ha dictado el TC en relación con este

Sala en una interpretación que no comparten. Como vienen a señalar “En la STC 54/1982, de 26 de julio, FJ 5.º, este Tribunal Constitucional negó la consideración de básica a la jornada establecida a efectos retributivos por el art. 5.2 de la Ley de retribuciones de 4 de mayo de 1965 (cuarenta y dos horas semanales), considerando que no parecía irrazonable que la Generalidad dispusiera de un cierto margen para determinar la jornada laboral [...] Una posibilidad que ahora se niega a las comunidades autónomas, en una nueva manifestación de una concepción desmesuradamente expansiva de los títulos competenciales que asisten al Estado [...] Por ese camino, emprendido ya en anteriores sentencias, se asimila la materia (régimen estatutario de los funcionarios) a la competencia (en el caso del Estado, ceñida a las bases). De este modo, el carácter compartido de la competencia legislativa, basilar en nuestro Estado compuesto [...] va perdiendo progresivamente todo significado”.

Esto es, pretender ir contra lo que se calificaron por un sector de la doctrina como sentencias involutivas o regresivas¹⁴, lo que resulta, como afirmábamos en un principio, coherente con una línea de pensamiento que queda perfectamente delimitada y trazada en ésta, como en otras tantas sentencias del Tribunal Constitucional.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTILLO BLANCO, F.: “El Estatuto Básico del Empleado Público: las competencias Autonómicas”. *Revista catalana de dret públic*, núm. 45, 2012.
- DÍEZ QUESADA, A.: “El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación”, *REALA*, núms. 315-316, enero-agosto 2011.
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Las «Leyes de desamor constitucional» y la «indolencia» del Tribunal Constitucional español”, *RTSS. CEF*, núm. 404 (noviembre 2016).
- MONTILLA MARTOS, J. A.: “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, 2006.
- MORENO MÁRQUEZ, A.M.: “El restablecimiento de algunos derechos de los empleados públicos en materia de jornada de trabajo: ¿existe un tratamiento uniforme?” en VV. AA. *Comprender el presente, imaginar el futuro: nuevas y viejas brechas sociales*, 2018,
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El nuevo régimen de permisos y licencias de los empleados públicos a consecuencia de la modificación del artículo 48 del estatuto básico del empleado público y su aplicación a Cataluña”, *Seminari d’actualizació de Funció Pública local*, Federación de municipios de Cataluña, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación constitucional: Transcendencia y singularidades”, *Grand Place*, 2018.
- VV.AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (Dirs.), Granada, Comares, 2008.

asunto han sido acordadas por unanimidad. Enjuiciando estos datos desde la concepción pragmática, no me parece atrevido afirmar que la ausencia de disidencias ha merecido una notable aceptación social, contribuyendo a reforzar la legitimación del TC”.

¹⁴ MOLINA NAVARRETE, C.: “Las «Leyes de desamor constitucional» y la «indolencia» del Tribunal Constitucional español”, *RTSS. CEF*, núm. 404, 2016, Págs. 137-144.

Voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 64/2016, de 11 de abril: ejemplo de su rigor jurídico y de su impronta en la construcción constitucional de los derechos fundamentales

ANA MURCIA CLAVERÍA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Directora de la Cátedra de Sindicalismo y Diálogo Social de la Universidad de Valladolid.*

 <https://orcid.org/0000-0002-0391-791X>

I. PRELIMINARES SOBRE EL INTERÉS DOCTRINAL DE ESTA SENTENCIA

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) es ciertamente excepcional encontrarse una sentencia en la que el Magistrado encargado de redactar la ponencia sea, al tiempo, el que formula un Voto Particular discrepante contra ella. Este es el caso de la sentencia 64/2016, cuyo ponente es el Magistrado Valdés Dal-Ré quien, acogiendo de forma impecable la opinión mayoritaria de la Sala, se separa de su fundamentación y de su fallo y, constatándose una vez su profundo conocimiento científico y su rigor jurídico, redacta un magistral VP objeto del presente comentario¹.

La sentencia es de gran interés doctrinal. En ella se plantea un tema novedoso, hasta entonces inexistente en la doctrina constitucional, cual es qué sucede con el mandato representativo de los representantes unitarios “sindicalizados” en los casos de cierre del centro de trabajo en el que fueron elegidos y su posterior traslado, de los trabajadores representados y de algunos representantes (como en este caso), a otro centro de trabajo, no existiendo transmisión de titularidad empresarial. Esto es, sin que pueda acudir a la aplicación de lo previsto en el art.44-5 del ET, el cual contempla expresamente el mantenimiento del mandato representativo sólo en los casos de sucesión empresarial o “cambios de titularidad del empresario”². La relevancia constitucional de tal supuesto vendrá determinada por el análisis de si la decisión empresarial de no reconocer en tales casos el mantenimiento del mandato representativo y justificar en ello el rechazo a la concesión del crédito horario, vulnera o no la libertad sindical *ex art.28-1 de la CE*. De ahí el interés doctrinal aludido: la sentencia se enmarca en la compleja y relevante doctrina que ha desarrollado el TC sobre el contenido del derecho a la libertad sindical.

En apretada síntesis, las peculiaridades de dicha doctrina constitucional residen, por un lado, en una generosa ampliación del “contenido esencial” del derecho de libertad sindical *ex art.53-1 de la CE*, esto es, del contenido que, definido de acuerdo con la célebre y todavía no superada STC 11/1981,

¹ Agradezco muy sinceramente a los directores y coordinadores de esta obra la oportunidad que me brindan de participar en este homenaje del que fue y será siempre mi maestro y amigo, al que consideré y considero parte de mi familia de Valladolid, como sé —y así me hacen sentir—, parte de la suya.

² Art.44-5 del ET “Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”.

de 8 de abril³, funciona como “límite de los límites” para el legislador⁴. Y así, el TC indicará desde muy temprano que en el “contenido esencial” de la libertad sindical no comprende solo los aspectos organizativos expresamente recogidos en el art.28.1 CE sino también, en interpretación sistemática con el art.7 y en aplicación del canon interpretación ordenado por el art.10-2 de la CE, se extiende a la vertiente funcional del derecho. Lo que significa incluir el derecho a la actividad sindical y a los medios de acción de los sindicatos, como la huelga, la negociación colectiva y el planteamiento de conflictos constitucionalmente reconocidos (art.28.2, 37.1 y 37.2 CE, respectivamente)⁵. Dicha construcción doctrinal tendrá consecuencias jurídicas relevantes, como posibilitar el acceso de los sindicatos a la tutela judicial máxima en el caso de que vean vulnerados su derecho a la negociación colectiva o al planteamiento de conflictos, a pesar de la ubicación sistemática constitucional de tales derechos (art.37-1 y 37-2 CE en relación con el art.53-2 CE).

De otro lado, a esta doctrina generosa del “contenido esencial”, se añade lo que el TC denomina “contenido adicional” del derecho, esto es, todo el desarrollo que de tal derecho pueda hacer el legislador o, en su caso, la negociación colectiva (e incluso, en una evolución de esta doctrina, las decisiones unilaterales del empresario)⁶; facultades y derechos que una vez desarrollados por el legislador o por la negociación colectiva, se añaden al contenido esencial del derecho, con el relevante efecto, por tanto, según esta doctrina constitucional, de que actos contrarios a este contenido adicional, son susceptibles también de vulnerar el art.28.1 CE⁷; lo que no obsta a que para tales casos la función revisora del TC sea más liviana que en los casos de derechos que forman parte del contenido esencial. En los derechos que integran el contenido adicional, el examen del TC se limitará, se indicará por ejemplo en la STC 200/2006, de 3 de julio, al análisis del “carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables” (Fj 4º).

Todo ello, en definitiva, desemboca en una doctrina constitucional, cuando menos, “peculiar” y en todo caso única dentro del desarrollo del contenido constitucional de los derechos fundamentales por parte del TC, cuyos configuración general no resulta del todo homogénea, como ha hecho notar la doctrina científica, criticando tal exceso y/o planteando los problemas que derivan de esta “expansión” del contenido (tanto del esencial como del adicional), y de las dificultades que de ella se derivan para ubicar determinados derechos en uno u otro contenido, máxime cuando de ello depende un distinto control y tratamiento constitucional. Dificultades de la que no es ajeno el propio tribunal como pone de relieve la existencia de sentencias con VP discrepantes o la evolución de la propia doctrina constitucional. Sobre todos los aspectos de este relevante tema ha venido dando cuenta la doctrina científica desde los primeros pronunciamientos a los más actuales, como atestigua la relación bibliográfica, en ningún caso exhaustiva, que se aporta al final de este comentario.

³ La STC de 8 de abril de 1981 contiene una doble definición de lo que debe entenderse por “contenido esencial” de los derechos ex art.53-1 CE, cuya doctrina ha sido reiterada con posterioridad hasta la actualidad y lo hace en los siguientes términos: “Entendemos por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya constitución el derecho se otorga”.

⁴ En expresión de MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, ed. McGraw-Hill, 1996.pp.117.

⁵ STC 70/1982, de 29 de noviembre, STC 4/1983, de 28 de enero, STC 37/1983, 11 de mayo. STC 94/1995, de 19 de junio.

⁶ STC 201/1999, de 8 de noviembre; STC 44/2004, de 23 de marzo y STC 281/2005, recogida en la STC 64/2016.

⁷ STC 39/1986, de 31 de marzo; STC 104/1987, de 17 de junio; STC 104/1987; STC 145/1999, 22 de julio, doctrina que se extiende en los años noventa, dos mil y llega a nuestros días.

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO QUE DA LUGAR A LA SENTENCIA DE LA QUE DISIENDE EL VP

La sentencia TC 64/2016 desestima el recurso de amparo formulado por dos trabajadores, representantes unitarios “sindicalizados”, contra la sentencia del Tribunal de Justicia de Catalunya, que revoca la sentencia del Juzgado de lo Social núm.1 de Granollers en autos sobre tutela de derechos fundamentales. Los demandantes de amparo fueron elegidos en la candidatura de CGT (de ahí su mención como representantes “sindicalizados”, dato relevante a efectos de titularidad del derecho a la libertad sindical) que alegan vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical reconocido en el art.28-1 de la Constitución Española (CE) fundamentando su demanda en el no reconocimiento por parte de la empresa de su condición de representantes unitarios y la oposición de ésta, en consecuencia, al ejercicio de su actividad sindical. Según la empresa, tal condición se extinguió en el mismo momento en que se procedió el cierre del centro de trabajo en el que habían sido elegidos (centro de origen), no siendo “trasladable” su mandato representativo y las funciones a él inherentes al nuevo centro al que fueron trasladados (centro de destino).

En los antecedentes se recogen, entre otros, los siguientes hechos probados son los siguientes:

A) Los demandantes habían sido elegidos en la candidatura de CGT a las elecciones a representantes legales de los trabajadores del centro de trabajo de Palau de Plegamans, elecciones celebradas en 2011. Estando en vigor su mandato, la empresa decide cerrar este centro, trasladar a parte de la plantilla a otros centros de trabajo (La Granada, Barcelona) y a los demandantes al nuevo centro de trabajo ubicado en Parets del Valles, el cual no cuenta con representación legal porque se acaba de constituir.

B) El cierre del centro de origen fue motivo de protestas laborales con denuncias a la Inspección de trabajo e impugnaciones ante la jurisdicción social de algunos de los traslados, así como la convocatoria de varias jornadas de huelga, conflicto que protagonizaron los representantes legales de los trabajadores (comité de empresa) entre los que se encuentran los demandantes de amparo.

C) En el mes de abril de 2012, uno de los demandantes, en fecha posterior a su incorporación al nuevo centro (el de Parets del Vallés) anuncia por escrito a la empresa que utilizará su crédito horario para realizar tareas de asesoramiento en Barcelona. La empresa le comunica, también por escrito (como hiciera con otra representante del Comité de Empresa destinada a otro centro), que no tiene derecho al crédito horario porque desde que fue adscrito al nuevo centro de trabajo, dejó de ostentar su condición de representante unitario. El representante acciona contra dicha decisión alegando vulneración de su derecho a la libertad sindical.

La sentencia del Juzgado de lo Social n.1 de Granollers estima la demanda del representante por vulneración de su derecho fundamental a la libertad sindical, considerando además que, al dejar sin efecto el mandato de representación en un centro que no existía representación, se ha vulnerado la Directiva del Consejo 2001/23, de 12 de marzo de 2001. Dicha sentencia se recurre por la empresa ante el TSJ de Catalunya, dictaminándose que no se ha vulnerado el derecho a la libertad sindical porque el centro de trabajo en el que fueron elegidos los demandantes desapareció y es el requisito imprescindible para seguir ostentando la condición representativa, no existiendo previsión legal específica al efecto. De la Directiva 2001/23 solo se deriva, en su caso, la procedencia de la convocatoria y celebración de elecciones, pero no el mantenimiento de la condición representativa.

Contra esta sentencia se formula el recurso de amparo por parte de los representantes, cuya fundamentación consiste en apreciar vulneración de la libertad sindical ya que la empresa impide ejercer actividad sindical del cargo elegido en candidatura sindical (CGT), ejercicio que forma parte del contenido del derecho fundamental. Una interpretación de centro de trabajo conforme a la Directiva 2002/23 posibilita la subsistencia de la condición de representante; lo contrario equivale a que la empresa modificando unilateralmente el lugar de la prestación de trabajo, de acuerdo con su

legítimo *ius variandi* pueda subordinar tal condición a dicha modificación, lo cual es contrario a la regulación legal en la que se señala que los representantes solo podrán ser revocados “por decisión de los trabajadores que los hayan elegido (art.67.3 ET). Los demandantes consideran, además, que la conflictividad laboral derivada del cierre y de los traslados provocaron decisiones empresariales de dispersión de la plantilla, cuyo móvil fue desactivar la oposición sindical, siendo tales actuaciones indicios claros de conductas vulneradoras de la libertad sindical.

La empresa, en su escrito de alegaciones contra el recurso de amparo, insiste en el argumento de que, inexistente el centro de trabajo, no cabe mantener la condición de representante legal de los trabajadores, no siendo de aplicación el “efecto directo” de la Directiva, pues esta no contempla el supuesto litigioso; rechaza igualmente la existencia de conducta antisindical porque las decisiones empresariales de cierre y traslados están motivadas por razones organizativas y empresariales acreditadas. El escrito de alegaciones del Ministerio fiscal, por el contrario, considera que la resolución recurrida “margina la dimensión constitucional de la controversia y realiza una interpretación simplista de la normativa de aplicación, puede del examen conjunto de la mismo (arts.44.5, 63 y 67.3 ET, en relación con la Directiva 2001/23/CE) no se extraen las conclusiones que ha obtenido la Sala de los Social, como tampoco la jurisprudencia que cita en su apoyo” (antecedentes de hecho núm.9), y tras detallar su argumentación declara que debe estimarse el recurso por vulneración del art.28.1CE, con las consecuencias que ello comporta.

III. FUNDAMENTACIÓN Y FALLO DE LA STC 64/2016: EL CRÉDITO HORARIO FORMA PARTE DEL CONTENIDO ADICIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Aun no habiéndolo suscitado ninguna de las partes comparecidas, el TC considera pertinente analizar si se cumple la exigencia de la “especial trascendencia constitucional del recurso”. Y lo hace respondiendo afirmativamente a tan relevante cuestión, pues se constata que no existe ningún pronunciamiento previo en la jurisprudencia constitucional sobre si procede el mantenimiento de la condición representativa obtenida en el centro de origen, cuando este centro se cierra y los trabajadores, entre ellos, los representantes unitarios “sindicalizados”, son trasladados a otro centro de trabajo, sin transmisión de titularidad y sin que exista en el centro de destino representación legal de las personas trabajadoras.

Tampoco ninguna de las partes ha cuestionado en el procedimiento constitucional la “legitimación” de la representación unitaria para alegar vulneración de la libertad sindical, la cual viene determinada por su “sindicalización”, esto es, bien por estar afiliados a un sindicato los representantes unitarios, bien por presentarse en una candidatura sindical. El TC subraya ese no cuestionamiento en el procedimiento constitucional⁸; si bien, no por ello pierde la ocasión para poner de manifiesto el “factor sindical” existente en el supuesto, citando para ello la STC 100/2014 en la que se señala que “cuando el representa unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato su actividad, a la cista de las circunstancias que concurren en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art.28.1 CE” (FJ 3).

Los tres Fundamentos Jurídicos restantes (el 4º, 5º y 6º) los dedica el TC a exponer por qué se desestima el recurso del amparo y, por ende, por qué declara la inexistencia de vulneración de la libertad sindical. Para ello, en primer lugar, el TC aborda el ya aludido contenido “plural”, en términos del TC, del derecho fundamental a la libertad sindical compuesto de un “contenido esencial” y el “contenido adicional” y lo hace transcribiendo casi por completo el FJ 3 de una de las sentencias que de forma más exhaustiva recoge tal doctrina, la STC 281/2005, de 7 de noviembre.

⁸ Cuestionamiento que sí fue manifestado en el proceso ordinario, siendo rechazado en los mismos términos que lo indicado por el TC, tanto en la sentencia del Juzgado de lo Social de Granollers como por la Sala de lo Social del TSJ Catalunya cuando fue alegado por la empresa en contra de la estimación de la demanda, como recoge el FJ 3 de la STC 64/2016.

Y así, la interpretación del art.28.1 CE de acuerdo con la normativa internacional aplicable (Convenios 87 y 98 de la OIT) ex art.10.2 CE lleva al TC a señalar que el contenido de la libertad sindical va más allá de lo expresamente señalado en el art.28.1 CE, cuyas facultades allí mencionadas no conforman un *numerus clausus* sino que deben entenderse incluida la vertiente funcional o de actividad sindical, constituyendo ambas, las facultades organizativas y la actividad sindical, núcleo mínimo e indisponible; esto es, el “contenido esencial” ex art.53.1 CE. El TC diferencia dicho contenido esencial, del que denomina “contenido adicional” compuesto por todas aquellas facultades y derechos creados por el legislador o por la negociación colectiva o, incluso configurados por concesiones unilaterales del empresario. Se recoge así la consolidada doctrina constitucional sobre el contenido esencial y el contenido adicional de la libertad sindical, al objeto de ubicar en ella el asunto litigioso que se debate y que según la sentencia es el rechazo por parte de la empresa de reconocer el uso del crédito horario como consecuencia del no reconocimiento de la condición de representante al no existir el centro de trabajo en el que fueron elegidos.

Y de este modo, el TC se vuelve a pronunciar sobre la garantía del crédito horario contemplado en el art.68 e) del ET y su pertenencia al contenido adicional, y lo hace recogiendo las palabras diáfanas de la STC 241/2005 en la que se declara que “el crédito horario forma parte del contenido adicional del derecho a la libertad sindical, y es de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva (FJ 3)⁹. Ubicado el reconocimiento del crédito horario en el contenido adicional de la libertad sindical, el TC reitera la doctrina según la cual la función revisora del TC en tales casos debe limitarse “a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación de las normas que considera aplicables (STC 200/2006)”.

Aplicando dicho control, el tribunal concluye que a) el mantenimiento de la condición de representante unitario requiere subsistencia del centro de trabajo. En consecuencia, desaparecido el centro y realizado el traslado, no pervive la condición de representantes; y b) la Directiva, en tales casos, solo contempla la procedencia de convocar y celebrar elecciones, sin que exista previsión legal ni convencional que exija una decisión distinta a la adoptada. La denegación, por tanto, del crédito horario es consecuencia de que no se mantiene la condición de representante, por lo que tal decisión empresarial ni es arbitraria, ni es injustificada. Y no puede ser considerada “contraria a la ley” porque no existe regulación específica que aborde el supuesto de hecho que desencadena el litigio.

Finalmente, por lo que se refiere a los indicios de antisindicalidad, el Tribunal no aprecia “soporte fáctico ni razonamiento judicial que permita asociar indiciariamente los actos de conflictividad laboral con la negativa de la empresa a reconocer a los recurrentes la condición de representantes legales en el centro de destino”. Todo lo cual lleva a la desestimación del recurso de amparo.

⁹ El TC ya se pronunció sobre ello en la STC 40/1985 en cuyo FJ2 se indica lo siguiente: “El derecho a la libertad sindical constitucionalmente consagrado comprende —en la interpretación del mismo efectuada por este Tribunal— no sólo el derecho de los trabajadores de organizarse sindicalmente, sino además el derecho de los sindicatos de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y protección de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades, que de algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical, siendo una de ellas, precisamente la que aquí se cuestiona, la prevista en el art. 68 e) del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con la cual, los miembros del Comité de Empresa (y los delegados de personal), como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los Convenios Colectivos, la garantía de disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala en tal precepto determinada. Se trata en suma de una de las garantías integradoras de uno de los núcleos fundamentales de la protección de la acción sindical, residenciada en los representantes sindicales y que tiene la finalidad de otorgarles una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios, y de ello será consecuencia que la privación del sistema de protección de que se trata podrá entrañar la violación del derecho de libertad sindical consagrado en el art. 28.1 de la C.E., abriendo la vía del recurso de amparo”.

IV. VOTO PARTICULAR FORMULADO POR EL MAGISTRADO FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA ADELA ASÚA BATTARRIA. EL LITIGIO NO AFECTA AL CONTENIDO ADICIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL (CRÉDITO HORARIO) SINO A SU CONTENIDO ESENCIAL: RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN REPRESENTATIVA QUE PERMITE REALIZAR ACTIVIDAD SINDICAL

El Magistrado Valdés en su VP no discrepa de la consideración del crédito horario dentro de las facultades que integran el contenido adicional del derecho de libertad sindical y del control de constitucionalidad aplicado por la sentencia, pues de enmarcarse en dicho ámbito, al no existir una regulación infraconstitucional sobre lo reclamado por los recurrentes, su pretensión carecería de amparo, como así ha ocurrido en la sentencia. De lo que discrepa el Magistrado Valdés es que el asunto litigioso sea el reconocimiento o no del crédito horario y, por tanto, que estemos en el ámbito del contenido adicional del derecho.

En opinión del Magistrado, tal y como se ha planteado la demanda de amparo, el debate afecta al no reconocimiento de la condición representativa obtenida por los representantes y si tal condición debe o no mantenerse en el caso concreto que se plantea. Y si ese es el asunto, la controversia planteada versa sobre el contenido esencial de la libertad sindical en su vertiente funcional, es decir, entronca directamente, indicará el VP, “con el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa protección y promoción de los intereses de los trabajadores; en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponde” y cita la relevante STC 94/1995, de 19 de junio, a la que le siguen otras muchas (FJ2 VP). El VP subraya en ese sentido que la supresión de la representación unitaria por decisión unilateral del empresario afecta no solo a los recurrentes sino a la actuación del sindicato en el seno de la empresa.

Ubicado el conflicto en el contenido esencial, el análisis de la actuación empresarial y la posterior revisión judicial deben realizarse de acuerdo con dicha dimensión constitucional, esto es, examinando si el empresario, negando el derecho al crédito horario y fundamentando su rechazo en que no existe mandato representativo, ha vulnerado o no la vertiente funcional de la libertad sindical.

Desde tal perspectiva, el Magistrado Valdés Dal-Ré procede a un examen de los hechos probados y constatado que existe una coincidencia entre las personas elegidas en el centro de origen y el cuerpo electoral que integra la nueva unidad productiva, no existiendo en dicho nuevo centro representación legal de los trabajadores, concluye indicando que “tanto la empresa como luego la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia interpretaron el vacío normativo de manera inconciliable con la dimensión funcional del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE), impidiendo la garantía del derecho fundamental en el periodo transitorio hasta la elección de una nueva representación legal de los trabajadores. Por estas razones, que evidencia la minusvaloración de la dimensión funcional de la libertad sindical, debió reconocerse la violación del art. 28.1 CE” (FJ 3 VP).

Con este pronunciamiento, el magistrado Valdés Dal-Ré, como hiciera en otras muchas sentencias y VP y así se recoge en los comentarios que conforman esta obra colectiva, posee siempre un objetivo claro y consecuente con su compromiso con los valores y principios constitucionales, que se resume en su empeño de desarrollar y fortalecer el contenido de los derechos fundamentales, con la finalidad de favorecer su efectividad, que es, sin duda, uno de los fines principales del Estado social y democrático de Derecho, de acuerdo con el art.1.1 en interpretación conjunta y necesaria con el dictado y mandato constitucional del precepto que mejor representa el núcleo fuerte de dicho Estado Social, el art.9-2 de la CE y su exigencia de libertad e igualdad, reales y efectivas, del individuo y de los grupos en los que se integra. Esta es la extraordinaria impronta que el maestro Valdés nos ha dejado en sus pronunciamientos constitucionales y en toda su inmensa obra científica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ALONSO, D.: “El contenido adicional de la libertad sindical: sentencia TC 145/1999, de 22 de julio”, en VV.AA.: *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), Navarra, ed. Aranzadi, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La libertad sindical. Art.28.1 CE”, en VVAA: *La constitución del trabajo*, GARCÍA MURCIA; J (Dir.), Madrid, Ed.KRK ediciones, 2020.
- FERNANDEZ LÓPEZ, Mª F., “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal constitucional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011.
- GOERLICH PESET, J. Mª.: “La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Española*, RODRÍGUEZ-PIÑERO. M. y CASAS BAAMONDE, Mª. E. (Dirs.), Tomo I, Madrid, ed. Fundación Wolters Kluwer, 2018.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Libertad sindical y uso del correo electrónico: Sentencia TC 281/2005 de 7 de noviembre”, en VV.AA.: *Libertad sindical y otros derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), Navarra, ed. Aranzadi, 2014.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, ed. McGraW-Hill, 1996.
- MONEREO PÉREZ, JL, y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La libertad sindical en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista MTYAS*, núm.73, 2008.
- OJEDA AVILÉS, A.: “Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical”, en VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Coord.), Madrid, editorial Tecnos, 1985.
- OJEDA AVILÉS, A.: “La libertad sindical”, en VV.AA.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, Mª N.(Dirs.), Granada, ed. Comares, 2002.
- VV.AA.: *Prontuario de Doctrina Social del Tribunal Constitucional (1981-2005)*, SEMEPRE NAVARRO, A.V. (Dirs.), Navarra, ed. Aranzadi, 2005.
- VV.AA.: *Ley orgánica de libertad sindical: comentada y con jurisprudencia*, PÉREZ DE LOS COBOS, F. (Dirs.), Madrid, ed. La Ley, 2010.

El juego de los contenidos esencial y adicional de la libertad sindical. (Sobre la pervivencia de la condición de representantes de los trabajadores en caso de cierre del centro para el que fueron elegidos y traslado de su actividad a otro de la misma empresa)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo

I. DE PONENTE Y REDACTOR DEL PARECER DE LA SALA, RECHAZADO EL SUYO POR LA MAYORÍA DE MAGISTRADOS QUE LA COMPONEN, A DISIDENTE DE “SU” PROPIA SENTENCIA

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, 64/2016, de 11 de abril de 2016 (BOE, 20-5), en que se resuelve un recurso de amparo contra la de 22 de noviembre de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sobre supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical, ofrece una muestra singular del desdoblamiento a que alude el título de este epígrafe inicial. No es infrecuente, por lo demás, dentro del desarrollo de los procesos constitucionales, que se pueda llegar a este resultado de pos sí paradójico, una vez que la propia Constitución haya abierto la puerta a los votos particulares u opiniones discrepantes de los magistrados a las sentencias adoptadas por mayoría —quienes suelen hacer uso frecuente de esta facultad constitucional, excesivo a veces—, que se publicarán de modo oficial —aquellos —junto a la sentencia que los haya motivado (arts. 164 CE y 90.2 LOTC).

La secuencia institucional en juego, como se sabe, es la siguiente. Uno. El magistrado en cuestión recibe del órgano al que pertenece —Pleno, Sala o Sección del Tribunal— el encargo de la ponencia acerca del asunto sometido a su consideración, así como la redacción en su momento de la sentencia o auto resultantes. Dos. El magistrado procede durante la sesión o sesiones de deliberación correspondientes a la exposición y defensa de su opinión al respecto. Tres. Sometida a votación la propuesta del ponente, no recibe la confianza mayoritaria de sus compañeros (art. 90.1 LOTC), que acogen frente a la suya otra distinta. Cuatro. El magistrado ponente procederá a la redacción de la sentencia de acuerdo con el parecer mayoritario del Tribunal, que desde luego no ha sido el suyo y no ha estado en condiciones de convencer al resto. Cinco. El magistrado ponente —y discrepante del resultado final— puede, si lo tiene a bien, incorporar un voto particular contra la sentencia adoptada por mayoría, en el que reflejará «su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación» (art. 90.2 LOTC).

La consecuencia es, por descontado, que el magistrado discrepante enmienda con su voto particular la sentencia del Tribunal, adoptada por la mayoría de miembros sin su concurso, de la que fue ponente y sus tesis rechazadas y él mismo se encargó de redactar. En este sentido, podrá decirse que el magistrado en cuestión disiente de “su” propia sentencia.

Así ha sucedido desde luego en el presente caso. El magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, perteneciente a la Sala Segunda del Tribunal, era designado ponente del caso en cuestión, sin que su parecer sobre la decisión a tomar y la correspondiente argumentación jurídica, fueran tenidos en cuenta por la mayoría de magistrados de la Sala en la deliberación oportuna. Por lo que habría de redactar la sentencia resultante, sus fundamentos jurídicos y su fallo, expresando naturalmente «el parecer del Tribunal». El suyo discrepante era objeto de un voto particular importante.

A lo largo de los ocho años en que fue magistrado del Tribunal Constitucional (2012-2020) —había sido nombrado a propuesta del Congreso de los Diputados y de cuyo cargo cesaba con fecha 15 de octubre de 2020 por renuncia aceptada por el presidente del órgano constitucional—, Fernando Valdés Dal-Ré, catedrático de Derecho del Trabajo y jurista de extraordinario fuste, dejó su impronta doctrinal sobresaliente, ligada a un compromiso inequívoco para con la efectividad y expansión de los derechos sociales y laborales, con el de igualdad como destino de sus más logradas opiniones. Fueron centenares de ponencias sacadas adelante para la doctrina constitucional en un período difícil de mayoría conservadora del Tribunal. Y, cuando ello no fue posible, habrían de ser sus numerosos votos particulares —como es el caso del presente comentario—, redactados sin escatimar la argumentación jurídica necesaria por extensa que fuera, el instrumento adecuado para hacer saber doquiera, desde luego en la mayor parte de los casos, las opiniones más serias y convincentes a mi juicio sobre los asuntos tratados y “perdidos” para la causa del enriquecimiento de los derechos constitucionales.

II. LA CUESTIÓN LITIGIOSA Y LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL NOVEDOSA DEL ASUNTO CONTROVERTIDO

En el presente asunto, los dos recurrentes en amparo, que prestaban servicios para la empresa demandada con la categoría de auxiliares de almacén en un centro de trabajo cuya plantilla ascendía a sesenta y ocho trabajadores, habían sido elegidos en este como miembros del comité de empresa, junto a una tercera trabajadora, en las elecciones celebradas en junio de 2011, formando parte todos ellos de la candidatura del sindicato Confederación General del Trabajo (CGT).

Con posterioridad, la empresa comunicaba que la actividad que se desarrollaba en dicho centro para uno de los clientes iba a ser trasladada a otro de sus establecimientos, sito en localidad y provincia distintas, lo que acarrearía extinciones de contratos y traslados. Y, más adelante aún, ante la conflictividad laboral generada por esta decisión empresarial, la empresa procedía a cerrar el primer centro, como consecuencia de la infrautilización del almacén allí situado, y abrir uno de nueva creación. A este son trasladados los miembros del comité de empresa ahora recurrentes. En estas circunstancias, uno de estos trabajadores comunicaba a la empresa que se proponía hacer uso de las horas sindicales de su crédito horario. Y la empresa le hace saber por escrito que el comunicante ha dejado de ostentar la condición legal de representante de los trabajadores, al haber sido elegido por los empleados de un centro ya inexistente, en tanto que en el que ahora presta sus servicios carece de dicha condición representativa.

Dicho trabajador, al que se le une otro compañero en idéntica situación, interpondrán demanda de tutela de derechos fundamentales por vulneración de su derecho a la libertad sindical, como consecuencia de la denegación por la empresa de la condición de ambos como representantes legales de los trabajadores y privación del crédito de horas sindicales. El Juzgado de lo Social de Granollers dictaba sentencia, en fecha 18 de enero de 2013, estimando la demanda y declaraba lesionado el derecho fundamental invocado, por negarse a los actores su condición de representantes legales de los trabajadores, ordenando a la empresa el cese inmediato de tal conducta, con restablecimiento de la integridad de sus derechos representativos y el abono de una indemnización de 10.000 euros a favor de cada uno de los demandantes.

El recurso de suplicación formalizado por la empresa demandada contra el fallo de la instancia era estimado, sin embargo, por la sentencia de 22 de noviembre de 2013 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que declaraba la inexistencia de vulneración alguna del derecho a la libertad sindical. Contra esta, los trabajadores interponían un recurso de amparo que habría de ser resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la sentencia que aquí nos ocupa.

El Tribunal decidía admitir el recurso de amparo en cuestión, sin que ninguna de las partes hubiera puesto en duda la especial trascendencia constitucional del recurso, por estimar que su objeto era propicio para fijar doctrina constitucional sobre asunto inédito. Con las propias palabras de la

sentencia final, «le permitía establecer doctrina sobre el derecho de libertad sindical en situaciones como la que era objeto de controversia, pues no existe pronunciamiento previo en la jurisprudencia constitucional acerca de si procede el mantenimiento de la condición representativa obtenida en el centro de origen en casos de representación unitaria sindicalizada y traslado de trabajadores, sin transmisión de la titularidad, a otra unidad productiva de la misma empresa que no cuente con representación legal constituida».

III. LA DOCTRINA FIJADA POR LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL

Plateada por los recurrentes en amparo la vulneración de su derecho de libertad sindical, la Sala comenzaba por recordar la doctrina constitucional relativa al “contenido plural” de este derecho, utilizando como guía el resumen completo que había establecido al respecto la STC 281/2005, cuyas nociones básicas son las siguientes.

Por lo pronto, que, en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28.1 de la Constitución, la enumeración de derechos contenida en el segundo precepto «no se realiza con el carácter de *numerus clausus*», sino que en el contenido de la libertad sindical «se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, a en suma «desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden». Ambas expresiones del derecho fundamental —organizativas o asociativas y funcionales o de actividad— constituyen su «núcleo mínimo e indisponible, el contenido esencial de la libertad sindical».

En segundo lugar, el derecho de libertad sindical se integra, además de por su contenido esencial, por uno adicional o promocional, cuyos derechos o facultades son atribuidos a los sindicatos por normas legales o convenios colectivos. De modo que «estos derechos adicionales son de creación infra constitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical».

Y, en fin, el contenido plural del derecho puede también verse enriquecido, sin que se agote con los planos esencial y adicional, por aquellos derechos que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario. En cuyos casos, a diferencia de lo que ocurre con el contenido adicional de fuente legal o convencional, que resulta indisponible para el empresario, «este podrá suprimir las mejoras o derechos de esta naturaleza que previamente haya concedido». Lo que no significa, sin embargo, que la supresión de concesiones unilaterales que incrementen los derechos y facultades de las organizaciones sindicales resulte ajena a todo control constitucional desde la perspectiva del artículo 28.1 CE, puesto que «también la voluntad empresarial se encuentra limitada por el derecho fundamental de libertad sindical, de manera que la posibilidad de invalidación de lo previamente reconocido tendrá su límite en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical».

Tras este encuadramiento, el Tribunal procede en la sentencia al análisis de la eventual vulneración del derecho fundamental de libertad sindical de los recurrentes por la exclusión de su condición representativa y del ejercicio de su función como representantes legales sindicalizados de los trabajadores a raíz del cierre del centro de trabajo originario. A cuyo efecto, se recuerda en la fundamentación jurídica de la sentencia la doctrina constitucional consolidada, según la cual el llamado crédito de horas mensuales retribuidas para el ejercicio de las funciones de representación de los recurrentes (art. 68 e LET) —una garantía cuya finalidad consiste en otorgar «una protección específica en atención a la compleja posición jurídica que los mismos asumen frente a los empresarios»— forma parte del contenido adicional de la libertad sindical, y es en consecuencia de libre reconocimiento y configuración por el legislador y, en su caso, por la negociación colectiva.

La sentencia recuerda que, tratándose del contenido adicional de la libertad sindical, la función revisora del Tribunal «debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de la resolución impugnada, así como la justificación finalista de las normas que considera aplicables». Y, después de haber llevado a cabo dicha operación jurídica, entiende finalmente que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida es correcta.

Por lo que, a juicio de la sentencia de suplicación, que hace suyo el Tribunal, la decisión empresarial objeto de impugnación vendría a encontrar soporte en la siguiente fundamentación jurídica básica: 1) el mantenimiento de la condición de miembro del comité de empresa requiere de la subsistencia del centro de trabajo para el que se fue elegido; 2) la pervivencia de la condición de representante legal de los trabajadores no se produce cuando ha desaparecido el centro de trabajo y los trabajadores han sido trasladados a otro distinto. No existe, así pues, —prosigue el Tribunal— una previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de la condición de representante legal en casos como el enjuiciado, por lo que «no puede considerarse que la supresión de esa condición en esos concretos supuestos contraría un derecho atribuido por normas legales o convencionales, o por concesiones unilaterales del empresario, que en esta ocasión tampoco constan».

El Tribunal recuerda a continuación que no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato, tampoco las que repercutan en sus representantes en el marco de los órganos de representación unitaria, «puede calificarse automáticamente como atentado a la libertad sindical, pues es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley, calificación que, según se ha expuesto, no procede en esta ocasión a falta de una previsión infra constitucional (contenido adicional de la libertad sindical) que atribuya expresamente el derecho pretendido».

Y, en consecuencia, descartada por el Tribunal la lesión del derecho fundamental denunciada en este caso, procedía en el fallo de la sentencia a desestimar el amparo solicitado por los dos trabajadores en cuestión.

IV. LA OPINIÓN DISCREPANTE DEL MAGISTRADO VALDÉS DAL-RÉ Y SU VOTO PARTICULAR

El magistrado Valdés Dal-Ré discrepaba de la decisión mayoritaria de sus compañeros de Sala —él mismo como ponente había redactado el texto expresivo del parecer del Tribunal—, tal como había manifestado durante la deliberación del proceso constitucional, por lo que formulaba un voto particular a la sentencia en cuestión, al que se adhería la magistrada doña Adela Asua Batarrita, presidenta de la Sala Segunda del Tribunal. El magistrado discrepante entendía que el fallo de la sentencia «debió de declarar la vulneración del artículo 28.1 CE, en su vertiente funcional».

La razón de la discrepancia se sitúa en ámbito institucional sobre el que haya que aplicar el canon de constitucionalidad correspondiente. Para la opinión mayoritaria de la Sala, y por tanto para la sentencia, aquel radica en el “contenido adicional” de la libertad sindical, conforme a la fundamentación jurídica ya conocida. De ser así, razona el magistrado discrepante, no habría nada que añadir, por lo que «podría compartirse el juicio que contiene el texto aprobado, pues la pretensión de los recurrentes carecería de amparo a falta de previsiones infra constitucionales que regulasen la materia controvertida en el sentido reclamado».

Pero no es este, sin embargo, para Fernando Valdés y su voto particular compartido, el escenario que suscita el recurso de amparo. Puesto que, en contra de lo que declara el pronunciamiento constitucional, no queda comprometido en el presente caso a su juicio el derecho de presentación de candidaturas en las elecciones a la representación unitaria de los trabajadores, ni tampoco el derivado a favor de los representantes electos a un crédito de horas para el ejercicio de sus funciones.

Para el magistrado discrepante «el debate esencial reside en la decisión empresarial de negar la condición representativa obtenida por quienes, en las listas de un sindicato, fueron previamente elegidos en el proceso electoral y antes del vencimiento del mandato legalmente previsto para el comité de empresa». Una consecuencia que la empresa justificó en la desaparición del centro de origen y en el silencio legal, que equivaldría en realidad a «la inexistencia del derecho», sobre el mantenimiento de la representación en esos supuestos.

Lo que está en juego, así pues, no es el *contenido adicional* de la libertad sindical, sino — el magistrado Valdés lo ve con agudeza— el propio *contenido esencial del mismo en su vertiente funcional*, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores. El derecho a «desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden» (art. 7 CE). Dicha actividad sindical y, en consecuencia, la dimensión colectiva del derecho fundamental, quedaban lógicamente comprometidas, «pues la decisión de supresión de la representación legalmente constituida repercute no solo en los recurrentes sino también, directamente, en la actuación del sindicato en el seno de la empresa».

Por consiguiente, prosigue el magistrado discrepante, la sentencia habría debido revisar «si una interpretación como la realizada por la empleadora, confirmada en sede judicial, respetaba o no el derecho fundamental en su vertiente funcional (aquí, la actividad sindical en la empresa), como expresión del contenido esencial del artículo 28.1 CE». O, de otro modo. «En concreto, se planteaba la cuestión de analizar si la pretensión empresarial de suprimir la representación en estas hipótesis de rearticulación orgánica de los centros de trabajo de una misma empresa, sin cambio de titularidad o sucesión empresarial (art. 44.5 LET), con transferencia de trabajadores a una unidad productiva que carece de órganos de representación conformados, es compatible o no con la garantía de la actividad sindical del sindicato y sus agentes en la empresa».

Y para Fernando Valdés la respuesta es sencilla.

«La dimensión funcional del derecho fundamental permite distinguir una garantía mínima para esos supuestos, a saber: que durante el periodo necesario para la nueva designación de la representación de los trabajadores en el centro de destino debe asegurarse el mantenimiento de los derechos de la actividad representativa de los sindicatos por medio de sus representantes. Esta premisa comporta, a los efectos analizados, la continuidad de la condición de representantes unitarios de las personas elegidas en el centro de origen siempre y cuando exista lo que podríamos llamar “coincidencia predominante entre electos y cuerpo electoral”, es decir, siempre que no se desnaturalice la representación entre quienes fueron electores y representantes electos y quienes integren la nueva unidad productiva, como en el presente caso acontecía. Solo así se garantiza la dimensión funcional del derecho fundamental cuando no existe órgano de representación constituido en la unidad de destino y concurre, además, aquella coincidencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos en los supuestos en los que la empresa, el centro de actividad o una parte de estos conserve su autonomía con ocasión de la rearticulación de su estructura orgánica en distintas unidades productivas».

Y así, bajo estas circunstancias debió naturalmente otorgarse el amparo interesado, pues «en tanto se procediera a articular la nueva representación, el vínculo habilitante de la pervivencia del mandato era inquestionable, al no existir trabajadores ajenos a centro de origen que quebraran la representatividad de los recurrentes, rompiendo aquella coherencia entre el cuerpo electoral y los representantes electos».

Se concluye que tanto la empresa demandada como la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia «interpretaron el vacío normativo de manera inconciliable con la dimensión funcional del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE), impidiendo la garantía del derecho fundamental en el período transitorio hasta la elección de una nueva representación legal de los trabajadores».

Por estas razones, en fin, «que evidencian la minusvaloración de la dimensión funcional de la libertad sindical, debió reconocerse la violación del artículo 28.2 de la Constitución». Razonamiento y conclusión impecables que yo comparto.

La Jornada laboral mínima en el sector público. Voto particular a la STC 99/2016

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
 <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

I. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99/2016

La STC 99/2016, de 25 de mayo versa sobre dos cuestiones: las competencias autonómicas en la materia de Dependencia. Y la jornada mínima del empleo público. En ambos casos, el recurso se interpone por la Generalitat de Cataluña. Pues bien, el Voto Particular del prof. Valdés Dal-Ré versó sobre esta última materia, que por tanto es sobre la que nos centraremos

En el marco de las reformas encaminadas a la reducción del déficit público y consecución de la estabilidad presupuestaria acordada en 2012, se aprobó una impactante modificación a la jornada de los empleados públicos, al señalar una jornada de trabajo “mínima”, sin que tal reforma suponga incremento retributivo alguno.

En el año 2011 se fijó una jornada mínima de trabajo de treinta y siete horas y media semanales de promedio en cómputo anual para los empleados del sector público estatal, cuestión que no presentaba problemas en el orden competencial (sí en el de la política jurídica, obviamente). Pero la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (disposición adicional septuagésima primera), extendió esta media a todas las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local), tomando como base competencial los arts. 149.1.7, 149.1.13 y 149.1.18 CE, que amparan su carácter básico.

Frente a ello, la Generalitat de Cataluña, considera que hay dos vulneraciones constitucionales. Por un lado, en la distribución de competencias. Por otro, del art. 134.2 CE por entender que su regulación no puede formar parte del contenido de una ley de presupuestos.

Respecto de estas cuestiones, la Generalitat rechazó que la regulación de la jornada de trabajo en el sector público pueda ampararse en la competencia económica estatal del art. 149.1.13 CE (porque su contenido no es económico ni tiene un efecto directo en el ahorro del gasto público). Tampoco respetaría el art. 149.1.18 CE, excediendo el concepto de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios. Igualmente, tampoco admite que la disposición impugnada encuentre amparo en el art. 149.1.7 CE, por considerar que la fijación de la duración de la jornada de trabajo del personal laboral del sector público no es objeto propio de la legislación laboral, razón por la que nuevamente denuncia la invasión de su competencia.

El TC resuelve que tal reforma sí es competencia del Estado, y lo hace apoyándose en la STC 156/2015. Además de analizada STC 99/2016, de 25 de mayo, posteriormente lo haría en el mismo sentido en la STC 158/2016 (contra la Ley 35 horas de Castilla-La Mancha).

La clave es hasta dónde se despliegan las bases estatales. Para el Tribunal Constitucional, la disposición adicional septuagésima primera de Ley de PGE para 2012 sí deja un margen de maniobra a las comunidades autónomas para el ejercicio de su competencia, ya que «el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente

se establezca (así, en la STC 156/2015, FJ 8, en relación a la duración de permisos o licencias de los funcionarios públicos). Por lo demás, ese margen de maniobra que deja abierto la previsión impugnada facilita la pertinente adaptación a la diversidad de tareas y actuaciones administrativas, lo que contribuye a apreciar que, pese a lo también apuntado por los recurrentes, el principio de eficacia *ex art.* 103.1 CE no queda contrariado por una norma, como la cuestionada, que se limita a establecer una jornada mínima de trabajo en el empleo público en términos meramente cuantitativos, sin acarrear incremento retributivo alguno y potenciando el ahorro en el gasto público.

La STC se apoya en la doctrina previa, afirmando que esta normativa básica queda justificada por tratarse de una medida que forma parte de la esfera de los derechos y deberes de los funcionarios y garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional, como es el tiempo de trabajo o la dedicación exigible a todo funcionario.

II. EL VOTO PARTICULAR

Al voto particular formulado por D. Fernando Valdés Dal-Ré se adhirieron la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. Consideran que el Fallo debería haber estimado la impugnación de la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012. No alude a las reglas introducidas por la Ley de PGE de 2012 en relación con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Valdés considera que una disposición que fija la duración mínima de la jornada de trabajo para el conjunto del sector público no puede ser considerada, en su perspectiva material, como norma que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE).

Recuerda que el alcance de las competencias estatales y autonómicas en la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos ya había sido objeto de previas discrepancias (así, por ejemplo, en los Votos particulares a las SSTC 156/2015, sobre el régimen de permisos y vacaciones de los funcionarios, o 26/2016, sobre el periodo lectivo de la jornada del personal docente de los centros públicos, a los que ahora me remito). Pero rechaza que sirva de apoyo la STC 163/2012 (también citada en la STC 99/2016, pues se refería a la jornada de trabajo de los funcionarios de los cuerpos nacionales al servicio de la Administración de Justicia, cuyo estatuto jurídico no puede ser puesto en cuestión o alterada su homogeneidad por el ejercicio de las competencias autonómicas, reglamentarias o de mera ejecución, derivadas de las cláusulas subrogatorias en ese ámbito material).

Hay que partir de que no nos encontramos ante una materia en la que las Comunidades Autónomas tengan simples competencias de ejecución, sino ostentan competencias exclusivas sobre su función pública, inherentes a su potestad de autoorganización y de establecimiento de su propio sistema institucional.

En su argumentación, el profesor Valdés Dal-Ré partió de la consolidada doctrina del TC que señala que «una norma merece el calificativo de básica cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales; regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca, en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad (entre otras muchas, SSTC 1/1982, FJ 1; y STC 103/1997, de 22 de mayo, FJ 2)».

Estas características no se darían en la Ley 2/2012, ya que aunque formalmente se presente como “básica”, «no deja margen a las Comunidades Autónomas para introducir tales peculiaridades, en ejercicio de sus legítimas competencias, en consideración a su sistema institucional y a la potestad de autoorganización proyectada en la configuración de los servicios públicos que gestionan». Es más, esta regulación conduce no a la homogeneidad, sino a la uniformidad, prescindiendo de las

peculiaridades de cada Comunidad Autónoma, que inciden indudablemente en su organización, pudiendo producir, al tiempo, una alteración en sus relaciones de puestos de trabajo y en su política de retribuciones, tan estrechamente ligada a la jornada de trabajo.

Rememora en este punto el profesor Valdés Dal-Ré la STC 54/1982, de 26 de julio, en cuyo FJ 5 el TC negó la consideración de básica a la jornada establecida a efectos retributivos por el art. 5.2 de la Ley de retribuciones de 4 de mayo de 1965 (cuarenta y dos horas semanales), considerando que no parecía irrazonable que la Generalidad dispusiera de un cierto margen para determinar la jornada laboral a tales efectos. Una posibilidad que ahora se niega a las Comunidades Autónomas, en una nueva manifestación de una concepción desmesuradamente expansiva de los títulos competenciales que asisten al Estado.

La interpretación actual del TC (incluyendo la de la STC 156/2015), se asimila la materia (régimen estatutario de los funcionarios públicos) a la competencia (en el caso del Estado, ceñida a las bases). De este modo, el carácter compartido de la competencia legislativa, basilar en nuestro Estado compuesto y plasmada en el binomio bases/desarrollo, va perdiendo progresivamente todo significado.

En segundo lugar, considera que tampoco se ajusta a la Constitución el uso de una Ley de PGE para regular esta materia, por lo que debería haberse estimado, en todo caso, el segundo motivo de impugnación, fundamentado en la infracción del art. 134.2 CE. Así, considera que el art. 47 del estatuto básico del empleado público remite expresamente a las Administraciones Públicas el establecimiento de la jornada de trabajo de los funcionarios públicos. La disposición adicional impugnada no es, como sostiene la mayoría, una nueva previsión legal sobre el régimen sustantivo de la jornada de los empleados públicos que «complementa» el estatuto básico del empleado público, pues altera sustancialmente el régimen básico anterior al pasar a regular en norma básica estatal lo que, con anterioridad, quedaba íntegramente remitido a lo que estableciera cada Administración pública en su ámbito. Estamos pues —remarca el profesor Valdés Dal-Ré— ante una norma con vocación de permanencia en el tiempo, que cambia sustancialmente los criterios que previamente informaban la regulación de la jornada y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia, suponiendo “*de facto* una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público”.

Por ello, en lo referente al uso de la Ley de PGE para regular esta materia, considera que se está incumpliendo palmariamente uno de los límites que impone la doctrina constitucional a las leyes de presupuestos. Aun cuando la Ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal (STC 74/2011, de 19 de mayo, FJ 5, y las allí citadas), ha de hacerlo respetando los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal.

Respecto del argumento económico, considera que “es más que dudosa la conexión directa de la fijación de la jornada mínima en el sector público con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues su repercusión es a lo sumo mediata, en cuanto que no incide en los ingresos públicos y tampoco en el gasto efectivo, para el que resulta neutral”. Pero, incluso admitiendo a efectos dialécticos esa conexión, se incumple otra exigencia que la doctrina que este Tribunal estableció nítidamente en las SSTC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4, y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4: «una vez admitido que la Ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal, insistimos, en tanto en cuanto dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal, cabe añadir, a renglón seguido, que lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende.

La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE» (FJ 4).

Por todo ello, concluyó que la disposición cuestionada debió ser declarada inconstitucional y nula por incurrir precisamente en ese ámbito vedado por la doctrina constitucional, ya que, sin modificar los preceptos del estatuto básico del empleado público que han quedado reseñados, establece la duración mínima de la jornada de trabajo de los empleados públicos.

III. CONCLUSIONES

En un momento como el actual, en el que se plantea una reducción de la jornada laboral del sector privado a 37 horas y media, es especialmente elocuente recordar cómo en 2012 se generalizó esa jornada como mínima para todas las Administraciones, aumentando la jornada que se venían aprobando por las diferentes Comunidades Autónomas.

Progresivamente, pero de forma lenta, las diferentes Administraciones autonómicas han ido recuperando los derechos de los empleados públicos, pero tardíamente, y no en todos los casos.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018, prorrogada para 2019, estableció con carácter básico que podrían retomar la jornada de treinta y cinco horas aquellas Administraciones que, cumpliendo el objetivo de que la temporalidad en el empleo público no supere el 8 % de las plazas, hubiesen cumplido determinados objetivos de déficit, deuda y regla de gasto.

El actual gobierno central ha modificado su normativa básica sobre jornada semanal en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, no previendo ya requisitos de estabilidad presupuestaria, y exigiendo sólo a la Administración correspondiente el control de la temporalidad en el empleo público. Y fruto de ello son más las Administraciones autonómicas que están recuperando la jornada de treinta y cinco horas, incluyendo las de Comunidades gobernadas por formaciones políticas diferentes al Ejecutivo estatal (*v.gr.*, Decreto-Ley 1/2023, de 30 de marzo, por el que se establece la jornada de trabajo de los empleados públicos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León).

El que la recuperación de los derechos se haya hecho al dictado de las Leyes estatales que progresivamente han ido habilitando nuevos límites para las actuaciones autonómicas revela que el Profesor Valdés Dal-Ré tenía razón, y de facto se produjo una reforma del Estatuto Básico del Empleado Público vía Leyes de Presupuestos, y en esas seguimos.

Límites materiales de las leyes de presupuestos; y sobre el régimen de protección por desempleo de los liberados de prisión condenados por delitos de terrorismo. (Comentario de la sentencia de la sala segunda del Tribunal Constitucional 135/2016, de 18 de julio. ponente, magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré)

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional*

I. INTRODUCCIÓN

La disposición final 4ª.8 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, introdujo en el apartado 1 de la disposición adicional 66ª del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994, “Protección por desempleo de los liberados de prisión”, un precepto del siguiente tenor:

“Los liberados de prisión que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos relacionados en los párrafos a), b), c) o d) del apartado 2 del art. 36 del Código Penal sólo podrán obtener el subsidio por desempleo previsto en los apartados 1.1. d) y 1.2 del art. 215 de esta Ley cuando, además de reunir las condiciones establecidas en este último artículo, acrediten, mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria, los siguientes extremos:

1. En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras a) o b) del apartado 2 del art. 36 del Código Penal, que han cumplido los requisitos exigidos en el apartado seis del art. 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria [...]”.

Los delitos mencionados del art. 36.2 del Código Penal, en la redacción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, eran los:

“a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal”.

Por su parte, los requisitos establecidos en el art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, procedente esa regulación legal de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, exigían para “la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales”, además del cumplimiento de “los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros”, que dichas personas condenadas mostrasen “signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas”, y además hubieran “colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”, lo que podía acreditarse “mediante una declaración expresa de repudio

de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito”, así como por los informes técnicos que atestigüese “que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

El art. 215.1 LGSS/1994 concedía el subsidio por desempleo a los liberados de prisión que no tuviesen derecho a la prestación por desempleo, siempre que su privación de libertad hubiera sido por tiempo superior a seis meses, comprendidos los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito que, además, en el momento de la liberación fuesen mayores de dieciséis años, y las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabituación de su drogodependencia que hubiera durado un período superior a seis meses y hubiesen visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal [apdo.1.1.d)]. Asimismo eran beneficiarios del subsidio de desempleo los parados que, reuniendo los requisitos señalados, salvo el relativo al período de espera, se hallasen en situación legal de desempleo y no tuvieran derecho a la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, siempre que: a) hubieran cotizado al menos tres meses y tuvieran responsabilidades familiares; b) hubieran cotizado al menos seis meses, aun careciendo de responsabilidades familiares (apdo. 1.1.2).

Frente a la norma legal incorporada a la LGSS/1994 por la Ley de presupuestos generales del Estado para 2014, que añadió los requisitos adicionales expuestos a los generalmente exigidos por el art. 215.1.1, d) LGSS para que los liberados de prisión, condenados por determinados delitos, entre ellos delitos de terrorismo, pudieran percibir el subsidio por desempleo previsto con carácter general en aquel precepto legal, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó cuestión de inconstitucionalidad, conforme al art. 163 CE y preceptos correspondientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre (LOTIC), por su eventual contradicción con los arts. 9.3, 14, 24.1, 25.1 y 25.2 CE.

La cuestión de inconstitucionalidad se resolvió impecablemente por la STC 135/2016, de 18 de julio, de la que fue ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, declarando su pérdida sobrevenida de objeto en aplicación de la STC 123/2016, de 23 de junio, del Pleno del Tribunal.

II. EL PROCESO *A QUO* Y EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD; REQUISITOS FORMALES Y JUICIO DE RELEVANCIA

Los recurrentes en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, fueron condenados por delitos de terrorismo. Liberados de prisión, solicitaron el subsidio de desempleo. El Servicio Público de Empleo Estatal, en resoluciones de 31 de enero y 11 de febrero de 2014, revocó la aprobación de solicitud de subsidio de desempleo por excarcelación de los demandantes por no cumplir los requisitos adicionales que para acceder a esa modalidad de subsidio introdujo la disposición final 4ª.8 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014. Consta en los Antecedentes de la STC 135/2016, que obran en el expediente remitido al Tribunal Constitucional, “sendas certificaciones de la Administración penitenciaria que afirman, respecto de cada uno de los actores en el pleito *a quo*, que “ha cumplido condena por delito/s contemplado/s en el art. 36.2 apartados a) o b) del Código Penal” y que “no cumple los requisitos exigidos en el apartado 6 del art. 72 de la L.O. General Penitenciaria”¹.

El Juzgado de lo Social de Eibar dictó Sentencia, de 8 de julio de 2014, desestimando la demanda. Los demandantes recurrieron la sentencia de instancia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

¹ Antecedentes, 2.a).

Concluida la tramitación procedimental del recurso de suplicación, y antes de dictar sentencia, dicha Sala puso en marcha las previsiones del art. 35.2 de la LOTC sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad². Dictó providencia de 2 de diciembre de 2014, dando audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por el plazo común de diez días acerca de la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad del apartado 1 de la disposición adicional 66ª LGSS/1994, incorporada por la disposición final 4ª.8, de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, por su eventual contradicción con los arts. 9.3, 14, 24.1, 25.1 y 25.2 CE. Los recurrentes, en su escrito de alegaciones de 2 de enero de 2015, sostuvieron la necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Previamente, en su escrito de 29 de diciembre de 2014 el Abogado del Estado se había opuesto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Fiscal, en su informe de 30 de diciembre de 2014, no se opuso a la formalización de la cuestión de inconstitucionalidad al cumplirse los requisitos procesales exigidos en el art. 35.1 LOTC, “sin perjuicio del informe que, en su día, pudiera emitirse por el Fiscal General del Estado”³. Por Auto de 3 de febrero de 2015, rectificado por el posterior de 20 de febrero de 2015 por error de transcripción al amparo del art. 214.1 de la LEC, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad sobre la referida norma legal por la presunta infracción de los preceptos constitucionales mencionados.

El Auto justificó el cumplimiento de los requisitos formales y obligado juicio de relevancia sobre la norma legal de cuya constitucionalidad dudaba y de cuya validez dependía la decisión del recurso de suplicación, pues, si el Tribunal Constitucional declaraba su nulidad, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco debía estimar el recurso de suplicación, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y acogimiento de la pretensión deducida en la demanda origen de las actuaciones. La disposición adicional 66ª.1 LGSS/1994 resultaba temporalmente de aplicación al caso conforme a la disposición transitoria 6ª de la Ley 22/2013, de presupuestos generales del Estado para 2014, que ordenó expresamente: “Lo previsto en la disposición adicional sexagésima sexta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se aplicará a partir de la entrada en vigor de esta Ley y afectará a los solicitantes del subsidio al que se refiere el apartado 3 del artículo 205 de dicho Texto Refundido que en ese momento no hayan perfeccionado los requisitos establecidos en el número 1 del apartado 1 de su artículo 215”⁴. La entrada en vigor de la ley presupuestaria tuvo lugar el 1 de enero de 2014 y, según los hechos del Auto, recogidos en la STC⁴: 1º) los recurrentes habían cumplido condena por la comisión de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo de la letra a) del art. 36 del Código Penal; 2º) uno de los recurrentes se había inscrito como demandante de empleo el 2 de diciembre de 2013, finalizando el plazo de espera de un mes el 1 de enero de 2014; y 3º) los recurrentes no habían cumplido los requisitos del art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, lo que determinó la denegación del subsidio de excarcelación por el SEPE.

El Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión elevada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, deferir a la Sala Segunda su conocimiento, y sustanciar los trámites legales, dando traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado para su personación en el proceso y formulación de alegaciones, comunicando la admisión al órgano judicial promotor de la cuestión a efectos de la suspensión del procedimiento (arts. 37.3 y 35.3 LOTC). Ordenó publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”⁵.

² Precepto modificado por LO 6/2007, de 24 de mayo.

³ Antecedentes, 2.c).

⁴ Antecedentes, 3.

⁵ Antecedentes, 4.

III. LAS DUDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ÓRGANO JUDICIAL: DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN SU DIMENSIÓN DE GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y A LA LEGALIDAD SANCIONADORA EN SU VERTIENTE DE *NE BIS IN IDEM*, PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE ORIENTACIÓN DEL SISTEMA DE EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD A LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EFECTIVAS, DERECHO A LA IGUALDAD NORMATIVA, ¿Y A LA NO DISCRIMINACIÓN?

El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco inició la exposición de sus dudas de inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada con la relativa a la vulneración del art. 24.1 CE, en su contenido de garantía de indemnidad. Según el razonamiento de la Sala, la aprobación del apartado 1 de la disposición adicional 66ª de la LGSS/1994, introducido por la Ley general presupuestaria estatal para 2014, se habría debido a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013, *Del Rio Prada c. España*⁶, teniendo por finalidad evitar los efectos secundarios de la excarcelación de los presos de ETA afectados por la doctrina sentada en dicha resolución, que anuló la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocida con el nombre de “doctrina Parot”⁷, aplicada a todos los reclusos afectados por decisión del auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2013 (ejecutoria 32/90); una medida legal “que no se habría adoptado si no se hubiese articulado esa acción ante los órganos jurisdiccionales y constitucionales internos primero y ante el Tribunal Europeo después”. Se preguntaba el Auto proponente de la cuestión de inconstitucionalidad si la garantía de indemnidad operaba también “frente al poder legislativo”, señalando que nada lo impedía, debiendo el legislador, facultado para excepcionar la efectividad de la garantía de indemnidad, actuar con justificación y proporcionalidad. La nueva norma legal ni era necesaria, habida cuenta de que los efectos de la citada STEDH se limitaban a un colectivo reducido de presos por delitos de terrorismo, ni proporcional “entre los beneficios que se pretenden obtener con el endurecimiento de los requisitos de acceso al subsidio de desempleo ... y el sacrificio de la garantía de indemnidad”⁸.

La norma legal cuestionada se opondría también, según la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al derecho fundamental de los recurrentes a la legalidad penal en su vertiente de prohibición del *bis in idem* (art. 25.1 CE,) ya que su conducta de no satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito y no desvincularse de ETA les había impedido “obtener beneficios penitenciarios, cuya privación absorbió todo el reproche que su actuación merecía”. Sin embargo, la ley cuestionada, aprobada con posterioridad a su excarcelación, “desplegó nuevos efectos negativos imposibilitándoles el acceso al subsidio de desempleo”. Las exigencias adicionales impuestas por la norma cuestionada eran una sanción, toda vez que su “propósito” respondía a “represaliar o castigar a los terroristas que no se desvinculan de la organización criminal”⁹, concurriendo la necesaria identidad subjetiva, de fundamento de las medidas punitivas, y fáctica, “al tratarse de un hecho único aunque mantenido en el tiempo”.

En tercer lugar, la reforma legal, aunque pudiera contribuir a la reducción del gasto público, vulneraba el contenido constitucionalmente definido de una ley de presupuestos y el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, impeditivos de disposiciones sin la debida correspondencia con la función específica de las leyes presupuestarias. La causa de la reforma legal cuestionada, hecha explícita en el debate parlamentario, nada tenía que ver con ese objetivo presupuestario, afectando negativamente a derechos básicos de los ciudadanos. La jurisprudencia constitucional consolidada se contenía en las SSTC 206/2013 y 217/2013, de 5 y 19 de diciembre, y 152/2014, de 25 de septiembre.

⁶ Demanda nº 42750/09.

⁷ Según la cual las redenciones de pena concedidas a los detenidos debían aplicarse a cada una de las penas dictadas, y no al límite máximo de encarcelamiento de treinta años fijado en artículo 70.2 del Código Penal de 1973.

⁸ Antecedentes, 3.

⁹ Con cita de la STC 121/2010, de 29 de noviembre, referida a los recargos tributarios y de seguridad social.

Con la perspectiva del art. 25.2 CE, denunciaba, en cuarto lugar, el Auto de la Sala de lo Social la infracción por la norma legal del mandato que el citado precepto constitucional dirige al legislador de orientar el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad y de sus instituciones a la reeducación y reinserción social efectivas¹⁰. Para la Sala de lo Social, “la función primordial de la modalidad de subsidio de desempleo” considerado era “procurar al excarcelado que al salir de prisión carece de rentas para hacer frente a sus necesidades vitales básicas y, en su caso, a las de los familiares que de él dependen, una ayuda económica mientras encuentra un empleo, que no sólo le permitirá subsistir, sino que contribuirá a su reinserción en la sociedad, lo que obliga a valorarla en el marco del sistema de reinserción social de los penados del que es una pieza fundamental”. Aquí el Auto cuestionante se explayaba en la inconstitucionalidad de la disposición legal cuestionada —hay que decir que con poco acierto, pues no se trataba de penados, sino de excarcelados—, por su efecto excluyente de la prestación de desempleo “de los penados” por determinados delitos en razón de exigencias imposibles de cumplir por carecer de medios o por afectar a aspectos emocionales, ideológicos y morales, lo que redundaba en el incumplimiento del “principio constitucional orientador de la reinserción”, que no podía verse alterado ni por la clase y gravedad del delito, “pues la norma fundamental no hace distinción alguna al respecto y la necesidad de adoptar medidas de rehabilitación social es mayor conforme aumenta el tiempo de estancia en prisión”, ni por actitudes del excarcelado que no guardaran relación con la situación protegida, afectaran a aspectos emocionales, ideológicos y morales, y no pudieran ser valoradas necesariamente como muestra de la falta de voluntad de reintegración efectiva en una sociedad democrática, “entre cuyas señas de identidad figura el diálogo, la tolerancia y la convivencia pacífica y la no utilización de la violencia para imponer las propias ideas, máxime si se tiene en cuenta que en ocasiones no siempre son libres para tomar sus propias decisiones”. Nada tenía que ver, por lo demás, la clasificación en tercer grado con el subsidio de desempleo, cuya finalidad es “subvenir a las necesidades básicas de quienes han permanecido en prisión preventiva o definitiva durante más de seis meses, y su papel resocializador está ligado a la provisión de los medios de subsistencia para atender esas necesidades”.

En fin, no dejó la Sala de lo Social de señalar la posible oposición de la norma legal al art. 14 CE, al establecer una diferencia de trato peyorativa, injustificada y desproporcionada entre los liberados de prisión, en función del tipo de delito cometido objeto de condena, que nada tenía que ver con la situación de necesidad que el subsidio de desempleo trata de proteger, impidiendo a los beneficiarios carentes de rentas el acceso a una prestación del régimen público de Seguridad Social, que debe garantizar la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo (art. 41 CE). Precisaba la Sala de lo Social que ese estado de necesidad era mucho mayor para quienes habían estado reclusos en prisión durante un largo periodo de tiempo —22 y 29 años en el caso de los recurrentes— y habían obtenido la libertad a una edad más difícil para encontrar medios de vida con los que satisfacer las necesidades más básicas. El art. 41 CE no obliga a los poderes públicos a establecer una prestación asistencial en favor de los liberados de prisión, pero, una vez atendida esa situación de necesidad, no podían imponer requisitos más rigurosos a quienes hubieran cumplido pena por determinados delitos, cuya gravedad no era un criterio tenido en cuenta por el legislador para articular la protección —verdadera petición de principio, pues la norma cuestionada lo tenía en cuenta—, que, además, causaba un daño desproporcionado al imposibilitar lucrar la prestación, que no se podía justificar por la falta de acreditación de unos requisitos que o bien resultaban imposibles de cumplir por carecer el interesado de medios para ello, o bien afectaban a aspectos emocionales, ideológicos y morales que ya habían sido tenidos en cuenta en el momento de cumplimiento de la pena. Si la condición de ex-recluso hallaba encaje en las “otras condiciones” a las que alude el art. 14 CE, la norma legal cuestionada podría venir a introducir una diferencia de trato injustificada y desproporcionada entre las personas que ostentan esa condición, a las que el art. 73.1

¹⁰ Siendo el art. 25.2 CE parámetro de constitucionalidad de las leyes: SSTC 160/2012, de 20 de septiembre, y 128/2013, de 3 de junio.

de la Ley Orgánica General Penitenciaria “reconoce, sin salvedad ni excepción alguna, el derecho a ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos”¹¹.

En representación del Gobierno, el Abogado del Estado negó las vulneraciones denunciadas por la Sala de lo Social cuestionante y defendió la plena constitucionalidad de la norma legal impugnada, solicitando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. La reforma legal no afectaba a una presunta garantía de indemnidad de los recurrentes inexistente frente a la fuerza de las leyes, solo predicable, en su caso, frente a leyes “autoaplicativas”, dictadas para impedir la ejecución de sentencias firmes; ni tenía naturaleza sancionadora con la consecuencia de la posible infracción del principio *ne bis in idem*¹², sino perteneciente al ámbito prestacional de la seguridad social; ni era retroactiva, ni causante de inseguridad jurídica, ni contraria al derecho a la igualdad ante la ley, que admite diferencias de trato normativo basadas en una justificación objetiva y razonable¹³. La reforma legal, materialmente perteneciente al Derecho de la seguridad social, según el Abogado del Estado guardaba una relación directa con el objeto de la ley de presupuestos, exigida por la doctrina del Tribunal Constitucional, y perseguía una finalidad de reinserción social constitucionalmente lícita, conforme al art. 25.2 CE¹⁴.

También la Fiscal General del Estado pidió la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad con argumentos muy próximos a los hechos valer por el Abogado del Estado. Es de destacar la vinculación que sostuvo de la norma de seguridad social cuestionada con los presupuestos del Estado, que entendía que no había sido negada por el órgano proponente, y de hecho aparecía conectada directamente con la norma, cuya finalidad era “imposibilitar que determinados presos cobrasen la prestación”, lo que implicaba “en sí mismo una reducción del gasto público”. Precisó, en cuanto al principio de reeducación y reinserción social del art. 25.2 CE, que su ámbito de actuación “es el de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad”, y así resulta de la doctrina constitucional (SSTC 160/2012, FFJJ 3 y 4, y 40/2012, FJ 11) “y del propio tenor del precepto”. Dado que la norma legal cuestionada entraba en juego una vez que las penas privativas de libertad se habían extinguido y el sujeto dejaba de depender de la Administración penitenciaria, dicho principio no podía “entorpecer ni menoscabar la reeducación y reinserción social de los penados, al no aplicarse a los mismos”¹⁵.

IV. LÍMITES MATERIALES DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS; LA STC 135/2016 Y LA PÉRDIDA SOBREVENIDA DE OBJETO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La STC 135/2016, que efectúa el control concreto de la constitucionalidad de la ley a que sirven las cuestiones de inconstitucionalidad, es una sentencia de Sala, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Esa decisión del Pleno del Tribunal de no reservarse para sí el conocimiento de la cuestión de inconstitucionalidad y deferirlo a la Sala correspondiente por turno objetivo [art. 10.c) LOTC] fue debida al hecho de que la misma duda de constitucionalidad sobre el mismo precepto legal, también promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, había sido resuelta, pocos días antes, por la STC 123/2016, de 23 de junio. La STC 135/2016 debía aplicar su razón de decidir y su doctrina.

¹¹ Antecedentes, 3.

¹² El hecho causante del subsidio no era el delito ni la pena, sino el cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma para acceder al derecho; y el fundamento de la eventual no concesión tampoco es el delito ni la pena, “sino la actitud posterior del sujeto en relación con quienes fueron víctimas del delito”: Antecedentes, 7.b).

¹³ “No todas las personas han realizado los mismos hechos, han atacado los mismos bienes jurídicos, han causado los mismos daños y dolor a las víctimas y a la sociedad y han formado parte de los mismos entramados delictivos”: Antecedentes, 7.d).

¹⁴ Antecedentes, 7.b), c) y d).

¹⁵ Antecedentes, 8, c) y d).

Así lo hizo la sentencia comentada. Tras reconocer que el precepto legal cuestionado había venido a añadir requisitos adicionales a los generalmente exigidos en el art. 215.1.1 d) LGSS/1994 para que los liberados de prisión por haber sido condenados por delitos de terrorismo pudieran percibir el subsidio por desempleo previsto con carácter general en aquel precepto (FJ 1), sin entrar en el fondo de la cuestión, se remite a la STC 123/2016, que había declarado inconstitucional y nulo el apartado legal cuestionado por considerar, de acuerdo con la consolidada doctrina del Tribunal—se exponía en el FJ 3 de la STC 123/2016 el extenso recordatorio de esa doctrina contenido en el FJ 4.a) la STC 152/2014, de 24 de septiembre— que no formaba parte del “contenido esencial” de la ley de presupuestos, “que es la previsión de ingresos y la autorización de gastos del sector público estatal (art. 134.2 CE)”, ni tampoco de su “contenido eventual”.

Es sabido que para la doctrina constitucional recordada no basta con que la medida legal aprobada implique una reducción de gastos, ya que toda medida legislativa tendrá siempre una cierta traducción presupuestaria, pudiendo suponer un incremento o una reducción del gasto o un incremento de los ingresos, sin que esa incidencia accidental y secundaria legitime su inclusión en una ley de presupuestos. Aplicando el canon constitucional sobre el contenido propio de las leyes de presupuestos a la norma legal cuestionada, la STC 135/2016, FJ 2, como la STC 123/2016, FJ 4, alcanza la conclusión de que ninguna razón justificaba la inclusión de la norma cuestionada en la ley de presupuestos, faltando “la suficiente conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)” que hubiera permitido esa inclusión en su contenido eventual.

La justeza de la aplicación de esta doctrina a la norma legal cuestionada la justifica la STC 135/2016 mediante la reproducción de parte de los razonamientos del FJ 4 de la STC 123/2016:

De los antecedentes legislativos de la norma legal cuestionada resultaba “de un modo manifiesto” que no había sido “la necesidad de reducir el gasto” la que había llevado “al grupo parlamentario popular en el Senado a introducir las enmiendas núm. 3046 y 3048 que terminaron dando lugar a la disposición cuya constitucionalidad ahora se cuestiona”. En la justificación de dichas enmiendas no se hacía “referencia alguna al ahorro que podría representar la medida”, sino que se aludía al ‘tiempo transcurrido desde la implantación del subsidio por desempleo a favor de los liberados de prisión a través de la Ley 31/1984, de 2 de agosto’, lo que aconsejaba, “según los proponentes de la enmienda, ‘una revisión en profundidad de la normativa reguladora de dicho subsidio’ [...] dirigida [...] a ‘cohonstar debidamente la asistencia social que se presta mediante éste a los liberados de prisión con la reparación justa y debida a las víctimas del delito y a la propia sociedad mediante la satisfacción previa de la responsabilidad civil derivada del delito’, es decir, a exigencias de justicia”, pues se tachaba “de ‘injusto’ el sistema anterior, sobre todo en relación con ‘determinadas manifestaciones particularmente graves de delincuencia como el terrorismo y la criminalidad organizada’ (‘Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado’, X Legislatura, núm. 278, de 2 de diciembre de 2013, pág. 2319)”.

Prosigue esa reiteración argumental la STC 135/2016 (FJ 2): “Tampoco se aprecia, por otra parte, que la disposición cuestionada responda ‘a los criterios de política económica del Gobierno’ ni se dirija ‘a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto’, que son, aparte de la ‘relación directa’, los otros dos vínculos con el contenido esencial de la ley de presupuestos que la doctrina de este Tribunal ha admitido para permitir la inclusión de una norma no estrictamente presupuestaria”.

La reiteración es llevada al último razonamiento de su fundamentación jurídica, que en la sentencia de referencia (FJ 4) había efectuado la comparación del caso con el resuelto por la STC 65/1990, citado allí por el Abogado del Estado para sostener que la reducción de gastos justificaba la inserción de una medida de ahorro en la ley de presupuestos, y no en el proceso constitucional resuelto por la sentencia de aplicación de su doctrina, en el que el Abogado del Estado, sosteniendo

la misma tesis, se había limitado a indicar que la norma legal cuestionada guardaba relación directa con el objeto de la ley de presupuestos, como ha exigido la doctrina de este Tribunal. No obstante, el FJ 2 de la STC 135/2016 también ha dejado marcadas las diferencias: las normas examinadas en la STC 65/1990 tenían “una vocación de generalidad” aquí inexistente, pues aquellas “declaraban la incompatibilidad de cualquier pensión de jubilación con el ejercicio de cualquier actividad retribuida en cualquier Administración pública”, mientras que “la disposición aquí examinada opera justamente como una excepción singular a la norma general del art. 215.1 1) d) LGSS para determinadas clases de delitos: los de los párrafos a) y b) del art. 36.2 del Código penal”. Justamente había sido esa vocación de generalidad de las normas la que había llevado a la STC 65/1990 a apreciar su “efecto claro sobre la dimensión del gasto público”, tendente a su reducción, y “específicamente vinculadas al equilibrio de las previsiones presupuestarias para los ejercicios correspondientes a 1984 y 1985, respectivamente”, por lo que, como ya había afirmado la STC 65/1987, FJ 7, resultaba “indiscutible la vinculación de estos preceptos a la materia presupuestaria en grado suficiente para considerar que su inclusión en la Ley de Presupuestos” estaba “constitucionalmente justificada por la conexión existente entre su contenido y los criterios de política económica que inspiran la normativa presupuestaria en que se incardinan (FJ 3)”. Esa “íntima relación” no se producía en el caso de la STC 123/2016, ni en el de la STC 123/2016, “hasta tal punto que ni en el procedimiento legislativo ni por parte del Gobierno en sus alegaciones ante este Tribunal se ha efectuado alegato alguno acerca del ahorro efectivamente producido con la medida, que en todo caso aparenta ser más bien escaso.”

Esas consideraciones constitucionales habían llevado a la STC 123/2016 a estimar la cuestión de inconstitucionalidad objeto de aquella decisión por vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE por extralimitación del contenido constitucionalmente reconocido de las leyes de presupuestos, precepto constitucional citado por la Sala de Bilbao, quedando sin objeto las restantes dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano proponente, que por ello no fueron examinadas (FFJJ 3 y 5). La STC 123/2016 declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la disposición cuestionada, el apartado 1 de la disposición adicional 66ª LGSS/1994, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporada por la disposición final cuarta, punto 8, de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado. Consecuentemente, afirma de modo intachable la STC 135/2016, habida cuenta de que la norma cuestionada por el mismo órgano judicial en este proceso constitucional ya había sido expulsada del ordenamiento jurídico, una vez anulada por inconstitucional, su fallo debe apreciar, conforme a reiterada doctrina constitucional, la desaparición sobrevenida del objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Y cita, por todas, la STC 194/2014, de 22 de septiembre, FJ 4, y las por ella referenciadas. Su parte dispositiva declara la pérdida de objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

V. SOBRE LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES MATERIALES AL CONTENIDO DE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS Y LOS CRITERIOS APLICABLES PARA DELIMITAR EL ÁMBITO PROPIO DE ESTE TIPO DE LEYES

Bastará con recordar aquí que la jurisprudencia constitucional sobre el objeto propio y necesario de las leyes de presupuestos, esto es, sobre su contenido constitucionalmente definido, la restricción de las competencias del poder legislativo que su aprobación produce, y la exigencia constitucional de que una ley de presupuestos no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, está tan consolidada que cualquier apreciación divergente pudiera parecer exótica. No debiera ser así, sin embargo.

La discusión está desde hace tiempo fuera de la jurisprudencia constitucional, pero los votos particulares del Magistrado Luis López Guerra, desde el opuesto a la STC 76/1992, seguido de los votos particulares a las SSTC 178/1994 y 195/1994, que contaron con la adhesión del Magistrado Pedro Cruz Villalón, y de los votos particulares del Magistrado Pedro Cruz Villalón a las SSTC 32/2000 y 180/2000, contuvieron una interpretación constitucional divergente de la mayoritaria,

plenamente puesta en razón: la doctrina mayoritaria “representa una restricción injustificada y sin base constitucional suficiente de la potestad legislativa que a las Cortes Generales reconoce el art. 66.2 de la Constitución Española”, afirman esos votos particulares. La firmeza, extensión y persistencia de la doctrina mayoritaria no han creado un clima adecuado para el mantenimiento o renovación de la divergencia interpretativa de la Constitución.

VI. SOBRE LA REGULACIÓN VIGENTE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS LIBERADOS DE PRISIÓN CONDENADOS POR DELITOS DE TERRORISMO

La STC 135/2016 comienza su fundamentación jurídica recordando que el apartado 1 de la disposición adicional 66ª LGSS/1994, incorporada por la disposición final cuarta.8, de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2014, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que había de resolver, había sido derogada y se contiene en el vigente art. 274.2 a) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Sin que, naturalmente, el cambio legislativo provoque la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, conforme a jurisprudencia constitucional consolidada, y a diferencia de los recursos de inconstitucionalidad —en que, con excepciones, la regla general es que la derogación de la norma impugnada extingue su objeto—, en las cuestiones de inconstitucionalidad el órgano judicial proponente debe resolver el proceso *a quo* con la norma que ha de aplicar y de cuya validez constitucional depende el fallo.

Sin embargo, no sólo es éste el comentario que procede a propósito de la regulación legal vigente del subsidio de desempleo de los liberados de prisión, materialmente igual a la regulación legal anulada por la STC 123/2016, sino que ha de destacarse que no ha sido objeto de nuevas cuestiones de inconstitucionalidad y tenerse en cuenta que su anulación tuvo lugar por estar contenida en una ley de presupuestos, extravasando su contenido constitucionalmente definido, sin que la STC 123/2016 resolviese las restantes dudas de constitucionalidad, sobre el fondo de la regulación, del órgano promotor de las cuestiones. O los órganos judiciales no han tenido esas dudas de constitucionalidad o los hechos que dieron lugar a que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco las elevase al Tribunal Constitucional no han vuelto a repetirse. Esta segunda es la hipótesis deseable.

El (in)constitucional espacio menguante del derecho a la salud (comentario al voto particular de la STC 139/2016, de 21 de julio)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

 <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

I. PROSCENIO

El ejemplo de quienes más saben, unido a la experiencia adquirida en ocasiones semejantes, aconsejan traducir el respeto que merece el jurista a quien se rinde homenaje en un recuerdo de su pensamiento, por encima de la tentación de dejar oír la voz propia, que podría desentonar por inoportuna, cuando no por pretenciosa.

Con mayor motivo ha de ser así cuando el honrado proporciona un material bajo la forma de voto particular cuya extensión supera el margen otorgado para la *laudatio*, y cuya calidad hace que ni la forma ni el fondo admitan versiones, pues siempre serían un triste remedo del original.

La labor del cronista se limitará, por ende, a destacar y sistematizar el texto que obra como razón para apartarse de la sentencia llamada a crear doctrina constitucional. Tenor el que se adhiere en su totalidad la Magistrada Asúa Batarrita, y en un apartado sustancial (el que ocupa el epígrafe III) el Magistrado Xiol Ríos. Por otro lado, y al constituir el pronunciamiento comentado el fundamento para decidir los recursos formulados contra las disposiciones de distintas comunidades autónomas que decidieron desconocer la reducción subjetiva introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril¹, su tenor inspira el contenido de la primera de las sentencias dictadas al respecto y obra una remisión al mismo en las subsiguientes².

El autor divide su reflexión en tres grandes apartados, y bajo tal pauta se ordenará el presente discurso para dejar noticia, sucesivamente, de las razones por las cuales se considera que no concurrían los requisitos para haber acudido a un real decreto-ley, la afectación de la norma a derechos fundamentales y la falta de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la finalidad pretendida.

II. SOBRE LA CONCURRENCIA DE LA EXISTENCIA DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Aun cuando todo el contenido de voto particular aparece dirigido a mostrar la vulneración de los dos requisitos de obligado cumplimiento por la legislación de urgencia a tenor del art. 86.1 CE, el primero de sus epígrafes dedica su análisis con carácter específico y exclusivo a este fin.

Cuatro son los puntos cardinales sobre los cuales se asienta el criterio:

¹ En concreto, las disposiciones impugnadas fueron el Decreto 114/2012, de 26 de junio, del País Vasco; el Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, de Consell de la Generalitat Valenciana; la Ley 7/2016, de 21 de julio, de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero.

² La referencia, en concreto, lo es a la STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017; a su literal remitirán con posterioridad las SSTC 145/2017, de 16 de noviembre; 2/2018, de 11 de enero y 17/2018, de 22 de febrero. En estos casos el voto particular aparece firmado, junto con el Magistrado Valdés-Dal Ré, por los Magistrados Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejera.

A.- En primer lugar, la remisión al parecer que en anteriores ocasiones ya había manifestado el aquí honrado en torno al control que el Tribunal Constitucional ha de ejercitar con el propósito de verificar rigurosamente el cumplimiento por el poder ejecutivo de los requisitos que le facultan para dictar unas disposiciones legislativas que adoptan esta forma.

El abuso patente del recurso a una vía tan cómoda de legislar³ ha convertido en lugar común su impugnación sistemática ante el Tribunal para acusar sus excesos. También ha servido para mostrar la habitual subordinación del máximo intérprete de la Constitución a los intereses de los grupos políticos que contribuyeron a la designación de sus integrantes, pues sistemáticamente los impulsados por el Gobierno se ven obligados a avalar su regularidad, y muchos de los nominados por quien ejerce como oposición a denunciar su extralimitación⁴.

La firmeza en una tesis que cualquier cambio de coyuntura pudiera convertir en políticamente inconveniente, presenta el gran mérito de atarse a un criterio reiterado y conocido, cuya esencia huye de lo conveniente en la ocasión en concreto y proporciona una pauta reconocible para la vigilancia de cuanto debería ser una vía extraordinaria y cada vez opera más como un cauce susceptible de ser calificado como ordinario, por común, y hasta por burdo. Valentía, por tanto, de aquel a quien nunca le tembló el pulso para escribir, ni la voz para denunciar cuanto consideró no ajustado a Derecho.

B.- En segundo término, dedica su atención a rebatir el argumento de la sentencia en torno a que, “pese a lo que la demanda afirma”, la lesión del art. 86.1 CE no se razona respecto a toda la norma, sino, con carácter más limitado, únicamente en referencia a los concretos preceptos recurridos. De este modo, no se habría cumplido la “carga alegatoria” exigida por la doctrina constitucional. Ahí radica el argumento que sirve para negar el enjuiciamiento del Real Decreto-ley 16/2012 en su totalidad y centrarlo tan solo en los pasajes legales objeto de la impugnación.

Para la ocasión, y a la hora de mostrar que las valoraciones formuladas acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante tienen un carácter general, estando destinadas a fundamentar la inexistencia de ese presupuesto por la norma impugnada, el Magistrado se limita a recordar la doctrina sobre las fuentes de conocimiento a manejar a la hora identificar las razones explicativas de la extraordinaria y urgente necesidad y, por consiguiente, a las cuales procederá acudir llegado el momento de denunciar su ausencia con carácter general.

Lejos de mayor razonamiento, prefiere dejar que el escrito de impugnación sea el encargado de mostrar a las claras su sentido. Así, y sin perjuicio de admitir que se pueda cuestionar de fondo queja vertida, cuanto nunca cabrá discutir será una evidente reducción de los términos bajo los cuales la parte recurrente formuló su alegato, referidos al Real Decreto-ley en su integridad.

Según hacía en el voto, juzgue el lector un tenor susceptible de enseñar cómo, en más ocasiones de las que parece, la mejor refutación radica en remitir al contraste del original cuya letra se ha interpretado de manera errónea. He aquí el fragmento seleccionado para afirmar el carácter global de la impugnación: “ni en el texto del Real Decreto-ley, ni en sus antecedentes, ni en el debate parlamentario, existe explicación alguna sobre la existencia de circunstancia alguna que impidiera la tramitación de esta reforma sanitaria siguiendo un procedimiento parlamentario. La implantación del nuevo sistema se demora más de tres meses, las medidas que se adoptan no modifican inmediatamente la situación jurídica preexistente, se ha publicado una corrección de errores que ha modificado sustancialmente diversos preceptos y disposiciones fundamentales del Real Decreto-ley, para justificar

³ Una muestra de su utilización claramente desproporcionada en la época de crisis que se abre a partir de 2008, con detallado análisis numérico y en imágenes, en HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, 2017, pp. 123 y Gráficos 1 y 2, p. 141.

⁴ La posición, tenazmente mantenida en el tiempo, le lleva a recordar los votos particulares a las SSTC 170/2012, de 4 de octubre; 233/2012, de 13 de diciembre; 199/2014, de 24 de septiembre; 12/2015, de 5 de febrero y 48/2015, de 5 de marzo; así como al ATC 43/2012, de 12 de febrero.

algunas medidas se hace referencia incluso a reivindicaciones históricas o a informes que hay que elaborar, lo que unido todo ello al hecho de que se haya negado la tramitación de la reforma como proyecto de ley expresamente solicitada, llevan a la conclusión de que el presupuesto de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad exigido en el artículo CE no se ha justificado”. Difícil mayor claridad.

C.- Una lectura atenta de fundamento jurídico 5 de la sentencia demuestra, en gran medida, cómo cuanto más generales son las razones por las cuales se acude a esta vía legislativa, menor es la imaginación exigida y empleada para avalar la voluntad gubernativa.

Así lo demuestra el voto cuando lleva a cabo el escrutinio de la vertiente formal del presupuesto habilitante y constata cómo el pronunciamiento “no procede a un análisis pormenorizado de las razones determinantes de la regulación de las materias tratadas por los plurales preceptos recurridos, limitándose a traer a colación, por una parte, las dos grandes finalidades a las que obedece, con carácter general, la reforma del Sistema Nacional de Salud (existencia de una situación de grave dificultad económica y necesidad de hacer frente a los ‘retos actuales de asistencia sanitaria’) y, por otra, la opción en favor de la vinculación de la condición de beneficiario a la de asegurado”.

Cierto es que en algún punto muy concreto se descende un poco más, pero la laxitud es patente, a tal punto que ninguno de los muchos comentarios que ha merecido la norma ha discrepado de tal apreciación —y algunos lo han valorado como el principal argumento para sostener la inconstitucionalidad del texto en su conjunto⁵—: “la sentencia renuncia a analizar con el obligado detalle si, respecto de los preceptos que entiende expresamente recurridos, el Gobierno ha ofrecido una explicación clara, precisa y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad”.

D.- Pero si claudicante resulta en el requisito de forma, más aún lo es en el llamado a entrar en el fondo, para afirmar la conexión de sentido entre las finalidades perseguidas y genéricamente descritas y las medidas adoptadas.

En este sentido, la opinión mayoritaria sobre la cual se sustenta la sentencia considera que la nueva definición de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, con exclusión de los extranjeros en situación irregular (salvo excepciones de detalle), así como de los españoles y extranjeros que residan legalmente en España y no tengan la condición de asegurados, tiene por finalidad “concretar en aras al [del] ahorro de costes y a la mejora de la eficacia del sistema”. Más en detalle, mantiene su conexión “con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar” o, en otros términos, “entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relacionan, por tanto, con su sostenibilidad”.

En aval de su afirmación invoca la situación de crisis económica, los problemas derivados del régimen comunitario de compensación sanitaria (con particular relieve al conflictivo tema del “turismo sanitario”, según destaca el otro voto particular) y los informes del Tribunal de Cuentas acerca de la indebida asunción del coste derivado de la asistencia proporcionada por el Sistema Nacional de Salud a determinadas personas. Sin embargo, “por lo pronto, y en relación con las dificultades económicas y la necesidad de racionalizar los costes, las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera, incluso somera y general, del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar esas concretas medidas, así como del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema sanitario público. En cuanto a la segunda razón alegada, relativa a la coordinación de nuestro sistema con el derecho comunitario, su aplicación no es predicable ni de los españoles mayores de 26 años con determinados niveles de renta ni, menos aún, de los extranjeros

⁵ Con superior detalle sobre este extremo, RUIZ PALAZUELOS, N.: “Legislación de urgencia y derecho a la salud: consideraciones al hilo de la STC 139/2016, de 21 de julio”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. extra 1, 2019, p. 290.

no comunitarios. El legislador de urgencia no ha hecho esfuerzo alguno para elaborar la relación de congruencia entre las medidas adoptadas y las finalidades que las mismas han de cumplir, sin que pueda servir (...) el criterio económico (...) no aparece concretado”⁶.

III. DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL DERECHO A LA SALUD Y LA CONEXIÓN INSTRUMENTAL CON EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA PERSONA

“La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanza la condición de asegurados de la Seguridad Social”. Con este literal, recogido en el fundamento jurídico 8 de la sentencia, lo que fue una aspiración a la universalidad de la asistencia sanitaria⁷ —nunca del todo conseguida— sufre el duro embate de un severo recorte capaz de afectar al derecho a la salud de un colectivo singularmente vulnerable⁸ y, con carácter general de llevar a un lamentable retroceso el derecho a la salud⁹.

La tarea de acreditar que la decisión gubernativa vulneraba la prohibición de “afectar los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE” se aborda en tres momentos concretos:

A.- El primero destinado a rebatir el argumento, tan sumario como formalista, a partir del cual el criterio mayoritario se limitó a afirmar que el derecho a la salud está consagrado en el art. 43 CE y, dada su ubicación sistemática en el texto constitucional, “no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE”.

Recuerda, a tal efecto, que con este proceder el Tribunal se aleja de un criterio sostenido en el tiempo, en cuya virtud ha venido descartando las interpretaciones restrictivas del límite material (amparadas en el tenor literal del verbo afectar y su utilización habitual en el ordenamiento privado) y ha optado por otra más vinculada a cánones de índole contextual y finalista. Constata así cómo, “hasta la actualidad, ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de ‘no afectación’ los principios rectores enunciados en el Capítulo III, Título I CE; o, por expresar la misma idea desde la otra vertiente, este Tribunal, en su ya dilatada trayectoria jurisdiccional, no ha limitado la operatividad de dicha cláusula a los derechos, deberes y libertades consagrados en el capítulo II, de ese mismo título I”.

En esta ocasión, el acudir a tal formalismo enervante lleva a una acusación grave: “la sentencia se instala en la preocupante senda abierta por este Tribunal en fechas recientes, preferentemente aplicable en relación con derechos sociales, consistente en reinterpretar una anterior doctrina de manera silenciosa, entendida la expresión en un doble sentido: sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio”. En su lugar, “una modificación de tanta intensidad como la ahora defendida en la presente resolución hubiera demandado, de seguro, un relevante

⁶ En torno a tal acusación, el extenso discurso de AGUADO I CUDOLÁ, V. y PRADO PÉREZ, R.: “Derecho a la protección a la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para el acceso a los servicios y prestaciones del Estado del Bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 87-110.

⁷ TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016, p. 60.

⁸ DELGADO RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en VV.AA.: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 351 y ss.; en especial, pp. 251-253.

⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 376, 2014, pp. 23-26.

desarrollo argumentativo. Y no solo ni tanto por llevar asociada un cambio o, al menos, una reinterpretación en la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal. Esa exigencia viene fundada, además y señaladamente, por los efectos restrictivos que ese cambio o reinterpretación producen en la protección de los derechos y principios constitucionales o, lo que es igual, por los efectos expansivos de un poder normativo de carácter excepcional”¹⁰.

B.- Por otra parte, esta lectura restrictiva del art. 43 CE obvia ideas básicas que han contribuido a la maduración de la noción de derechos fundamentales: de un lado, la indivisibilidad o unidad de todos; de otro, la conexión instrumental de algunos “no fundamentales” con otros ubicados en el Capítulo II del Título I CE, dejando abierta la cuestión sobre el grado de reversibilidad o restricción que puedan sufrir los derechos sociales. Con todo, lo preocupante no es la indeterminación, sino la propia posibilidad¹¹, cuya dimensión intenta atajar el voto particular acudiendo, en primer lugar, a una interpretación de este derecho prestacional relegado a su consideración “de configuración legal” en la misma clave fértil en que se ha venido haciendo respecto a la asistencia jurídica gratuita, para así evitar la patente “des-constitucionalización”¹²; abundando, más tarde —y bajo la igual clave o sobre el mismo ejemplo—, en la relación de instrumentalidad que presente en esta ocasión con los derechos a la vida e integridad física y moral, según rememora de anteriores pasajes del Tribunal Constitucional¹³.

C.- Con todo, considera la operación anterior como un mero “esbozo”, pues la verdadera carga de profundidad¹⁴ proviene de los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España a partir de cuanto impone el art. 10.2 CE. A tal propósito, el autor del voto recuerda doctrina del Tribunal de Derechos Humanos en la que resulta clara y constante la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona. Son tantos y tan concluyentes los ejemplos que desgrana para mostrar esta conexión que “poco importa cómo se defina o conceptualice el derecho a la salud, porque, por encima de todas esas consideraciones, se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 CE; recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos”.

Así ocurre cuando no se proporcionan cuidados médicos apropiados y sobreviene la muerte¹⁵; si no se adoptan medidas para proteger e informar de los riesgos que derivan de ciertas actividades¹⁶;

¹⁰ Respecto a esta idea como vía para “dotar de fundamentalidad al derecho a la protección de la salud”, DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuando más puede ser menos)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, p. 399; o, entendiendo que “parece pavimentar una ‘vía libre’ para el Gobierno como legislador de urgencia de todos y cada uno de los derechos sociales que se ubican en el Capítulo III”, SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, Vol. 3, núm. 1, 2017, p. 84.

¹¹ DELGADO RINCÓN, L.E.: “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”. *Estudios Deusto*, Vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 51-56.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia actual hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria, a propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 178.

¹³ Tal interpretación, con el debido detalle, en APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia sanitaria” y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Es la salud un derecho social fundamental. Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea: XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, cit., pp. 45-49 y 838-839, respectivamente.

¹⁴ Como tal ponderada por SANGÜESA RUÍZ, N.: “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al sistema público de salud en España: Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *BioLaw Journal*, núm. 1, 2017, p. 234.

¹⁵ Para un enfermo mental positivo en VIH, abandonado en un hospital psiquiátrico sin el necesario cuidado y tratamiento médico, STEDH 47848/08, de 17 de julio de 2014, asunto *Câmpeanu c. Rumania*.

¹⁶ Falta de información respecto a los efectos del amianto a los operarios que estuvieron trabajando con este material durante años, a pesar de que el Estado los conocía o los debía conocer, en los supuestos de STEDH 60908, 62110,

en caso de acordar la expulsión del país de un extranjero dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le provocaría daños irreparables¹⁷; de negar la asistencia médica o prestaciones farmacéuticas gratuitas cuando se ostenta derecho por reconocimiento legal o judicial¹⁸; o, en una última muestra, si no se adoptan las obligaciones positivas de protección y prestación en los supuestos en los cuales fueran exigibles¹⁹. A partir de tales ejemplos pretende —y consigue— mostrar la frágil posición derivada de la visión reduccionista del derecho que prescinda de una guía hermenéutica fiable; más aún cuando, por ejemplo, se ha admitido que determinados daños ambientales, como el ruido, pueda afectar a la integridad física y moral de la persona, invocando a tal fin la doctrina del interprete autorizado a nivel europeo de los derechos humanos²⁰.

Las bases han quedado sentadas para la afirmación nuclear sobre el fondo del asunto, pues al estar afectado el derecho a la salud, en juego también se encuentran el derecho a la vida y a la integridad: “por tanto, la conexión entre el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria que actúa como garante de la salud individual y colectiva y el derecho a la vida y la integridad física no puede ser negado, ni puede ser obviado sin más, si atendemos a la obligación de interpretar tanto el art. 15 CE como el art. 43 del mismo texto a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos de los que España es parte, siendo uno de los básicos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Ninguna razón jurídica se opone al reconocimiento de esta noción de conexión o de indivisibilidad de los derechos, máxime cuando la jurisprudencia de este Tribunal lo ha hecho ya con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, como se ha apuntado, y con el derecho al medio ambiente”.

En verdad la norma de urgencia no pretendía regular de manera general el derecho a la salud, pero sí tenía “como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud”, según confiesa el autor de la norma en el apartado II, penúltimo párrafo del Preámbulo.

62129, 62312 y 62338/2011, de 24 de julio de 2014, asunto *Brincat y otros c. Mala*.

¹⁷ Ciudadano de Saint-Kitts que, mientras cumplía condena en Reino Unido, fue diagnosticado como positivo en VIH y SIDA. En libertad, pero retenido a la espera de devolución a su país, y en avanzado estado de enfermedad, se insta y deniega el permiso de estancia por razones humanitarias, pese a que en el Estado de origen no estaban en condiciones de atenderlo como se requería y el hecho de suspender el tratamiento reduciría significativamente la esperanza de vida, en el supuesto de STEDH 30240/96, de 2 de febrero de 1997, asunto *D c. Reino Unido*. Con posterioridad, la Gran Sala del TEDH dicta un nuevo pronunciamiento en el cual aprecia la violación del art. 3 CEDH por la deportación de un extranjero a Georgia sin que las autoridades belgas hubieran evaluado el riesgo que asumía esa persona a la luz de la información existente sobre su estado de salud y sobre la disponibilidad de un tratamiento adecuado el país de destino. El Tribunal reconoce, empero, que para que pueda conculcarse la prohibición del art. 3 CEDH de someter a tratos inhumanos y degradantes a una persona extranjera enferma, cuando se acuerde su expulsión por un Estado, han de concurrir unas “circunstancias muy excepcionales con grave riesgo para su vida y salud (padecer enfermedades incurables, hallarse en estado terminal, que no se le vaya a prestar un tratamiento médico-farmacéutico imprescindible...); circunstancias todas ellas que han de valorarse e interpretarse caso por caso”, STEDH 41378/10, de 13 de diciembre de 2016, asunto *Paposhvili c. Bélgica*.

¹⁸ Tal el caso del ciudadano que, diagnosticado de cáncer y estando recibiendo un tratamiento farmacológico a sus exclusivas expensas, no puede seguir afrontando indefinidamente el coste que le supone. Los buenos resultados hacen que inste su abono por el sistema de salud nacional ante la negativa, en vía administrativa remitiéndolo a otros fármacos libres de costes, acude a los tribunales, que reconocen el derecho en el caso concreto, lo cual no hace variar la posición de la administración sanitaria; bajo estos términos STEDH 30909/06, de 19 de abril de 2012, asunto *Panaïtescu c. Rumanía*; en parecido sentido, pero siendo una obligación que proviene de la norma, STEDH 65853/01, de 21 de marzo de 2002, asunto *Nitecki c. Polonia*.

¹⁹ En tres casos en los cuales el Gobierno turco fue condenado por no dispensar con la diligencia y medios debidos la atención que exigía la norma; así los supuestos recogidos relacionados con una transfusión de sangre a un recién nacido a quien se infectó de SIDA, en STEDH 4864/05, de 23 de marzo de 2010, asunto *Oyal c. Turquía*; el fallecimiento de una mujer embarazada de un bebe muerto por falta de recursos económicos para ser internada, en STEDH 13423/09, de 9 de abril de 2013, asunto *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*; o el fallecimiento de un bebe prematuro tras haber sido denegada su admisión en un hospital público, STEDH 24109/07, de 27 de enero de 2015, asunto *Asiye Gens c. Turquía*.

²⁰ La cita lo es a la STC 16/2004, de 23 de febrero, en la cual se menciona la STEDH 16798/80, asunto *López Ostra c. España*.

Eso significa que no aspiraba a regular aspectos accidentales o satélites del derecho a la salud, sino esenciales o nucleares, como en el caso concreto eran el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, el objetivo de los servicios del Sistema Nacional de Salud y la contribución de los beneficiarios en medicamentos y productos sanitarios para sostenimiento del sistema. Tratase, por ende, de una regulación de elementos medulares de los derechos concernidos que queda vedada por la cláusula de no afectación y, si desconocida por quien debería ser su garante, lleva a la paradoja del empoderamiento del órgano a costa del derecho a la protección de la salud²¹.

IV. LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LA FINALIDAD PRETENDIDA Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS. LA EXCLUSIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DEL ACCESO GRATUITO A LA ATENCIÓN SANITARIA PÚBLICA

Desestimadas las quejas relativas a las lesiones a las garantías que ordenan el proceso normativo excepcional ejercitado por el Gobierno, el voto pasa de lo general a lo particular, centrandolo únicamente en la modificación del sistema de protección de la salud que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia en España. En concreto, sobre la nueva redacción proporcionada al art. 12 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que, de equipararlos a los nacionales en su derecho a la asistencia sanitaria siempre y cuando fueran residentes, pasa a remitir en este punto al nuevo contenido del art. 3.1 a) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, ordenado a lograr que no sea el Sistema el llamado a asumir la asistencia sanitaria de quienes ya la tienen cubierta por sus instituciones de origen (en el caso de los ciudadanos comunitarios) o por esquemas de seguros privados.

Punto de inflexión en esa sustitución del concepto de “ciudadano” por el de “asegurado” y “beneficiario”²² que claramente dejaba al descubierto la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia, salvo que fueran menores, mujeres embarazadas o en situación de post-parto o si se tratara de urgencias médicas. “Manifiesta expresión de reversibilidad de un derecho social”, por tanto, que se intenta ocultar bajo el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional de separar el acceso a las prestaciones sanitarias públicas de su carácter gratuito o bonificado²³. Duramente tildada tal afirmación de “falacia” (pues —según afirma el criterio mayoritario— “apenas” se estaría privando a los extranjeros irregulares de la gratuidad, que no forma parte integrante del derecho), con habilidad muestra el aquí y ahora cumplimentado la cara que oculta el dilema engañoso: la clave no radica en si cabe o no imponer el pago por los servicios sanitarios; antes bien, radica en sí, una vez establecida su universalidad y gratuidad (o con altas bonificaciones públicas), se puede excluir de tal beneficio a un colectivo que queda obligado a acudir a un servicio de salud privado o a abonar el coste correspondiente por la atención pública dispensada²⁴.

Como no podía ser menos, el Magistrado admite que el legislador pueda tomar con consideración su situación legal y administrativa en España y, por ende, exigir a los extranjeros autorización de

²¹ Excelente el planteamiento que, sobre la base del voto particular, recoge DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuando más puede ser menos)”, cit., pp. 403-405.

²² Una reflexión sugerente sobre el sentido de ese tránsito en CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, pp. 98-101.

²³ Ponderando el carácter denunciado en texto entre comillas, AÑÓN ROIG, M.J.: “Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades*, núm. 34, 2016, en particular pp. 64-68.

²⁴ El dilema ya aparecía nítidamente dibujado, y enriquecido por las razones que podrían llevar al contraproducente efecto de un coste superior (aumento de las urgencias y desconocimiento de que la sanidad preventiva puede ser más barata que la reparadora), en BENELOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas” y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria”, ambos en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, cit., pp. 165-166 y 209-210, respectivamente.

su estancia o residencia legal en España como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales, incluido el derecho a la salud en su vertiente de asistencia gratuita²⁵. Cuestión distinta es si esta restricción se dirige a preservar otros derechos, bienes e interés constitucionalmente protegidos y guarda la debida proporcionalidad con tal objetivo.

Respecto a la primera cuestión, niega la premisa mayor y afirma que, a la luz del art. 10 CE, no debería ser de recibo una gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana que justifique una mayor o menor injerencia en los mismos; en particular cuando se trate de configurar su titularidad por parte de los extranjeros. Con firmeza argumenta que “esa gradación es sencillamente imposible y no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones. Y es que para determinar si la exclusión de los inmigrantes sin permiso de residencia del sistema público sanitario es compatible con el reconocimiento del derecho a la salud, resulta más razonable admitir que, pudiendo introducirse límites al ejercicio de los derechos, es preciso que los mismos estén previstos en ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen”.

La proporcionalidad se alza, por tanto, como la vara de medir si la exclusión de los extranjeros irregulares es apropiada para conseguir la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario.

Varias razones inclinan a pensar en una evidente desproporción:

A.- “En primer término porque a la medida le falta la mínima coherencia con la finalidad pretendida, o al menos declarada, que es garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye. Quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí está previsto independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario”²⁶.

B.- En segundo lugar, porque “la medida normativa cuya constitucionalidad se cuestiona deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física. Quizá ese riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede contrastarse *a posteriori*, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible”.

En esta sede el razonamiento retoma discurso sobre las obligaciones internacionales asumidas por Europa y recordadas reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo; añade, además, las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de noviembre de 2014 (Conclusiones XX-2)²⁷, cuando admite —al hilo del Real Decreto-ley 16/2012— sobre cuáles son las obligaciones positivas del Estado español en relación con el acceso a la salud de los inmigrantes cualquiera que

²⁵ Un examen del requisito de residencia o inscripción en el padrón, a través de su evolución legal y con las miras puestas en el derecho constitucional en juego (que el voto particular aquilata como “mero requisito formal, preordenado a la mejor gestión y organización de los servicios sanitarios públicos, pero no como una condición del ejercicio del derecho”), en FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 67, 2013, pp. 7-11.

²⁶ Sobre este punto en concreto, SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, cit., pp. 85 y 86.

²⁷ JIMENA QUESADA, L.: “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 297-299.

sea su estatuto jurídico, y apunta que la exclusión de los adultos extranjeros “irregulares” del sistema sanitario podría ser contrario al art. 11 de la Carta Social revisada de 1996²⁸.

C.- A efectos puramente dialécticos, incluso de considerar que la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia obedece a una finalidad legítima y es proporcional, “hubiera sido exigible que el legislador (...) hubiera aportado una motivación reforzada en sustento de la asunción de la medida en liza”, dados los derechos fundamentales en juego.

D.- “Por último, no estará de más recordar que el art. 10. 2 CE es un mandato de ajuste mínimo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos que no debe servir de argumento para no expandir más allá el alcance de los derechos, o para justificar una reversión en el estándar de protección de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. El art. 10.2 CE confiere una base de mínimos a partir de la cual los poderes públicos pueden elevar el estándar de protección constitucional de los derechos fundamentales. Pero lo que no es razonable es que la reducción de los estándares de garantía pretenda fundamentarse con la cobertura del art. 10.2 CE. Que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos no impongan una serie de medidas positivas a los Estados en un ámbito, no justifica la reducción de los estándares internos para ajustarse a los mínimos internacionales”.

De todos es conocida la corta vida de la norma cuya constitucionalidad avala el Tribunal Constitucional, con rectificación expresa en el punto central aquí debatido a través del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso al Sistema Nacional de Salud. En el olvido habría de quedar, también, una sentencia tan gris en sus argumentos como regresiva en su tesis final. Si de algo sirvieron la norma y el pronunciamiento fue para que afloraran reflexiones de altura sobre la universalidad del derecho a la salud, entre las cuales, y con luz y voz propias, destaca el magnífico voto particular analizado. De recuerdo imperecedero, como su autor.

V. BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M.J.: “Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades*, núm. 34, 2016.

APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia sanitaria” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea: XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2016.

²⁸ Sobre estas obligaciones internacionales, LEMA TOMÉ, M.: “La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación irregular”, *Eunomía*, núm. 5, 2013-2014, pp. 95 y ss; en particular p. 102. Convendría, en este punto, tomar en consideración los elementos de coincidencia que muestra ese informe con las Observaciones Finales efectuadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales encargado de supervisar el Pacto Internacional de 1977, cuando hace ver su preocupación “por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud (art. 12). El Comité recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general núm. 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud”, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs48.htm>. Otros detalles en el mismo sentido en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, núm. 3, 2015, pp. 36 y 63-76 o CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español)”, *Derecho y Salud*, núm. 24, 2014, pp. 128 y 129.

- BENELOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español)”, *Derecho y Salud*, núm. 24, 2014.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014.
- DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuando más puede ser menos)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019.
- DELGADO RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en VV.AA.: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2018.
- DELGADO RINCÓN, L.E.: “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”, *Estudios Deusto*, Vol. 61, núm. 3, 2013.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 67, 2013.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria” en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2016.
- JIMENA QUESADA, L.: “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- LEMA TOMÉ, M.: “La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación irregular”, *Eunomía*, núm. 5, 2013-2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental?. Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia actual hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria, a propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017.
- RUÍZ PALAZUELOS, N.: “Legislación de urgencia y derecho a la salud: consideraciones al hilo de la STC 139/2016, de 21 de julio”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. extra 1, 2019.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, núm. 3, 2015.

- SANGÜESA RUÍZ, N.: “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al sistema público de salud en España: Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *BioLaw Journal*, núm. 1, 2017.
- SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, Vol. 3, núm. 1, 2017.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 376, 2014.

Sobre la inconstitucionalidad del artículo 48.k) del estatuto básico del empleado público modificado por el RD-Ley 20/2012

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza*

 <https://orcid.org/0000-0003-3276-5983>

 Web of Science ResearcherID: X-6258-2019

I. EL RD-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD: CONTEXTO Y TEXTO

La coyuntura económica del momento y la necesidad de reducir el déficit público empujaron al Gobierno a adoptar medidas para mejorar la eficiencia de las Administraciones Públicas en el uso de los recursos públicos, con la finalidad de contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria, derivado del marco constitucional y de la Unión Europea. Se pretendía alcanzar ese propósito sin menoscabar la prestación de los servicios públicos esenciales.

En esa línea se adoptaron medidas de contención de gastos de personal. Por un lado, el RD-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, estableció que en el año 2012 las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrían experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011. Igualmente, durante el ejercicio 2012 no se permitió realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyeran la cobertura de la contingencia de jubilación. Tampoco se permitió la incorporación de nuevo personal, salvo la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores, si bien la congelación de la oferta de empleo público no se extendió a determinados sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fijaba en el 10 por ciento. Además, establecía la jornada de trabajo del sector público estatal en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Por otro, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, incidía en esas mismas medidas.

Pero el proceso de consolidación fiscal y de sostenibilidad de las cuentas públicas exigía de las Administraciones Públicas continuar adoptando una serie de medidas extraordinarias y cuya implementación debía ser urgente, dirigidas a racionalizar y reducir el gasto de personal de las Administraciones Públicas y a incrementar la eficiencia de su gestión.

El Programa Nacional de Reformas 2012 articuló el proceso de modernización y racionalización de las Administraciones Públicas, como complemento a los ajustes exclusivamente fiscales y la reducción de estructuras administrativas. Se planificó acometer una serie de reformas extraordinarias en nuestro sistema de empleo público, dada la propia naturaleza de la crisis del momento y sus efectos sobre la economía, el mercado de trabajo y las finanzas españolas, a trasladar al ordenamiento jurídico de manera urgente, como garantía de cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de gasto público y déficit.

Por ello, el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo medidas —según afirma en su introducción— que se debían adoptar de manera conjunta para ofrecer un cambio estructural y

coherente que permitiera, contemplado en su totalidad, la satisfacción de los mencionados objetivos de austeridad y eficiencia en las Administraciones Públicas.

Se adoptaron diversas medidas que avanzaban en la optimización de recursos, la mejora en la gestión y el incremento de la productividad de los empleados públicos. Entre otras, interés destacar las siguientes:

- El artículo 2 del RD-ley 20/2012 (“Paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público”) redujo las retribuciones del personal del sector público en las cuantías que correspondía percibir en el mes de diciembre de 2012 como consecuencia de la supresión tanto de la paga extraordinaria como de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes de dicho mes.
- El artículo 8 del RD-ley 20/2012 modificó los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de estatuto básico del empleado público y medidas sobre días adicionales. Así, la letra k) del artículo 48, que preveía originariamente, por asuntos particulares, seis días al año, se modificó para reducir ese permiso a tres días. Por su parte, el artículo 50, estableció que “los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor”. Además, desde la entrada en vigor de este RD-ley, quedaron suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, que no se ajustaran a lo previsto en este precepto, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza.
- El artículo 10 del RD-ley 20/2012, bajo el título de “reducción de créditos y permisos sindicales”, ajusta los derechos sindicales (los referidos al tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales) a los términos legales.

Junto a estos contenidos, la norma de urgencia añadía otros de naturaleza muy distinta. Por ejemplo, el artículo 27 del RD-ley 20/2012 modificó los artículos 3.1 (horario global), 4 (domingos y festivos), 5 (establecimientos con régimen especial de horarios), así como las disposiciones adicionales primera (régimen de libertad de horarios) y segunda (libertad de elección de domingos y festivos), de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales. Y el artículo 28 del RD-ley 20/2012 introdujo, aparte de otros contenidos, un nuevo apartado tercero en el artículo 20 (constancia de la reducción de precios) de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

II. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DEL PAÍS VASCO

El día 12 de abril de 2013, el Consejo de Gobierno del País Vasco interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público), 8 (modificación de los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de estatuto básico del empleado público y medidas sobre días adicionales), 10 (reducción de créditos y permisos sindicales), 27 (modificación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales) y 28 (modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista), así como contra la disposición final tercera (adaptación de los calendarios comerciales de las Comunidades

Autónomas), todos ellos del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

A juicio del Gobierno vasco, la norma de urgencia impugnada “carece de legitimidad constitucional al adoptar una serie de medidas coercitivas sin la intervención previa de la comisión mixta del concierto económico (Ley 12/2002), bien en el proceso de elaboración de la norma, como plasmación de los principios de coordinación y colaboración, bien *a posteriori*, con una previsión expresa que hiciera un llamamiento a los mecanismos previstos en el concierto”. Siendo aplicables a la Comunidad Autónoma del País Vasco las normas estatales sobre estabilidad presupuestaria, su aplicación no sólo exige incluir en la norma —según la parte recurrente— “una referencia que salvaguarde las particularidades que derivan del Concierto Económico”, sino que impone la necesaria intervención de la comisión mixta del concierto a los efectos de acordar los compromisos de coordinación y colaboración en la materia. En suma, la norma impugnada vulnera, a su entender, los principios de coordinación y colaboración establecidos tanto en la Ley Orgánica 2/2012 como en la Ley 12/2002.

Entrando en la argumentación sobre la inconstitucionalidad de algunos preceptos del RD-ley 20/2012, el Gobierno recurrente entra a concretar los motivos por los que considera inconstitucional el artículo 2 del RD-ley 20/2012, que suprimía la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público. Al respecto, precisa que este precepto establece una reducción de aproximadamente la mitad de las retribuciones salariales de los empleados públicos del mes de diciembre de 2012, que no cumple con el presupuesto constitucional del artículo 86.1 CE al no existir la necesaria entre la pretendida situación de urgencia y extraordinaria necesidad a la que se dirige, más cuando y la modificación del sueldo de los funcionarios, concretado 15 días antes por la Ley de presupuestos para 2012.

Los siguientes preceptos impugnados son el artículo 8, que modifica los artículos 48 y 50 de la —entonces vigente— Ley 7/2007, de 12 de abril, de estatuto básico del empleado público y medidas sobre días adicionales, concretamente, en lo referido a los “permisos de los funcionarios públicos” y a las “vacaciones de los funcionarios públicos”, respectivamente, y el artículo 10, referente a la “reducción de créditos y permisos sindicales”, al considerar que esa regulación no encuentra justificación en el título competencial del artículo 149.1.13 CE, por tratarse de una medida relativa al alcance y duración mínima de las jornadas de los empleados públicos que no tiene una incidencia directa y significativa en el ámbito de la economía general, tanto más cuando su contenido no es inherentemente económico ni afecta a aspectos retributivos. Se considera por la parte recurrente que la eventualidad de un potencial ahorro como consecuencia del incremento de las horas de trabajo no es justificación suficiente para encajarla como una medida directa a efectos de la dirección política o presupuestaria, ni de la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria que avalarían la invocación de los títulos previstos en los artículos 149.1.13 y 156.2 CE.

Por último, el Gobierno vasco también considera inconstitucionales los artículos 27 (“Modificación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales”) y 28 (“Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista”), así como la disposición final tercera (“Adaptación de los calendarios comerciales de las Comunidades Autónomas”), del mismo RD-ley 20/2012, de 13 de julio. En primer lugar, a juicio del Gobierno vasco, en el debate parlamentario de convalidación no se ha proporcionado información ni datos objetivos que justifiquen la extraordinaria y urgente necesidad para efectuar las modificaciones que aborda, en los términos señalados en la STC 31/2011, que declaró la inexistencia del presupuesto habilitante para regular mediante el instrumento de urgencia (en el caso, el RD-ley 6/2000) los horarios comerciales. Tampoco en el preámbulo del propio RD-ley 20/2012 ni en el propio debate de convalidación se ha justificado la adecuación de las medidas propuestas para dar respuesta a la situación de urgencia existente, ni los

perjuicios que ocasionaría la adopción de las medidas cuestionadas por el procedimiento parlamentario ordinario, lo que, a su juicio, vulnera el artículo 86.1 CE.

III. LA STC 119/2016, DE 23 DE JUNIO DE 2016

Admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad presentado y cumplido el traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el artículo 34 de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, para que pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes, mediante providencia de 21 de junio de 2016 se señaló para deliberación y votación de la sentencia el día 23 del mismo mes y año.

1. Fundamentos jurídicos

La sentencia delimita, de entrada, el objeto de impugnación y concreta la incidencia que sobre el mismo han podido tener determinadas circunstancias, en particular las sucesivas reformas normativas que han afectado a los preceptos impugnados. Concluye el Tribunal Constitucional que ninguna de las alteraciones sufridas por los preceptos modificados por el RD-ley 20/2012 ha afectado al objeto del presente proceso constitucional, por dos razones. Una, primera, porque —como viene señalando su doctrina— cuando lo denunciado en un proceso constitucional es el eventual uso indebido de la legislación de urgencia por el Gobierno, las modificaciones operadas en la norma impugnada no hacen decaer el objeto del proceso, pues subsiste el interés constitucional de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo (entre las últimas, SSTC 18/2016, de 4 de febrero, 38/2016, de 3 de marzo, y 40/2016, de 3 de marzo). Y otra, segunda, porque las normas posteriores que han incidido en el RD-ley 20/2012 plantean, en esencia, los mismos problemas competenciales que han sido denunciados en el presente proceso constitucional, lo que supone que tampoco su modificación hace perder el objeto al presente proceso al ser función del Tribunal la de preservar los ámbitos respectivos de competencias (por todas, SSTC 18/2016, de 4 de febrero, 40/2016, de 3 de marzo, y 55/2016, de 17 de marzo).

Por ende, en la medida que el recurso se fundamenta tanto en el posible desconocimiento del presupuesto de hecho habilitante del decreto-ley, así como en la eventual extralimitación competencial del Estado en el ejercicio de sus competencias, “no cabe sino apreciar que subsiste el interés constitucional, tanto de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes como por determinar el alcance de las competencias controvertidas”.

Respecto de los artículos 2, 27 y 28 y sobre la concurrencia del presupuesto habilitante, consistente en la extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno vasco denuncia la infracción del artículo 86.1 CE. Ese motivo de impugnación ya fue abordado en las SSTC 81/2015, de 30 de abril, y 156/2015, de 9 de julio, cuyos criterios llevan, como entonces, a desestimarlos, remitiéndose, en su integridad, al contenido de la fundamentación jurídica de dichas resoluciones.

Entrando en el análisis de cada uno de los preceptos impugnados del RD-ley 20/2012, el primero de ellos es el artículo 2, que suprime la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público. El Gobierno vasco denuncia dos vulneraciones: en primer término, la privación a la Comunidad Autónoma de todo margen de actuación en la ejecución de la medida y, en segundo, la imposición de la medida de forma unilateral sin intervención —con carácter previo o *a posteriori*— de la comisión mixta del concierto económico. Sobre la primera ya se había pronunciado la STC 81/2015, de 30 de abril, doctrina que luego se reproduce en la STC 18/2016, de 4 de febrero, en el sentido de señalar, de un lado, que la medida de reducción salarial prevista en el artículo 2.1 “responde, por su naturaleza y contenido, al legítimo ejercicio de las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1.13 CE”, y, de otro, que las reglas previstas en el artículo 2.2 son “necesarias

para asegurar la efectividad de la decisión estatal tendente a la contención de los gastos de personal de las Administraciones públicas”. Respecto de la segunda, se rechaza la impugnación al confundir el Gobierno recurrente el ejercicio legítimo de las competencias de coordinación, que conforme al texto constitucional le corresponden al Estado mediante la adopción de las correspondientes normas orgánicas o básicas, con la eventual cooperación para la puesta en funcionamiento de aquellas que requieran su necesaria intervención de cara a la determinación de su alcance y concreción. En este caso, el Estado ha dictado una disposición en el ejercicio de sus competencias en materia de retribuciones de los empleados del sector público que, por revestir el carácter básico, procura establecer un marco normativo común en cuanto expresión de unos principios estructurales organizativos que se proyectan sobre el conjunto y que se dirige a asegurar unos intereses generales cuya efectividad no puede quedar supeditada al concreto acuerdo con cada Comunidad Autónoma en el seno de la correspondiente comisión mixta.

Los siguientes preceptos impugnados son los artículos 8 y 10 del RD-ley 20/2012. El primero de estos preceptos se dedica a la “modificación de los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de estatuto básico del empleado público y medidas sobre días adicionales”, concretamente en lo relativo a los “permisos de los funcionarios públicos” y a las “vacaciones de los funcionarios públicos”. Por su parte, el segundo precepto, bajo el título de “reducción de créditos y permisos sindicales”, se dirige a ajustar a la legalidad los derechos sindicales, singularmente los referidos al tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo.

Sobre el contenido del artículo 8 del RD-ley 20/2012, la cuestión ahora planteada había sido ya resuelta en la STC 156/2015, de 9 de julio, doctrina que luego se reprodujo en las SSTC 9/2016, de 21 de enero, y 18/2016, de 4 de febrero. Así, aun cuando algunas de las disposiciones del RD-ley 20/2012 podían encontrar amparo en la competencia del Estado sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), dado que las medidas previstas en el artículo 8 impugnado lo eran en materia de permisos y vacaciones de los empleados públicos y no pretendían dar respuesta a una problemática transitoria, adoptándose con un carácter estructural y con vocación de permanencia, esa regulación acogía una materia que había que encuadrarla en la referida al régimen jurídico de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), correspondiendo al Estado el establecimiento de las bases del régimen relativo a sus derechos y deberes, y a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y ejecución de la función pública autonómica y local, de acuerdo con la legislación básica. Este criterio, que hace prevalecer el título competencial atribuido al Estado por el artículo 149.1.18 CE cuando se trata de regulaciones permanentes de derechos de los funcionarios, también ha sido recogido, en relación a la definición de la jornada laboral, en la STC 99/2016, de 25 de mayo.

Concluye el Tribunal, en primer lugar, que entre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos de todas las Administraciones públicas cabe incluir previsiones comunes relativas tanto a sus retribuciones como a los supuestos de ausencia temporal justificada al puesto de trabajo (permisos, licencias y vacaciones), con el objetivo de lograr una mínima y fundamental homogeneidad en unos aspectos sustanciales del régimen funcionarial, por lo que el título competencial del artículo 149.1.18 CE legitima la nueva redacción que el artículo 8 del RD-ley 20/2012 le ha dado a los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. Y, en segundo lugar, que la nueva regulación no agota el contenido de los referidos permisos, licencias o vacaciones, permitiendo a las Comunidades Autónomas el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en la materia, al dejarlas fijar la forma y manera de su utilización (SSTC 156/2015, de 9 de julio; 9/2016, de 21 de enero, y 18/2016, de 4 de febrero).

En consecuencia, se desestima la impugnación, al encontrar su fundamento en la competencia del Estado sobre las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos y admitir la posibilidad de un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas.

Advierte, por otra parte, el Tribunal Constitucional que, aunque el Gobierno vasco impugna también el artículo 10 (“Reducción de créditos y permisos sindicales”), no existe a lo largo del escrito de demanda un solo argumento que sustente su pretendida inconstitucionalidad, sin que sea posible deducirlo de la fundamentación dirigida a cuestionar el artículo 8, lo que supone que se ha incumplido la carga de argumentar el vicio denunciado que pesa sobre aquel (por todas, SSTC 216/2015, de 22 de octubre, y 236/2015, de 19 de noviembre). Se recuerda que cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga del recurrente no solo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan, por lo que es justo hablar de una carga del recurrente y, en los casos en que ésta no se atiende, de una falta de diligencia procesalmente exigible, como es la de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar (por todas, STC 44/2015, de 5 de marzo, y 62/2016, de 17 de marzo).

Siendo lo anterior motivo suficiente para desestimar el recurso en este punto, no obstante, incluso tomando como fundamentación del vicio denunciado la que sustenta la inconstitucionalidad del artículo 8 de aquella misma norma, tampoco se alcanza un resultado favorable a la pretensión del Gobierno recurrente.

Los siguientes preceptos impugnados por el Gobierno vasco son el artículo 27 (“Modificación de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales”) y la disposición final tercera (“Adaptación de los calendarios comerciales de las Comunidades Autónomas”), ambos del RD-ley 20/2012. Se rechaza la inconstitucionalidad de los apartados del artículo 27 impugnados, así como también de la disposición final tercera, con los argumentos ya avanzados y expuestos en las SSTC 156/2015, de 9 de julio, y 18/2016, de 4 de febrero.

De igual manera, por último, se rechaza la impugnación del artículo 28 del RD-ley 20/2012 (“Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista”), si bien se afirma que el recurso de inconstitucionalidad ha perdido objeto de un modo sobrevenido dado que el artículo 28.2 ha sido derogado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, concretamente por el apartado 3 de su disposición final segunda, y los artículos 28.4 y 28.5 fueron declarados contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucionales y nulos por la STC 18/2016, de 4 de febrero.

2. Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, conforme a lo argumentado en la propia sentencia y reiterando su doctrina precedente, decide:

- 1º. Declarar que ha perdido objeto la impugnación de los artículos 28.2, 28.4 y 28.5 del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en cuanto que dan nueva redacción a los artículos 20.3, 26.1 y 27.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.
- 2º. Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

IV. EL VOTO PARTICULAR DISCREPANTE

El Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, en relación con la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno del País Vasco, formuló un voto particular, al que se adhirieron los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos.

Es, en verdad, un Voto particular discrepante porque entiende que el artículo 8, apartado 1, del RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en particular la nueva redacción que daba al artículo 48.k) de la —entonces vigente— Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, era inconstitucional en lo que se refería a la específica duración del permiso de tres días por asuntos particulares, que regulaba temporalmente ese precepto respecto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluidos los de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, sin que, por el contrario, resultara nulo en su aplicación a los funcionarios de la Administración General del Estado.

Las razones de la discrepancia son las ya expuestas en el Voto particular formulado por el mismo Magistrado a la STC 156/2015, de 9 de julio, al que se remite “para evitar reiteraciones innecesarias”. A ese Voto particular igualmente se adhirieron los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan Antonio Xiol Ríos, además de doña Encarnación Roca Trias.

Antes de la entrada en vigor del RD-ley 20/2012, el tenor literal del artículo 48.k) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, reconocía a los funcionarios públicos un permiso seis días al año por asuntos particulares. Tras su modificación por la reiterada norma de urgencia recurrida, dicho permiso, también por asuntos particulares, se redujo a tres días. La misma letra k) de aquel precepto fue después modificada por la LO 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, que amplió a cuatro el citado número de días (disp. adicional cuarta, apartado primero). Seguidamente, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, aumentó hasta cinco el número de días por asuntos particulares (art. 28.3). A continuación, el RD-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía, fijó el número de días por asuntos particulares nuevamente en seis (art. 2). Finalmente, aunque el RD-Leg. 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, ha derogado aquella Ley 7/2007 (disp. derogatoria única, apartado 1), mantiene en seis el número de días por asuntos particulares [art. 48 k)].

El Voto particular recuerda que con la finalidad señalada en la exposición de motivos del RD-ley 20/2012, se reducen, en el impugnado artículo 8, los días de libre disposición, además de suprimir los días adicionales por antigüedad, tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares, a la par que se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones. Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones públicas. Con esa misma finalidad de racionalizar el gasto de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones.

Se admite que la definición de la extraordinaria y urgente necesidad, que justifica la adopción del artículo 8 del RD-ley impugnado, es “explícita y razonada”, pues “no estamos ante una descripción mediante fórmulas rituales o genéricas, aplicables a todo tipo de realidades de un modo intercambiable, sino ante una referencia a una concreta coyuntura económica y a la necesidad de reducir el déficit público sin menoscabar la prestación de los servicios públicos esenciales”. Para ello y según se ha reflejado, se indica que es necesario mejorar la eficiencia de las Administraciones públicas en el uso de los recursos públicos, con objeto de contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria, derivado del marco constitucional y de la Unión Europea.

Se subraya que la disposición transitoria primera del propio RD-ley 20/2012 defiere la entrada en vigor de las previsiones del artículo 8 impugnado al 1 de enero de 2013. Ahora bien, de la lectura de la disposición transitoria referida se desprende que únicamente retrasa la entrada en vigor de

aquellas concretas previsiones que se refieren a los días de asuntos particulares —los popularmente conocidos como “moscosos”— reconocidos en la letra k) del artículo 48, a los días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza —que se reconocían en el artículo 48.2, antes de la modificación operada por el RD-ley 20/2012 que los suprime, y que establecía que “además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tendrán derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo”— y a las vacaciones, que se regulan en el artículo 50 de la misma Ley.

El hecho de que la entrada en vigor de una parte de la nueva y completa regulación de los permisos y vacaciones de los funcionarios quedara aplazada a un momento posterior, cuando, precisamente, la mayor parte de la nueva regulación resultaba de inmediata aplicación, “no priva de la necesaria conexión de sentido a las concretas medidas aplazadas e impugnadas en relación con la situación de urgencia explicitada por el Gobierno. Está, por tanto y en estos términos, justificado que el RD-ley impugnado realice una regulación conjunta de la materia, sin poderse exigir que la misma se fragmente entre una norma del Gobierno y una posterior norma parlamentaria cuando, en ambos, casos, habrían respondido a semejante finalidad.

Salvado todo lo anterior, se analiza si el nuevo sistema de permisos y licencias que modifica el anterior régimen sobrepasa o no los límites de lo básico, afectando al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma recurrente. Y es que el nuevo régimen jurídico de los permisos, licencias y vacaciones de los funcionarios públicos difiere notablemente del anterior en el que, de una parte, la precedente redacción del artículo 48.1 le proporcionaba a la materia un tratamiento de normativa supletoria —“en defecto de legislación aplicable”— y, de otro lado, el anterior artículo 50, regulador de los permisos de vacaciones, concedía a las Administraciones públicas un amplio margen de libertad para la fijación del número de días hábiles de vacaciones a partir de un mínimo fijado en el precepto.

El Voto particular considera acorde a la normativa básica que el Estado pueda establecer diferentes tipos de permisos y que disponga también la regulación de una normativa básica sobre vacaciones, de tal manera que resultan conformes al régimen de bases del Estado los diferentes conceptos y finalidades para los que se han diseñado los permisos que aparecen recogidos en los apartados de referencia, así como la determinación de un régimen general de vacaciones para todos los funcionarios públicos, cualquiera que sea la Administración pública de la que dependan. No manifiesta acuerdo, sin embargo, en que también forme parte de la normativa básica la fijación de la duración concreta, tanto de los días u horas hábiles dedicados a cada una de las modalidades de permiso, como de los que puedan disfrutar los funcionarios públicos por el concepto de vacaciones anuales, pues en tales casos, como sostuvo la parte recurrente, la norma estatal agota toda posibilidad de desarrollo normativo y de ejecución.

El texto legal imposibilita cualquier margen de autonomía a la Comunidad Autónoma —en el recurso, la andaluza— para poder establecer normas de desarrollo de los diferentes tipos de permisos o vacaciones contenidos en la norma estatal y de poder hacerlos efectivos en el ejercicio de las competencias en materia funcionarial que estatutariamente le corresponden. Los términos que aluden al número de los días u horas hábiles que se citan de modo expreso son, por ello, contrarios a los términos que delimita el título competencial del artículo 149.1.18 CE y, por ende, inconstitucionales con el límite que luego determinaremos.

En ningún caso la norma estatal permite margen alguno para el ejercicio de la competencia complementaria, esto es, la de la normativa de desarrollo legislativo. Esta modalidad de atribución competencial, a juicio del Voto particular, habría sido respetada por la norma estatal básica si los preceptos impugnados hubieran incluido un texto en el que la duración de los diferentes permisos y del régimen de vacaciones anuales viniera establecido conforme a un mínimo mejorable o a un máximo reducible o, incluso, a una combinación de ambos, de tal manera que la comunidad autónoma

competente hubiera podido establecer una normativa legislativa de desarrollo que le hubiera permitido concretar en días o en horas hábiles el disfrute de los diferentes tipos de permisos para los funcionarios públicos dependientes de aquélla.

Por ello, la nueva regulación, si bien halla su fundamento en la competencia del Estado sobre las bases del régimen de derechos y deberes de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE) en lo que se refiere a los distintos conceptos y finalidades por las que pueden ser concedidos permisos o vacaciones, “no se ajusta, en cambio, al régimen de lo básico en los singulares apartados que dispongan una duración concreta para su disfrute, por haber invadido la competencia compartida —desarrollo legislativo y ejecución— que le ha sido reconocida estatutariamente a la Comunidad Autónoma. Este pronunciamiento de inconstitucionalidad no habría alcanzado, sin embargo, la nulidad de los apartados y preceptos citados, porque son conformes a la Constitución en lo que se refiere al ámbito de la Administración General del Estado, siendo su regulación aplicable a los funcionarios públicos dependientes de dicha Administración pero no así a los pertenecientes a las comunidades autónomas y corporaciones locales. Consecuentemente, el fallo de la Sentencia debería haber sido estimatorio parcial del recurso, con declaración de que el artículo 8, apartados Uno y Dos del RD-ley 20/2012, que dio nueva redacción al artículo 48, letras a), b), f), k) y l) y artículo 50, párrafo primero, de la Ley del estatuto básico del empleado público, es inconstitucional en lo que se refiere a la específica duración de los permisos y vacaciones de los funcionarios de las Administraciones, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Llama la atención, en fin, que — pese a la extensión de inconstitucionalidad que argumenta el Voto particular discrepante en relación con la STC 156/2015, de 9 de julio— en el posterior Voto particular inserto en la STC 119/2016, de 23 de junio, la tacha de inconstitucionalidad se ciña exclusivamente al pasaje del artículo 8.1 del RD-ley 20/2012, “en el particular que ha dado nueva redacción al art. 48 k) de la Ley 7/2007 (...) en lo que se refiere a la específica duración del permiso de tres días por asuntos particulares, que ha regulado temporalmente este precepto respecto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, incluidos los de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, sin que deba ser declarado nulo en lo que atañe a los funcionarios de la Administración General del Estado”.

En la STC 119/2016, de 23 de junio, el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y reconocido maestro de esa disciplina, firma el Voto particular que formula otro Magistrado del Tribunal Constitucional. A diferencia de otras, donde expresa como ponente de la sentencia o como redactor de un voto particular¹ su razonamientos jurídicos, en unos casos conformando la doctrina constitucional y en otros manifestando su discrepancia con la mayoría, ahora se suma al Voto particular, siempre con el máximo respeto a la opinión de sus compañeros de Pleno. En una o en otra posición, siempre se reconoce el rigor en el análisis, la coherencia en la argumentación y el acierto en el juicio, señas de un gran jurista, como así recordaremos al profesor Valdés Dal-Ré.

¹ Entre los más destacados, los discrepantes de la posición de la mayoría sobre la constitucionalidad de las normas de la —así llamada— reforma laboral de 2012. *In extenso*, de VAL TENA, A. L.: “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012 y su proyección sobre una próxima intervención del legislador”, en VV.AA.: *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A. L. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 761-827. También, antes, DE VAL TENA, A. L.: “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 17, núm. 2, 2014, págs. 437-478.

El acceso a la suplicación estando en juego derechos fundamentales

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
*Catedrático de Universidad.
Magistrado del Tribunal Supremo*

I. INTRODUCCIÓN

Es posible que las diversas actuaciones judiciales a que da lugar el proceso laboral conciten la aceptación de cuantos intervienen en el mismo, pero también cabe la posibilidad contraria, esto es, el disenso respecto de la decisión (final o intermedia) adoptada por el juzgador o por el Letrado de la Administración de Justicia.

Consecuencia evidente de que se administre justicia en un Estado de Derecho es la de que quienes titularizan tal potestad pública quedan sujetos a la Constitución (art. 5.1 LOPJ) y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) de manera que la corrección de sus decisiones pende de su acomodación al bloque normativo, tanto en lo referente al modo en que se resuelva el litigio o asunto llevado ante el órgano jurisdiccional cuanto en lo que respecta a las actuaciones procedimentales seguidas ante el mismo.

En consecuencia, la previsión de un sistema o mecanismo mediante el cual pueda revisarse si ha existido o no tal adecuación, a fin de atender posibles reclamaciones de quienes se sientan perjudicados, aparece como un elemento completamente funcional en nuestro vigente sistema de Administración de justicia; desde luego, las normas reguladoras del proceso laboral contemplan un ramillete de instrumentos revisorios de la originaria decisión judicial.

La materia a que se dedica esta pequeña colaboración entronca a la perfección con las características profesionales del homenajeado. En ella concurren las posibilidades de examinar los antecedentes históricos, confrontar el enfoque laboralista con el de otras ramas, atender a materia de actualidad, abordar un problema práctico, entremezclar normas sustantivas y procesales, confrontar la jurisprudencia de los grandes tribunales, así como por finalizar el listado, aportar reflexiones propias para que el conocimiento siga progresando.

Quiere decir lo anterior que estamos ante cuestiones que solo pueden abordarse con profundidad cuando se tiene la capacidad de alternar una visión panóptica del Derecho, los conocimientos técnicos necesarios para comprender y concordar el entramado normativo y la capacidad crítica para contextualizar la concreta institución regulada. Entre las muchas aportaciones profesionales del profesor Valdés Dal-Ré ha realizado no ocupan un lugar menor las relacionadas con la tutela de los derechos fundamentales. Ya en su faceta de integrante del Tribunal Constitucional, a su vez, son múltiples las resoluciones en que dejó su impronta, por más que la mayoría de las veces como portavoz del parecer colegiado, cual aquí sucede.

La proclamación como derecho fundamental de «la tutela efectiva de los jueces y tribunales» (art. 24.1 CE) no sólo abrió las puertas a un más que considerable número de recursos de amparo sino que ha venido propiciando la elaboración de toda una doctrina del Tribunal Constitucional acerca de sus consecuencias e implicaciones sobre los institutos procesales. Se sabe, y así lo han proclamado numerosas sentencias constitucionales, que del artículo 24.1 deriva el derecho de obtener una resolución (estimatoria o no) fundada en Derecho. Pero lo que ahora interesa examinar son los condicionantes constitucionales con que se encuentra el intérprete a la hora de posibilitar o no el acceso al más característico de los recursos en el proceso laboral.

II. CENTRALIDAD DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN

El más característico de los recursos contemplados por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) es el de suplicación, a cuyo través cabe trasladar a la correspondiente Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) la resolución emanada de un Juzgado (de lo Social, de lo Mercantil). Sobre él, que no sobre el de súplica, versa esta entrada.

Cuanto concierne al recurso de suplicación es materia imbricada con el aspecto más nuclear de la arquitectura a que responde la jurisdicción social, con sus reglas y principios inspiradores, con su estructura y diseño orgánico. Hay en la regulación de este prototípico remedio toda una concepción, en parte implícita, sobre buen número de cuestiones enjundiosas: funcionalidad de los órganos jurisdiccionales unipersonales, modo de trabajar en las Salas de los Tribunales Superiores, competencias de los Profesionales intervinientes (integrados en Colegios de Abogacía o de Graduados Sociales), posibilidades de revisar los hechos declarados probados, diseño de la competencia por razón del territorio, establecimiento de las materias sobre las que no habrá criterios interpretativos precedentes de órganos colegiados, decantación hacia el modelo de apelación o al de casación, fijación de las interconexiones entre normas procesales y sustantivas, más un largo etcétera que sería farragoso enumerar de una tacada.

El carácter extraordinario de la suplicación restringe el elenco de resoluciones judiciales impugnables (art. 191 LRJS), frente a la generosidad con que se admite la apelación (art. 455.1 LEC). El artículo 191 LRJS (*Ámbito de aplicación*) se dedica a identificar las resoluciones recurribles, tema de la máxima relevancia habida cuenta de que, en función de su carácter extraordinario, la suplicación no procede frente a toda resolución definitiva dictada por el Juzgado sino, estrictamente, ante la que de forma expresa enuncia el legislador. La construcción acogida es bastante compleja y podría decirse que se estructura alrededor de un doble mecanismo de exclusión e inclusión que, a su vez, pivota sobre una regla o criterio general. Por un lado se enumeran las resoluciones no susceptibles de recurso, atendiendo a diversos criterios, mientras que por otro, en función de parámetros diferentes, se listan las que sí lo son. Y en esta «segunda vuelta» pueden ser «repescadas» algunas de las decisiones antes descartadas: tras la inicial exclusión puede llegar la expresa, y específica, inclusión entre las impugnables¹.

Estas páginas solo pretenden dar cuanta de algunos criterios jurisprudenciales recientes sobre la materia, pese a los muchos años que han transcurrido desde que el contorno del recurso de suplicación fuera establecido, lo cierto es que las polémicas y dudas no han terminado, siendo recomendable actualizar el estado de la cuestión.

III. IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EXAMINADA

La STC 149/2016, de 19 de septiembre, estima el recurso de amparo (4700-2015) promovido por una trabajadora frente a un Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco². En concreto, al haberse inadmitido su recurso de suplicación pese a haber invocado la vulneración de sus derechos fundamentales.

¹ Todo este diseño normativo ha de ajustarse a ciertos parámetros de constitucionalidad, básicamente derivados del artículo 24 de la Constitución, pues aunque el legislador es libre de ordenar el régimen de recursos, no estableciendo como imperativo el acceso cuando se trate de sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social sobre determinadas materias, en orden a evitar una innecesaria sobrecarga de trabajo y la consiguiente dilación en la prestación jurisdiccional, aquél «no debe provocar lagunas materiales e incertidumbres en el ordenamiento jurídico que [...] hagan peligrar la seguridad jurídica y la propia igualdad en la aplicación de la ley» (STC 108/1992, de 14 de septiembre).

² La sentencia declara vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos. En concordancia con ello, la restablece en su derecho, declarar la nulidad del Auto recurrido del TSJ de y retrotrae las actuaciones para que prosiga la tramitación procesal del recurso de suplicación.

La STC 149/2016 recopila doctrina muy consolidada (con especial mención a la STC 257/200) y censura la interpretación de la LRJS que reduce las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales (STC 257/2000). Fue publicada en el BOE de 31 octubre 2016, careciendo de votos particulares y resolviendo de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal³.

Además del Ponente (homenajeadado en esta obra) la Sala (Segunda) estaba presidida por la Magistrada Asúa Batarrita e integrada por los Sres. González Rivas, González-Trevijano Sánchez, Enríquez Sancho y Narváez Rodríguez.

La principal finalidad de la sentencia consiste en aclarar si queda garantizado el derecho a recurrir en suplicación previsto en el art. 191.3 f) LRJS cuando la pretensión sustanciada en el proceso se fundamente en lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, acumulada con las pretensiones propias de la modalidad procesal respectiva (arts. 26.2 y 184 in fine LJS), con independencia de lo que disponga con carácter general en materia de recursos la regulación de la modalidad procesal a la que el art. 184 LJS se remita en cada caso.

La STC 149/2016 aborda la posible vulneración de la tutela judicial efectiva cuando se impide el recurso de suplicación frente a sentencia dictada en procedimiento sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, pero solicitando que se declarasen vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical. Recuerda el tenor de la STS 3 noviembre 2015 y sienta una doctrina del todo coincidente, que ha sido replicada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo.

IV. ANTECEDENTES RELEVANTES

Al hilo de unas discrepancias sobre el modo de aplicar su reducción de jornada por guarda legal, la trabajadora interpuso una demanda pro modificación sustancial de condiciones de trabajo (MSCT), alegando vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical⁴.

Mediante sentencia de 2 octubre 2014 el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao desestimó la demanda: ni había MSCT, ni lesión de derechos, ni perjuicios. Finalizaba advirtiendo la imposibilidad de recurrirla, al amparo del art. 191.2 LRJS. Sin embargo, la actora anunció recurso basado en los arts. 178.2 y 184 LRJS.

Una Diligencia de Ordenación (DIOR) tuvo por anunciado el recurso, pero el posterior Decreto de 28 noviembre 2014 la dejó sin efecto citando los arts. 138 y 191.2.e) LRJS. El Auto de 11 febrero 2015, desestimó el recurso de reposición de la trabajadora.

Frente a esa decisión del Juzgado, la accionante acudió en queja y la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco dictó el Auto de 2 de junio de 2015 (desestimatorio) que es llevado ante el TC.

³ El Ministerio Público considera que las resoluciones judiciales impugnadas no han tomado en consideración que se sustanciaba una pretensión de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en un proceso de naturaleza mixta, ni tampoco que en procesos donde está en juego la tutela de derechos de esa naturaleza está previsto el recurso de suplicación. La Sala de lo Social soslayó, en definitiva, que el artículo 191.3 f) LRJS constituye una regla específica de procedencia del recurso y que, a tenor de ello, el artículo 192.2 párrafo segundo LRJS que cita el auto que cerró el proceso admite otras lecturas que evitan resultados paradójicos.

⁴ La trabajadora formula demanda en materia de MSCT y solicita que se declare que ha existido vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la garantía de indemnidad y a la libertad sindical; que la conducta empresarial es radicalmente nula, o improcedente; que se condene a la empresa a la inmediata reposición en las condiciones de trabajo que venía disfrutando, al pago de una cantidad económica por los daños morales sufridos por la vulneración de derechos fundamentales y a los daños y perjuicios causados.

V. ENTRAMADO NORMATIVO

La sentencia glosada examina la interpretación de diversos preceptos procesales desde la óptica de la tutela judicial consagrada por el artículo 24 CE. De ahí que convenga repasar el contenido de tales normas, para la mejor comprensión del debate.

El artículo 138 LRJS aborda las peculiaridades de la modalidad procesal a cuyo través ha de seguirse, entre otros, el litigio sobre MSCT y dispone que *“la sentencia deberá ser dictada en el plazo de cinco días y será inmediatamente ejecutiva. Contra la misma no procederá ulterior recurso [...]”*.

El artículo 178.2 LRJS, también respecto de tutela de derechos fundamentales, prescribe que *“Cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal.”*

El complejo artículo 184 LRJ dispone que sin perjuicio de lo previsto en el artículo 178.2 LRJS, las demandas de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 26, las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva.

Por su lado, el artículo 191.2.e) LRJS advierte que no procederá recurso de suplicación en los procesos relativos a modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo. Su apartado 3.f), sin embargo, abre las puertas de la suplicación en todo caso frente a sentencias dictadas sobre tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

VI. DOCTRINA DEL AUTO RECURRIDO

El Auto de 2 de junio de 2015 ya aludido cimenta su desestimación de la queja en los siguientes argumentos:

- Cuando se debe seguirse una modalidad procesal diversa de la dirigida a proteger los derechos fundamentales deben aplicarse sus reglas y garantías.
- En esos casos se tramita el procedimiento por la modalidad correspondiente, aunque dando carácter preferente a dichos procesos.
- Una lectura integrada o sistemática de los arts. 191.3 f) LRJS y 192.2 LRJS determina que prevalezca en esta ocasión, como «expresa disposición en contrario», el art. 138.6 LRJS sobre MSCT.

VII. TUTELA JUDICIAL Y ACCESO AL RECURSO

La sentencia glosada no quiere innovar, sino confirmar y matizar una muy consolidada doctrina acerca de cómo exige el texto constitucional que sean interpretadas las normas procesales en materia de recurso; en concreto, respecto de uno de naturaleza extraordinaria cual el de suplicación.

1. Premisa general

El derecho a los recursos tiene su fuente en la configuración legal, sin que exista un imperativo o mandato constitucional de una segunda instancia; tampoco —y es éste un dato relevante— cuando en el objeto del litigio tenga protagonismo central la posible vulneración de derechos fundamentales.

El derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que incorpora como elemento esencial el de obtener del órgano judicial una resolución sobre el fondo de las pretensiones, aunque también se satisface con una decisión de inadmisión, por razones formales o materiales, siempre que sea motivada y se funde en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente. Esto implica, en virtud del artículo 117.3 CE que la decisión sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas para la admisión de los recursos, como materia de legalidad ordinaria, está reservada a los jueces y tribunales, salvo que sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, resulte manifiestamente no razonada o irrazonable o incurra en un error patente⁵.

Siempre que está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho.

La decisión sobre el cumplimiento de estos requisitos y la comprobación en cada caso de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión o inadmisión del recurso, es competencia jurisdiccional atribuida, exclusivamente, a los órganos judiciales por el art. 117.3 CE⁶. Las formas concretas mediante las cuales se estructura un determinado proceso no tienen naturaleza constitucional, sino que pertenecen a la libertad de decisión del legislador, adoptada en función del equilibrio de intereses y valores a los que sirve el proceso.

2. Proyección antiformalista de la tutela judicial

Una vez reconocida legalmente la procedencia de un recurso, el acceso al mismo (en los términos y con los requisitos establecidos) se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de que se aprecie su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso⁷.

No debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano⁸.

Dicho de otro modo: los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del derecho fundamental del artículo 24.1 y “en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado”⁹.

El control del TC sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un “juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente”¹⁰. Eso es así especialmente respecto de los recursos extraordinarios, que deben fundarse en motivos tasados —*numerus clausus*— y están sometidos no solo a requisitos extrínsecos de tiempo y forma y a los

⁵ SSTC 182/2006, de 19 de junio, FJ 1; y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3.

⁶ STC 109/1987.

⁷ Entre otras muchísimas, pueden verse en tal sentido las SSTC 3/1983, 113/1988, 4/1995 y 135/1998.

⁸ Por todas, véanse las SSTC 18/1993, 37/1995, 135/1998 y 163/1999.

⁹ SSTC 5/1988, de 21 de enero, y 176/1990, de 12 de noviembre.

¹⁰ SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2; y 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3.

presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión; de donde se sigue que su régimen procesal es más estricto por su naturaleza de recurso extraordinario¹¹.

3. Necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos

La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente¹².

El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción¹³ pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación¹⁴.

4. Las exigencias formales en la suplicación

La suplicación comparte con el de casación las notas de recurso devolutivo y extraordinario, como ya se avanzó. En este caso, la competencia para conocer sobre un asunto se va a transferir desde un órgano unipersonal (Juez de lo Social, Juez de lo Mercantil) a otro de carácter colegiado (Sala de lo Social del TSJ). Se respeta así el principio de doble grado de jurisdicción: tras el conocimiento en la instancia aparece, en un plano más elevado y en momento posterior, la competencia de un segundo órgano, al que se accede, justamente, a través del recurso en estudio.

La aparente inocuidad de una regla que se limita a prescribir que el recurso de suplicación procede «contra las resoluciones que se determinan en esta Ley y por los motivos que en ella se establecen» (art. 190.2 LRJS), sin embargo, es inmejorable constatación de lo dicho.

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional: en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal¹⁵. Ahora bien, es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso, y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal.

5. ¿Interpretación pro Constitutione?

A partir de los expuestos parámetros de constitucionalidad, cuando quepan diversos resultados interpretativos sobre los requisitos procesales para el acceso a un recurso “la balanza constitucional no puede inclinarse en ningún sentido para optar entre dos soluciones igualmente razonables sin interferir en el núcleo de la potestad de juzgar cuya independencia de criterio predica la Constitución, ya que el amparo no está configurado como una última instancia ni tiene una función casacional, operantes una y otra en el ámbito de la legalidad”¹⁶.

¹¹ Aunque respecto de la casación, STC 37/1995, de 17 de febrero, FJ 5; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 100/2009, de 27 de abril, FJ 4; y 35/2011, de 28 de marzo, FJ 3.

¹² SSTC 58/1995, 209/1996 y 127/1997.

¹³ STC 37/1995.

¹⁴ SSTC 211/1996 y 258/2000.

¹⁵ Esa tensión entre flexibilidad y cumplimiento de lo importante se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Así lo viene expresando en múltiples ocasiones la jurisprudencia social; por ejemplo, en SSTS 19 octubre 2015 (rec. 54/2015); 816/2016 de 5 octubre (rec. 79/2016); 1060/2016 de 15 diciembre (rec. 264/2015); 240/2022 de 16 marzo (rec. 309/2021) y 132/2023 de 14 febrero (rec. 153/2020).

¹⁶ Por todas, STC 37/1995, FJ 6.

VIII. SINTONÍA CON LA JURISPRUDENCIA ORDINARIA

La STS 3 noviembre 2015 (rcud. 2753/2014) abordó el tema de si es recurrible en suplicación una sentencia sobre disfrute de vacaciones y vulneración de derechos fundamentales, entendiendo que el art. 191.3.f) LRJS aboca a una respuesta afirmativa puesto que son recurribles las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una pretensión que sí lo es.

La STC ahora glosada invoca las razones que llevaron a la Sala Cuarta del Supremo a esa conclusión:

- El art. 191.3.f) LRJS («en todo caso») significa que en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, procede la suplicación.
- Es innegable la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento.
- El acudimiento a la modalidad procesal de MSCT no puede comportar restricción del derecho al recurso.
- Si a las acciones que se ejerciten por el cauce procesal que prevé el art. 184 LJS se les aplican todas las reglas y garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, así procede con el recurso.
- Procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal seguida.

Ese recordatorio da pie a que la STC examinada reafirme que estamos ante cuestiones de legalidad ordinaria y que ha de respetarse la tarea interpretativa de los órganos jurisdiccionales, en especial del TS, así como la necesidad de proyectar el canon de constitucionalidad en os términos ya expuestos.

IX. CENSURA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Cuando el art. 184 LRJS remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención pero no porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía. Ello, con independencia de que cada órgano judicial utilice unos u otros argumentos para esta “*plena asunción de la denominada tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral*”.

Otra interpretación ni es la única potencial lectura de la Ley, ni supera el control de constitucionalidad para los casos en que no se trata solo del acceso a un recurso, si no, precisamente, de aquel dirigido a proteger los derechos fundamentales. Estamos ante decisiones judiciales especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen. “No sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sino que la denegación del recurso puede producir, además, un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial —con independencia de que la declaración de la lesión fuera sólo una de las hipótesis”.

X. APUNTES ADICIONALES

1. Interacciones de la sentencia

Hay en la sentencia toda una serie de interacciones que conviene revisar: 1º) Con anteriores pronunciamientos del propio Tribunal Constitucional. Para entroncar con la doctrina en ellos sentada y proseguir en la edificación de la vigorosa jurisprudencia respecto de la proyección de la tutela judicial efectiva sobre la interpretación del acceso a los recursos, incluso de corte extraordinario. 2º) Con las partes en el proceso constitucional y el Ministerio Fiscal: para tomar en cuenta sus argumentos y rebatirlos o asumirlos una vez pasados por el lógico tamiz del papel arbitral que compete al supremo intérprete de la Ley Fundamental. 3º) Con los órganos judiciales que han intervenido en el procedimiento, para aclarar que su función hermenéutica es respetada y que no se trata de invadir sus competencias o de revisar el acierto de sus respuestas. 4º) Con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, invocada de forma expresa para acreditar que la interpretación asumida por el TSJ en el caso no era la única posible, ni la más respetuosa, con la tutela judicial y el resto de derechos fundamentales. 5º) Con el papel institucional del Tribunal Supremo, para proclamar la deferencia hacia el máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123.1 CE) y el escrupuloso respeto a sus resoluciones, puesto que le compete la función de interpretar la legalidad ordinaria con el carácter complementario que le atribuye el art. 1.6 del Código Civil. 6º) Con la doctrina científica, ya asumida por sentencias anteriores, para alinearse con la denominada tesis integrativa, enderezada a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

2. Jurisprudencia social complementaria

La jurisprudencia ordinaria, antes y después de la citada, STS 3 noviembre 2015 (rcud. 2753/2014) ha debido abordar diversas cuestiones sobre el ámbito del recurso de suplicación cuando están en juego los derechos fundamentales. Interesa recordar algunos casos.

La STS 10 marzo 2016 (rcud. 1887/2014), recapitula lo ocurrido tras las recién citada: en lo que se refiere a posibilidad de interponer recurso de suplicación contra las sentencias que resuelven acciones de modificación sustancial de condiciones de trabajo en las que se invoca la vulneración de derechos fundamentales, nos hemos pronunciado ya en sentido afirmativo en numerosas sentencias¹⁷.

La STS 555/2016 de 22 junio (rcud. 399/2015) concluye que cabe suplicación cuando la demanda de MSCT se acumula una de tutela de derechos fundamentales en aplicación del art. 191.3 f) LRJS, puesto que son recurribles las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión de tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal utilizada.

La STS 552/2020 de 30 junio (rcud. 4093/2017), en litigio sobre MSCT con invocación de derechos fundamentales advierte que la recurribilidad de la sentencia no depende de quién sea la parte que la combata; en consecuencia la empresa también puede acceder a la suplicación frente a la sentencia que le ha sido desfavorable¹⁸.

La STS 799/2020 de 24 septiembre de (rcud. 1152/2018) insiste en la idea de que aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que el legislador ha previsto la suplicación, no cabe interpretar que la remisión del legislador a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que

¹⁷ Cita las de 10 de marzo de 2016 (R. 1887/2014), 22 de junio de 2016 (rcud. 399/2015), 11 de enero de 2017 (rcud. 1626/2015) y 9 de mayo de 2017 (rcud. 1666/2015), recaídas al hilo de supuestos de MSCT acumulada a la denuncia de vulneración de un derecho fundamental.

¹⁸ Reitera el criterio de SSTs de 11 enero 2017 (RJ 2017, 232); 9 mayo 2017 (RJ 2017, 2595); 5 julio 2017 (RJ 2017, 3985); 18 octubre 2017 (RJ 2017, 4758); 24 octubre 2017 (RJ 2017, 4855); 15 febrero 2018 (RJ 2018, 765); 22 febrero 2018 (RJ 2018, 970); 5 junio 2018 (RJ 2018, 3257) y 648/2018 de 19 junio (rcud. 596/2017).

allí se citan, sin dar acceso al recurso pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental.

La STS 758/2021 de 7 julio (rcud. 3849/2018) declara que la de instancia es recurrible en suplicación, porque en la demanda se ejercitó una acción de tutela de derechos fundamentales, aun cuando se hubiere formulado a través de la modalidad procesal de MSCT.

La STS 992/2021 de 6 octubre (rcud. 3470/2020) insiste en que son siempre recurribles en suplicación las sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales, aunque no quepa recurso por razón de la materia o de la cuantía litigiosa, tal como se deduce del art. 191.3.f) LRJS. En particular, es recurrible en suplicación la impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual en la que se alega violación de un derecho fundamental, porque el litigio versa sobre una pretensión de tutela de derechos fundamentales, aun cuando formalmente haya de canalizarse por una modalidad procesal distinta.

STS 679/2022 de 20 de julio (rcud. 454/2021), en litigio sobre conciliación de la vida familiar con denuncia de vulneración de derechos fundamentales advierte que el mero hecho de invocar en la demanda el art. 14 CE no convierte el procedimiento aplicable en procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, en orden a establecer la recurribilidad de la sentencia, lo que obliga a delimitar realmente el alcance y los términos en que se ha formulado tal pretensión.

La STS 840/2022 de 19 octubre (rcud. 363/2019) advierte que en supuestos como el resuelto por la STC comentada la Sala de suplicación solo puede conocer de las cuestiones de legalidad ordinaria planteadas en el recurso si están estrechamente vinculadas a la vulneración de derechos fundamentales hasta el punto que resulte del todo imposible resolverlas separadamente. Solo pueden ser examinados por la sentencia de suplicación los aspectos en los que resulte indisociable el tema de legalidad ordinaria con la eventual existencia de la invocada vulneración de derechos fundamentales, sin que pueda limitarse en estos casos su cognición a los aspectos relativos a la posible infracción de derechos fundamentales cuando la respuesta que haya de darse a esa cuestión condiciona de alguna manera el pronunciamiento sobre las materias de legalidad ordinaria.

3. Incidencia de la STC glosada en la jurisprudencia

Las resoluciones de la Sala Cuarta recién mencionadas, así como otras muchas vienen exponiendo que su criterio sobre acceso al recurso deriva de la interpretación sistemática sobre los preceptos de la LRJS aplicables y que, además, ha sido corroborada por la STC 149/2016. Diríase que, de este modo, se produce una concordancia y recíproco respaldo entre una y otra doctrinas: la constitucional y la ordinaria. Ello, claro está, sin menoscabo de lo previsto por el artículo 5.1 LOPJ: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

4. Apunte final

La conclusión de lo expuesto es clara: aunque no exista un mandato constitucional que asegure el acceso a los recursos en materia de derechos fundamentales, una vez que el legislador ha previsto la suplicación, no cabe interpretar que la remisión de la LRJS a las modalidades procesales correspondientes del conocimiento de las demandas que allí se citan, sin dar opción al demandante, en función de la materia en litigio y para una mejor atención del objeto del proceso, pueda dar como resultado una menor garantía jurisdiccional de un mismo derecho fundamental.

De ese modo se compatibiliza el respeto a la interpretación que de la legalidad ordinaria compete a los órganos judiciales con la necesaria tutela de los derechos fundamentales, precisamente

interpretada con el tamiz del artículo 24 CE. Aunque no se trate de una sentencia especialmente significativa para la trayectoria del Magistrado D. Fernando Valdés, lo cierto es que en ella están presentes las cualidades que lo vinieron adornando en sus múltiples facetas de jurista integral. Desde luego, en el ámbito del proceso laboral sí ha tenido una influencia notable, al clarificar una materia respecto de la que la LRJS no fue especialmente clara.

Empleo público, competencia estatal y tiempo de trabajo. Comentario al Voto Particular (STC 158/2016, de 22 de septiembre y STC 99/2016, de 25 de mayo)

JUAN GARCÍA BLASCO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza
 <https://orcid.org/0000-0002-3485-4480>

I. OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y FIJACIÓN DE UNA JORNADA MÍNIMA EN EL EMPLEO PÚBLICO

El Voto particular de Fernando Valdés de 26 de mayo de 2016, que se reitera el 22 de septiembre del mismo año, se refiere a un aspecto concreto de la Ley de Presupuestos para el año 2012 en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalitat de Cataluña.

En efecto, el escrito de recurso se centra en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, que, señalando su carácter básico al amparo de los arts. 149.1.7, 149.1.13 y 149.1.18 CE, establece la jornada mínima de trabajo de treinta y siete horas y media semanales en cómputo anual para todos los empleados del sector público, sin que las adaptaciones derivadas de esta previsión conlleven incremento retributivo, y con suspensión de eficacia de cualquier acuerdo que contradiga esta regulación.

El texto de la referida disposición es el siguiente:

«Jornada general del trabajo en el Sector Público.

Uno. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Asimismo, las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer, experimentarán los cambios que fueran necesarios en su caso para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno.

Dos. Con esta misma fecha, queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del Sector Público indicados en el apartado anterior, que contradigan lo previsto en este artículo.

El escrito del recurso articula la impugnación de esta disposición en torno a dos reproches. Por un lado, afirma que la norma no respeta el orden constitucional de distribución de competencias. Por otro, considera que vulnera el art. 134.2 CE por entender que su regulación no puede formar parte del contenido de una ley de presupuestos.

II. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL EN LA STC 99/2016

Se analiza en primer lugar la queja competencial, señalando el TC que la demanda considera que la indicada disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 no encuentra cobertura

en el art. 149.1.13 CE, porque su contenido no es económico ni tiene un efecto directo en el ahorro del gasto público. Asimismo, entiende que la previsión cuestionada se superpone a lo dispuesto en el estatuto básico del empleado público y excede el concepto de bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios a que se refiere el art. 149.1.18 CE, por lo que considera vulnerada la competencia de ordenación y organización de la función pública reconocida a la Generalitat de Cataluña en el art. 136 a) y b) EAC, al tiempo que, al hilo de esta denuncia, plantea la posibilidad de que, atendida la diversidad de Administraciones y de tareas de los empleados públicos, la implantación de la medida de forma general pudiera ser contraria al principio de eficacia previsto en el art. 103 CE. De modo similar, tampoco admite que la disposición impugnada encuentre amparo en el art. 149.1.7 CE, por considerar que la fijación de la duración de la jornada de trabajo del personal laboral del sector público no es objeto propio de la legislación laboral, razón por la que nuevamente denuncia la invasión de su competencia reconocida en el art. 136 EAC.

Para resolver la cuestión acude la STC 99/2016 a las competencias estatales en la materia, advirtiendo que el apartado 3 de la norma impugnada proclama su carácter básico en cuanto que afirma que se ha dictado «al amparo de los artículos 149.1.7, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución española». Además de la incorrección que supone la calificación de la competencia estatal en materia de legislación laboral como básica (por todos, ATC 55/2016, de 1 de marzo, FJ 3), ese encuadramiento competencial es susceptible de ser revisado por este Tribunal (STC 18/2016, FJ 10), porque no se encuentra vinculado por «las incardinaciones competenciales contenidas en las normas sometidas a su enjuiciamiento» (STC 144/1985, de 25 de abril, FJ 1).

Examina así al concreto contenido material de la norma, de modo que, como en anteriores pronunciamientos (por todos, STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 4), se evite la utilización de argumentaciones de tipo finalista o instrumental en relación con la dimensión económica de las normas enjuiciadas. Por ello, aunque la disposición adicional impugnada sea una medida efectivamente dirigida a contener el gasto público en materia de personal, debe analizarse el contenido de la misma para determinar el título competencial al que se adscribe esta medida. En este sentido, tal disposición no solo establece una jornada mínima de trabajo del personal del sector público —fijada en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual—, sino que adicionalmente se añade que las modificaciones de jornada que conlleve la adaptación a esa nueva medida —es decir, las ampliaciones— «no supondrán incremento retributivo alguno». Con ello se concluye que la norma impugnada tiene un contenido mixto, pues no solo —aunque sí principalmente— establece una regulación sustantiva de las condiciones de trabajo de los empleados del sector público, sino que también recoge una previsión retributiva expresa para aquellos supuestos en los que el trabajador/funcionario aumente su jornada a treinta y siete horas y media.

Atendiendo a la doctrina contenida en la STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8, la cual consideró que la modificación del régimen de permisos y vacaciones de los funcionarios públicos introducida por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, encontraba amparo en el art. 149.1.18 CE, por cuanto se trataba de una regulación que afectaba a derechos de los funcionarios públicos adoptada con un carácter estructural y permanente y que, por tanto, no iba dirigida a dar solución a una problemática transitoria concluye que, siendo una regulación que tiene por objeto fijar la jornada de trabajo, guarda directa relación con los derechos del personal al servicio del sector público (arts. 47 y 51 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público), así como con sus deberes (art. 54.2). Insiste el TC, de modo similar al caso de la STC 156/2015, que esta regulación encuentra fundamento en la competencia estatal reconocida en los arts. 149.1.18 y 149.1.7 CE, en relación, respectivamente, con los funcionarios y el personal laboral al servicio del sector público. Estos son los títulos que resultan aplicables por ser más específicos que el que, con carácter más genérico, recoge el art. 149.1.13 CE (STC 84/2016, de 28 de abril, FJ 5, con cita de otras, allí en relación al ámbito material de la educación). En relación con ello, la norma, señala, viene a modular el marco derivado de los arts. 47 y 51 de la Ley 7/2007,

de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público (reproducidos ahora en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), de tal forma que la libertad que esos preceptos otorgan a las Administraciones públicas para establecer la jornada de trabajo de su personal se ejerce ahora en el contorno predeterminado por la norma impugnada, al fijar ésta una jornada mínima.

Acude el TC a la competencia del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida a los de todas las Administraciones públicas, incluyendo materialmente en su ámbito, en principio, la normación relativa «a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios» (por todas, STC 165/2013, de 26 de septiembre, FJ 13). No cabe duda, insiste, que la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo constituye una previsión integrada en la esfera «de los derechos y deberes» de los funcionarios (STC 163/2012, de 20 de septiembre, FFJJ 6 y 9), quedando justificada su determinación por el Estado como normativa básica en tanto estamos ante una medida que garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional como es el tiempo de trabajo o dedicación exigible a todo funcionario, sin que además el legislador haya establecido límite en cuanto a su periodo de aplicación (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8). Refuerza su argumento reparando en que el TC ha declarado como principio básico la utilización racional del funcionariado existente, así como básicas aquellas normas que sean necesarias para garantizar la efectividad de dicho principio (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 42) (STC 8/2010, de 27 de abril, FJ 4). Asimismo, el hecho de que la previsión examinada no se hubiera contemplado en el estatuto básico del empleado público no constituye obstáculo para que, en virtud de la competencia normativa indicada, el legislador estatal proceda a su posterior incorporación en la disposición ahora cuestionada, debiendo recordar que, según este Tribunal ha señalado, «siendo mudables las bases (STC 1/2003, de 16 de enero), también lo es, en correspondencia inevitable, el ámbito disponible por la legislación de desarrollo» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60), habiendo afirmado que «la determinación de lo que deba reputarse como básico para delimitar el ámbito correspondiente del título competencial del Estado aplicable a una materia no puede hacerse en términos de relación» (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 8).

Por su parte, en cuanto al personal laboral del sector público, ha de tenerse en cuenta, señala la STC 99/2016 que el art. 149.1.7 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral. El Tribunal tiene establecido que el título competencial «legislación laboral» tiene «un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido solo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquélla que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios» (SSTC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2; y 95/2002, de 25 de abril, FJ 8, entre otras muchas, y, en el mismo sentido, ATC 228/2015, de 15 de diciembre, FJ 4). En esta materia se incluye la regulación de un elemento esencial del contrato de trabajo como es el tiempo de prestación de servicios (STC 228/2012, de 29 de noviembre, FJ 3, con cita de la STC 7/1985, de 25 de enero, FJ 2).

El precepto impugnado, regula así con carácter general un aspecto de la relación laboral, específicamente en relación a los trabajadores del sector público, y lo hace mediante la fijación de una jornada mínima, lo que conlleva, por su propia naturaleza, una prohibición de que la jornada laboral en el sector público pueda ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Regulación, insiste el TC, que, por otra parte, no impide que, respetando esa prohibición, las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias para la organización de su propio personal laboral, puedan adoptar las decisiones que estimen oportunas sobre las condiciones de trabajo de ese personal, sin perjuicio de las competencias estatales *ex art.* 149.1 CE (en un sentido similar, ATC 55/2016, FJ 5).

Las anteriores consideraciones llevan al TC a concluir que la disposición impugnada ha sido dictada por el Estado al amparo de competencias normativas que le son propias, sin que se

aprecie la denunciada vulneración de la competencia sobre ordenación y organización de la función pública reconocida a la Generalitat de Cataluña. El propio art. 136 EAC, advierte, establece que la competencia autonómica sobre los derechos y deberes del personal al servicio de las Administraciones públicas es «compartida», debiendo por tanto acomodarse a las referidas competencias que en esta materia atribuye la Constitución al Estado (STC 31/2010, FFJJ 60 y 82). Además, el carácter mínimo de la jornada prevista en la norma cuestionada deja todavía margen de maniobra a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de su competencia en este ámbito, pues el precepto estatal no cierra ni la posibilidad de ampliar la duración fijada dentro de los topes permitidos, ni tampoco la determinación de los criterios de organización y distribución del tiempo de trabajo que finalmente se establezca (así, en la STC 156/2015, FJ 8, en relación a la duración de permisos o licencias de los funcionarios públicos). Por lo demás, ese margen de maniobra que deja abierto la previsión impugnada facilita la pertinente adaptación a la diversidad de tareas y actuaciones administrativas, lo que contribuye a apreciar que, pese a lo también apuntado por los recurrentes, el principio de eficacia *ex art. 103.1 CE* no queda contrariado por una norma, como la cuestionada, que se limita a establecer una jornada mínima de trabajo en el empleo público en términos meramente cuantitativos, sin acarrear incremento retributivo alguno y potenciando el ahorro en el gasto público.

En razón a lo expuesto desestimar este primer motivo de impugnación de la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012.

Respecto del segundo motivo de impugnación que es la infracción del art. 134.2 CE, la demanda considera que la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 no responde ni al contenido esencial ni al contenido eventual que es propio de una ley de presupuestos, y además señalan que, aun cuando se admitiera la conclusión contraria, estamos ante una previsión que contradice la regulación del art. 47 del estatuto básico del empleado público, por lo que se estaría vulnerando la doctrina constitucional que ha establecido que lo que una ley de presupuestos no puede hacer es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una materia, proceder a efectuar una aplicación distinta de la allí prevista (SSTC 238/2007 y 248/2007).

Aunque en virtud del principio de seguridad jurídica, el TC ha advertido que «lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende» (SSTC 238/2007, FJ 4, y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4). Eso no es, sin embargo, advierte el TC, pues la cuestionada disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 incorpora una nueva previsión legal sobre el régimen sustantivo de la jornada de los empleados públicos, que complementa lo establecido en el estatuto básico del empleado público —fundamentalmente en sus arts. 47 y 51— y que habrá de tenerse en cuenta por las Administraciones públicas al determinar la jornada de sus funcionarios públicos y su personal laboral. No estamos, afirma, ante una situación en que, sin mediar modificación explícita del régimen sustantivo, se proceda en la Ley de presupuestos a hacer una aplicación que lo desconozca tácitamente, plasmando créditos presupuestarios que no se correspondan ni se expliquen por lo dispuesto en aquel (STC 76/2014, FJ 4). En consecuencia, no existiendo tacha de inseguridad jurídica en la disposición impugnada, la clave para determinar su adecuación al art. 134.2 CE reside en constatar si, conforme exige nuestra doctrina, la novedad normativa que de forma expresa y directa ha introducido respeta las exigencias requeridas para integrar el contenido de la Ley de presupuestos y, más concretamente, su contenido eventual.

El contenido eventual o disponible se concreta en aquellas otras disposiciones que, aun no constituyendo una previsión de ingresos o habilitación de gastos, sí guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3 b) y las allí citadas]. En consecuencia, «para que una disposición pueda integrarse en el

contenido eventual de la Ley de presupuestos salvando su legitimidad constitucional es necesario que guarde una conexión económica —relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno— o presupuestaria —para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto— [SSTC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4; 109/2001, de 26 de abril, FJ 5; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4; 74/2011, de 19 de mayo, FJ 3; 9/2013, de 28 de enero, FJ 3 b), y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 5 a)]» [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 3 b)].

De conformidad con lo expuesto, la jornada mínima de trabajo que el legislador introduce para el personal del sector público va acompañada en la norma cuestionada por la previsión expresa de que las modificaciones de jornada que se lleven a cabo para adaptarse a esta medida «no supondrán incremento retributivo alguno», encontrándonos ante una previsión que, en su conjunto tiene la evidente finalidad de contribuir a la contención del gasto público. No existe duda, por tanto, de que la disposición impugnada tiene una conexión directa con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues, al tiempo que prohíbe establecer incrementos retributivos en el supuesto regulado, potencia el ahorro económico en la cobertura de las necesidades de personal en el sector público. De este modo, se insiste, la regulación cuestionada es bien distinta a la enjuiciada en otros pronunciamientos a los que se hace referencia en el escrito de recurso (SSTC 174/1998, 203/1998 y 234/1999), por lo que la conclusión a alcanzar ha de ser diferente, debiendo ahora declarar la idoneidad de la Ley de presupuestos generales del Estado para introducir la medida que aquí se controvierte (SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 12; y 96/1990, de 24 de mayo, FJ 4 —respecto a la fijación de límites máximos al aumento de retribuciones del personal del sector público—). Se desestima, por consiguiente, la queja de que la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 vulnera el art. 134.2 CE

III. LOS FUNDAMENTOS DISCREPANTES DEL VOTO PARTICULAR

Sobre esta doctrina es sobre la que discrepa Fernando Valdés.

En efecto, comienza por señalar que la disposición que fija la duración mínima de la jornada de trabajo para el conjunto del sector público no puede ser considerada, en su perspectiva material, como norma que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE). Para alcanzar la conclusión contraria, la decisión de la mayoría, advierte, invoca la doctrina previa, afirmando que esta normativa básica queda justificada por tratarse de una medida que forma parte de la esfera de los derechos y deberes de los funcionarios y garantiza una mínima homogeneidad en un aspecto central del régimen estatutario funcional, como es el tiempo de trabajo o la dedicación exigible a todo funcionario.

Advierte que bien distinto es el supuesto que aborda la Sentencia, pues no nos encontramos ante una materia en la que las Comunidades Autónomas tengan simples competencias de ejecución, sino ante otra muy distinta en la que ostentan competencias exclusivas sobre su función pública, inherentes a su potestad de autoorganización y de establecimiento de su propio sistema institucional.

Repara, con razón que por más que se pueda coincidir en que la regulación de la jornada de trabajo de los empleados públicos concierne al régimen de «derechos y deberes» propio del estatuto de los funcionarios públicos, no se puede identificar sin más ese ámbito material con las «bases del régimen estatutario» o, lo que viene a ser lo mismo, apelando de forma rutinaria a la retórica de la «mínima homogeneidad». Por ese camino, aprendiendo ya en anteriores sentencias, se asimila la materia (régimen estatutario de los funcionarios públicos) a la competencia (en el caso del Estado, ceñida a las bases). De este modo, insiste, el carácter compartido de la competencia legislativa, basilar en nuestro Estado compuesto y plasmada en el binomio bases/desarrollo, va perdiendo progresivamente todo significado.

Estamos pues, a su juicio, ante una norma con vocación de permanencia en el tiempo, que cambia sustancialmente los criterios que previamente informaban la regulación de la jornada y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia. Hasta tal punto es así, que puede afirmarse que la imposición de una jornada mínima que efectúa la disposición impugnada supone *de facto* una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público. La cuestión es igualmente clara en cuanto al personal laboral, pues el art. 51 del estatuto básico del empleado público se remite a las reglas del propio capítulo y a las de la legislación laboral correspondiente, y, por tanto, al art. 34.1 del estatuto de los trabajadores, con el cual también resulta incompatible la disposición adicional que nos ocupa.

Es evidente que, desde esta perspectiva, se está incumpliendo palmariamente uno de los límites que impone la doctrina constitucional a las leyes de presupuestos. Aun cuando la Ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal (STC 74/2011, de 19 de mayo, FJ 5, y las allí citadas), ha de hacerlo respetando los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal. Es más que dudosa, con razón, la conexión directa de la fijación de la jornada mínima en el sector público con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues su repercusión es a lo sumo mediata, en cuanto que no incide en los ingresos públicos y tampoco en el gasto efectivo, para el que resulta neutral.

Pero, incluso admitiendo a efectos dialécticos esa conexión, razona Valdés, se incumple otra exigencia que la doctrina que este Tribunal estableció nítidamente en las SSTC 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4, y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4: «una vez admitido que la Ley de presupuestos generales del Estado puede abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal, insistimos, en tanto en cuanto dicha modificación respete los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal, cabe añadir, a renglón seguido, que lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE» (FJ 4).

Y estos razonamientos le llevan, pues, a deducir certeramente que la disposición cuestionada debió ser declarada inconstitucional y nula por incurrir precisamente en ese ámbito vedado por la doctrina constitucional, ya que, sin modificar los preceptos del estatuto básico del empleado público que han quedado reseñados, establece la duración mínima de la jornada de trabajo de los empleados públicos.

Estos mismos argumentos son los que Valdés incorpora a su Voto discrepante a la STC 158/2016, de 22 de septiembre referida al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a dos leyes de las Cortes de Castilla-la Mancha que entre otras materias se refería a la jornada. En ella el TC señala que resulta incompatible con la norma estatal una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo del sector público autonómico de treinta y cinco horas. Advierte así que no resulta ser un ejercicio constitucionalmente legítimo por parte de una Comunidad Autónoma desconocer la legislación estatal sobre régimen jurídico del empleado público.

Debió, en consecuencia, desestimarse el recurso interpuesto.

A vueltas con la constitucionalidad del silencio negativo: constitucionalidad del precepto legal autonómico que establece la regla del silencio negativo para determinados recursos planteados en materia de personal por los profesionales del Servicio Gallego de Salud¹

JUAN CARLOS GARCÍA QUIÑONES
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
 <http://orcid.org/0000-0001-5958-5793>

I. INTRODUCCIÓN

El silencio administrativo, en su doble dimensión de silencio positivo y negativo, constituye un motivo repetido de atención entre la doctrina científica, la jurisprudencia ordinaria y la jurisprudencia constitucional. En este sentido, con el foco puesto específicamente en el apartado doctrinal, aunque su tratamiento original más elaborado está en el ámbito del Derecho Administrativo², encuentra también espacios de actuación en otras parcelas del ordenamiento jurídico como el Derecho Laboral³ o el Derecho de la Seguridad Social⁴, por citar solo algunos de los ámbitos de influencia destacada más próximos a nuestra disciplina. De igual modo que, combinando distintos factores, el tratamiento dado

¹ Tratándose de una ocasión especial, incluido como está el presente trabajo dentro del Libro-Revistas “In Memoriam” de Fernando Valdés Dal-Ré, mi Maestro, quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a los promotores de esta iniciativa, con una mención especial al Profesor José Luis Monereo Pérez.

² En este sentido, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 18ª edición, 2017, pp. 645 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2007, pp. 358 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (Tomo XII, Actos administrativos y sanciones administrativas)*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pp. 140 y ss.; GÓMEZ PUENTE, M.: “Lección 11. La inactividad y el silencio de la Administración”, VV. AA.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (Dir.), Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2019, pp. 436 y ss.; XIOS RÍOS, C.: “Costas procesales. La ausencia de resolución expresa no excluye el criterio del vencimiento en materia de costas procesales, sin perjuicio de que el tribunal pueda estimar que la ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal. Silencio administrativo”, *La Administración Práctica*, núm. 1/2023, Editorial Aranzadi, BIB 2023/58, pp. 1 y ss.; GÓRRIZ GÓMEZ, B.: “Silencio administrativo y resolución tardía de la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2017, Editorial Aranzadi, BIB 2017/12470, pp. 1 y ss.; ARZO SANTISTEBAN, X.: “Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015, Civitas, BIB 2015/2375, pp. 1 y ss.

³ En este sentido, sin ánimo exhaustivo, véase ROQUETA BUI, R.: “FOGASA: el silencio administrativo y los intereses tras la nueva ley de procedimiento administrativo común. Administrative silence and interests after the new Administrative Procedure Act”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016, Editorial Aranzadi, BIB 2016/913, pp. 1 y ss.; MORALES VÁLLEZ, E.: “Silencio administrativo positivo y fondo de garantía salarial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16/03/2015, Recurso nº 802/2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, Editorial Aranzadi, BIB 2015/2534, pp. 1 y ss.

⁴ A este respecto, por todos, con un capítulo dedicado específicamente a las singularidades procedimentales del procedimiento común en materia de Seguridad Social, con el silencio administrativo negativo como regla, véase MERCADER UGUINA, J. R. y PAREJO ALFONSO, L.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2017, pp. 113 y ss.

al silencio administrativo por parte del TC ha sido también motivo de reflexión doctrinal, en ocasiones bajo un acusado tono crítico⁵.

Semejante significación del silencio administrativo puede explicarse, indiciariamente, por varios factores. En primer lugar, la propia importancia de la figura, como corroboran la cantidad de cuestiones que interactúan a su alrededor, algunas de las cuales tendrán ocasión de examinarse de manera colateral en nuestro estudio, con una configuración original, propia o autónoma, frente a otras figuras afines como el acto presunto⁶. En segundo lugar, las modificaciones incorporadas por el legislador en su régimen jurídico a lo largo de su regulación legal, con el consabido aliciente para la renovación del debate doctrinal existente en torno al mismo, contextualizado dentro de esa sempiterna ecuación de poder entre Administración y administrado, con neta superioridad siempre a favor de la primera, como se confirma de manera reiterada en cualquiera de sus manifestaciones⁷. En tercer lugar, la extrema complejidad que rodea la inactividad de la Administración, sumado a su preocupante frecuencia en la práctica administrativa, está en el origen también de comprensibles recelos doctrinales y/o jurisdiccionales, hasta el punto de catalogarse como expresión de una mala Administración, merecedora entonces del correspondiente reproche jurídico⁸.

Presentes todas estas premisas, nuestro objeto de estudio se centra en examinar la Sentencia del TC (Pleno) núm. 155/2016, de 22 de septiembre de 2016, cuando resuelve con signo desestimatorio la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1511-2015, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de apelación núm. 331-2014, en relación con la disposición final segunda de la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, *de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Galicia*, por posible infracción de los artículos 9.3, 14 y 149.1.1. y 149.1.18 de la CE.

Concretamente, el precepto controvertido refiere lo siguiente: “Se añade al anexo II de la Ley 6/2001, de 29 de junio (LG 2001, 233), de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114 y 329), de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512), de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dentro de los procedimientos de la Consellería de Sanidad (Servicio Gallego de Salud), el siguiente texto:

Tipos de procedimientos: solicitudes, reclamaciones o recursos en materia de personal, con contenido retributivo, planteados por los profesionales del Servicio Gallego de Salud, que tengan repercusión en el capítulo I de los estados de gastos de los presupuestos de las instituciones sanitarias del organismo.

Sentido del silencio: negativo... (con una enumeración a continuación de la disposición la “normativa reguladora” de las solicitudes y reclamaciones a que se refiere, que no reproducimos por su extensión)”.

⁵ En este sentido, véase PLAZA VÁZQUEZ, A. L.: “Video-comentario a la STC 52/2014 de 10 abril. El silencio administrativo y las limitaciones al acceso a la justicia...”, y el laconismo del Tribunal Constitucional”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020, Editorial Aranzadi, BIB 2020/35851, pp. 1 y ss.

⁶ En relación con la configuración diferenciada del acto presunto en la redacción original de la Ley 30/1992, por un lado, frente a la configuración dada al silencio administrativo tras la Ley 4/1999, por otro lado, véase GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General*, Madrid, Tecnos, Decimoquinta Edición, 2010, pp. 660 y ss.

⁷ Para una retrospectiva sobre el tratamiento del silencio administrativo, con las referencias respectivas de su regulación en la primitiva LPA de 1958, primero, y en la LPC de 1992, después, hasta llegar a su configuración actual, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, cit., pp. 645 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General (Tomo XII, Actos administrativos y sanciones administrativas)*, cit., pp. 140 y ss.

⁸ En este sentido, véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., pp. 358-359.

Por su parte, el artículo 43.1 de la LPC, tras la redacción dada al mismo por el artículo 2.Dos de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, establece que: “1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.

Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.”

Con la atención puesta en los preceptos normativos transcritos, la STC (Pleno) núm. 155/2016, que está en la base de nuestro análisis, examina por su orden la supuesta inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por vulneración del artículo 43.1 de la LPC, dictado por el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE; la hipotética inconstitucionalidad por vulneración del artículo 149.1.1. de la CE; junto con la posible vulneración del artículo 9.3 de la CE en relación con el artículo 14 de la CE. Motivos todos que analizamos de manera pormenorizada en los epígrafes que siguen a continuación, al albur de lo dispuesto en la Sentencia citada.

II. DESESTIMACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD MEDIATA DE LA DISPOSICIÓN CUESTIONADA POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 43.1 DE LA LPC, DICTADO POR EL ESTADO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 149.1.18 DE LA CE

El primero de los razonamientos de fondo que aborda la STC (Pleno) núm. 155/2016, gira en torno a la inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por vulneración del artículo 43.1 de la LPC, dictado por el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE. En este sentido, tomando en consideración la redacción vigente aplicable al caso al que se refiere la cuestión de inconstitucionalidad, se afirma cómo el artículo 43.1 de la LPC exige que las excepciones a la regla del silencio positivo se establezcan por ley por razones imperiosas de interés general en todo tipo de procedimientos, incluidos por tanto los iniciados por empleados públicos en materia retributiva, como es el caso del supuesto controvertido.

A partir de esta premisa, lo siguiente a resolver en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada, es dilucidar si el artículo 43.1 de la LPC exige que la Ley autonómica explicita las razones imperiosas de interés general, cuando se trate de procedimientos en los que el silencio negativo se haya establecido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*. A este respecto, como repara el TC, existen ya pronunciamientos pretéritos del propio TC —como las SSTC 26/2012, de 1 de marzo; 193/2013, de 21 de noviembre; y 209/2015, de 8 de octubre—, en relación con las restricciones excepcionales al libre acceso a las actividades de servicios por “razones imperiosas de interés general”, con cuya doctrina se alinea la STC (Pleno) núm. 155/2016. Lo cual le lleva a concluir, para el supuesto que nos ocupa, cómo el legislador autonómico puede efectivamente abrir la posibilidad de incorporar excepciones a la regla general del silencio positivo del artículo 43.1 de la LPC justificadas en razones imperiosas de interés general. Toda

vez que, de otro modo, la norma de procedimiento administrativo común, dictada por el Estado en ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 149.1.18 de la CE, quedaría vacía de significado. Eventualidad que concurre en el caso debatido, en tanto el propio contenido de la norma cuestionada expresa la razón de la medida adoptada por el legislador autonómico, de manera que el silencio negativo se implanta respecto de las solicitudes, reclamaciones o recursos con “repercusión en el Capítulo I de los estados de gastos de los presupuestos de las instituciones sanitarias del organismo”.

De igual modo que, abundando también en esta circunstancia, la exposición de motivos de la Ley de Galicia 15/2010 refiere que “se determina el carácter del silencio administrativo en determinadas solicitudes y reclamaciones formuladas por los profesionales del Servicio Gallego de Salud”, mención que, aunque escueta se sitúa en el contexto de la justificación común que aporta el legislador para el conjunto de las medidas reguladas en la ley, en orden a que: “la eficaz ejecución de la política económica diseñada en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para el año 2011 [demanda] la adopción de medidas legislativas complementarias que guarden relación con los gastos e ingresos previstos en la norma presupuestaria, bien por su contenido económico-financiero bien por su incidencia en la búsqueda de una mayor eficiencia de la organización administrativa, y que se formulen con una vocación de permanencia superior a la anualidad presupuestaria... En la actual situación de incertidumbre económica resulta necesario [recuperar las conocidas como leyes de medidas] como instrumento necesario para la consecución de estas políticas y para el cumplimiento de los objetivos económicos por ellas perseguidos. Desde la perspectiva de la actividad que desarrolla la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyos objetivos se explicitan en la Ley de presupuestos generales de la Comunidad para el año 2011, y al objeto de contribuir a una mayor eficacia y eficiencia de estos, se dicta la presente ley como norma que, por el carácter permanente de sus disposiciones, contiene un conjunto de medidas referidas a diferentes áreas de actividad que contribuyen a la consecución de determinados objetivos de orientación plurianual perseguidos por la Comunidad a través de la ejecución presupuestaria”. Argumentario éste invocado de manera repetida por los Letrados de la Comunidad Autónoma y del Parlamento autonómico en relación con las numerosas reclamaciones retributivas planteadas por el personal al servicio del SERGAS.

En definitiva, de todo lo anterior colige el TC que la norma cuestionada —la Ley de Galicia 15/2010— hace explícita al modo que se ha visto la razón imperiosa de interés general que ha determinado la implantación del silencio negativo en los procedimientos regulados por la misma, en relación con la necesidad de contención del gasto de personal en un escenario de severas restricciones presupuestarias. Conclusión que corrobora la conexión expresa entre la Ley de Galicia 15/2010, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que se analiza, con la Ley 14/2010, de 27 de diciembre, *de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2011*, atendiendo a su propia exposición de motivos, cuando señala que han sido “diseñados bajo condiciones financieras muy restrictivas y en un contexto económico desfavorable”, de modo que “la política económica que contienen estos presupuestos es responsable con el principio de sostenibilidad de las finanzas públicas”. Circunstancias todas que conducen a la STC (Pleno) núm. 155/2016 a apreciar la existencia de una razón imperiosa de interés general en una medida procedimental que tiene por finalidad explícita el coadyuvar a la contención del gasto de personal, por lo que no existe contradicción entre el artículo 43.1 de la LPC con la disposición objeto de la cuestión de inconstitucionalidad que se examina.

III. DESESTIMACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD MEDIATA DE LA DISPOSICIÓN CUESTIONADA POR VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 149.1.1 DE LA CE

La siguiente cuestión a resolver se refiere a la posible inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por una hipotética vulneración del artículo 149.1.1 de la CE, de aceptar que la misma conllevaría la asunción de competencias sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, advertido que

la exposición de motivos de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, configura el silencio como una garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no responde. En relación con el precepto constitucional invocado ahora, advierte el TC cómo el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad se limita a afirmar que el desconocer “la normativa básica elaborada por el Estado, conlleva la asunción de competencias sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos, invadiendo la competencia exclusiva que corresponde al Estado *ex artículo 149.1.1 de la Constitución*”.

Sin embargo, la conclusión alcanzada con ocasión de lo razonado en el epígrafe anterior para descartar la inconstitucionalidad invocada con la referencia del artículo 149.1.18 de la CE, permite descartar igualmente la vulneración competencial que se solicita ahora, una vez que el texto transcrito evidencia que la duda de constitucionalidad no se plantea de forma autónoma, sino que se presenta únicamente como breve complemento a la suscitada en torno a la compatibilidad del precepto cuestionado con la normativa dictada por el Estado en el ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.18 CE, aunque el órgano promotor erróneamente identifique como normativa básica lo que, en rigor, es norma de procedimiento administrativo común. Sin que se requiera así un ulterior análisis, advirtiendo que, conforme a la consolidada doctrina del TC, el artículo 149.1.1 de la CE, considerado su carácter genérico, queda desplazado por el más específico en razón de la materia, en este caso el título competencial sobre el procedimiento administrativo común recogido en el artículo 149.1.18 CE.

IV. DESESTIMACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 9.3 DE LA CE EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 14 DE LA CE

El último motivo que esgrime la cuestión de inconstitucionalidad refiere que la disposición final segunda de la Ley gallega 15/2010 constituye una vulneración del artículo 9.3 en relación con el artículo 14 de la CE, en tanto que el silencio negativo afecta únicamente a las reclamaciones de los profesionales del SERGAS y no a las del resto de empleados de la Comunidad Autónoma, sin que exista una justificación objetiva y razonable para validar semejante diferencia. Máxime cuando, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, *del estatuto básico del empleado público*, las menciones al personal funcionario de carrera incluyen al personal estatutario de los servicios de salud (artículo 2.4 de la Ley del estatuto básico del empleado público que tiene carácter básico) y sin que la Ley 55/2003, del estatuto marco de este personal, contenga especificidad alguna sobre el particular.

Junto con lo anterior, el Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad señala cómo la norma autonómica cuestionada, comportaría asimismo la vulneración del artículo 9.3 de la CE, en relación con el artículo 14 de la CE, sobre la base de que el silencio negativo afecta únicamente a los profesionales del Servicio Gallego de Salud, en contraste con el mantenimiento del sentido estimatorio del silencio administrativo para aquellas solicitudes formuladas por el resto de los empleados públicos de la Comunidad Autónoma, sin que medie para ello una justificación objetiva y razonable para dicho trato diferenciado. Frente a este argumento, razona la STC (Pleno) núm. 155/2016, que ni se identifica —como sería exigible— el principio del artículo 9.3 de la CE que se reputa vulnerado, ni se aportan tampoco los imprescindibles elementos de comparación para proporcionar el soporte inicial al juicio constitucional de igualdad. Razonamiento que refrenda con la cita de una Sentencia pretérita, concretamente, la STC 156/2014, de 25 de septiembre, cuando afirma que: “Como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan

relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”.

O expresada la misma idea en otros términos, solo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar “elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable”, como especifica asimismo la STC 39/2002, de 14 de febrero, de forma que toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, elemento de contraste que ha de consistir en “una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos”, como tiene dicho el TC en el ATC 209/1985, de 20 de marzo. Al contrario de lo que sucede en el supuesto controvertido, donde el propio Auto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad reconoce que el personal estatutario de los Servicios de Salud dispone de un estatuto marco específico, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, cuyo capítulo IX regula sus retribuciones con una estructura y contenido netamente diferenciado del correspondiente a otros colectivos de empleados públicos, señaladamente en el artículo 43, dedicado a las retribuciones complementarias.

De igual modo que el régimen retributivo diferenciado está presente asimismo en el artículo 117.1 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, *de salud de Galicia*, cuando contempla la posibilidad de establecer un modelo retributivo diferenciado, “orientado a la calidad del servicio, la incentivación de la actividad, la motivación de los profesionales, la consideración singular de actuaciones concretas en el ámbito sanitario y la consecución de los objetivos planificados, previa negociación en la mesa sectorial”. Para concluir, conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 43.1 de la LPC, como se ha señalado ya, el silencio tiene efecto desestimatorio en “los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones”, tanto para el personal del SERGAS como para el resto del personal de la Comunidad Autónoma, de manera que tampoco existe en este punto ninguna diferencia de trato que merezca ser examinada por parte del TC. Argumentos todos que conducen así, consecuentemente, a la desestimación de la vulneración del artículo 9.3 en relación con el artículo 14 de la CE. En línea con la solución desestimatoria de la inconstitucionalidad declarada también en los epígrafes anteriores, respectivamente, con las referencias de los artículos 43.1 de la LPC, dictado por el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE; y el artículo 149.1.1 de la CE.

V. VALORACIÓN CONCLUSIVA

Como se ha tenido ocasión de exponer a lo largo de los apartados que componen este trabajo, con la referencia principal puesta en el silencio administrativo negativo, la STC (Pleno) núm. 155/2016 resuelve con signo desestimatorio la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1511-2015, con empleo desde nuestro parecer de una técnica jurídica impecable. Y ello, a partir de la desestimación sucesiva de esa pretendida inconstitucionalidad, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LPC, dictado por el Estado al amparo del artículo 149.1.18 de la CE; la desestimación de la inconstitucionalidad mediata de la disposición cuestionada por vulneración del artículo 149.1.1 de la CE; para finalizar con la desestimación asimismo de la vulneración del artículo 9.3 en relación con el artículo 14 de la CE. Si bien el grueso de los razonamientos utilizados por el TC se vuelcan con el primero de los bloques citados. Argumentos todos que sirven así para validar, en el caso que se plantea con el supuesto controvertido, la aplicación del silencio administrativo negativo a una reclamación original de naturaleza retributiva. De manera que, en nuestra opinión, al albur de los razonamientos que contiene la Sentencia analizada, se desprende que la misma, seguramente, no resulta idónea para abundar en esa crítica doctrinal que ha subrayado en ocasiones un cierto laconismo del TC en el tratamiento del silencio administrativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARZOS SANTISTEBAN, X.: “Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 18ª edición, 2017.
- GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.: *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General*, Madrid, Tecnos, Decimoquinta Edición, 2010.
- GÓMEZ PUENTE, M.: “Lección 11. La inactividad y el silencio de la Administración”, VV. AA.: *Lecciones de Derecho Administrativo*, MENÉNDEZ, P. y EZQUERRA, A. (Dir.), Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2019.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B.: “Silencio administrativo y resolución tardía de la Administración”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2017.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Instituciones de Derecho Administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2007.
- MERCADER UGUINA, J. R. y PAREJO ALFONSO, L.: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 2017.
- MORALES VÁLLEZ, E.: “Silencio administrativo positivo y fondo de garantía salarial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16/03/2015, Recurso nº 802/2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015.
- PLAZA VÁZQUEZ, A. L.: “Video-comentario a la STC 52/2014 de 10 abril. El silencio administrativo y las limitaciones al acceso a la justicia, y el laconismo del Tribunal Constitucional”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020.
- ROQUETA BUJ, R.: “FOGASA: el silencio administrativo y los intereses tras la nueva ley de procedimiento administrativo común. Administrative silence and interests after the new Administrative Procedure Act”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, 2016.
- XIOS RÍOS, C.: “Costas procesales. La ausencia de resolución expresa no excluye el criterio del vencimiento en materia de costas procesales, sin perjuicio de que el tribunal pueda estimar que la ausencia de resolución expresa ha generado dudas de hecho o de derecho en el debate procesal. Silencio administrativo”, *La Administración Práctica*, núm. 1, 2023.

El refuerzo constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas

JESÚS LAHERA FORTEZA
Catedrático Derecho del Trabajo Universidad Complutense
 <https://orcid.org/0000-0002-9734-3952>

I. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, MAESTRO Y GRAN AMIGO

Antes de iniciar mi análisis a este monográfico dedicado a *Las aportaciones de Fernando Valdés Dal-Ré a la doctrina social del Tribunal Constitucional* quiero agradecer, profundamente, al profesor José Luis Monereo, y a su equipo de profesores, esta iniciativa que rinde homenaje póstumo a mi maestro y gran amigo.

No me corresponde ahora decir nada sobre su excelente trayectoria académica y vital, que pude ordenar y ensalzar, en vida, en una semblanza de su libro homenaje dedicado a la negociación colectiva y que pude transmitir, tras su triste pérdida, en el diario *El País*, en un obituario publicado el 10 de Marzo de 2023 junto al profesor Juan Carlos García Quiñones¹. Pero sí quiero mostrar, en este homenaje póstumo académico, tres rasgos que identifican el profundo vínculo de discípulo de Fernando Valdés que marcó mi vida (y la de otros profesores universitarios).

- La excelencia intelectual unida con la confianza, lo que en la juventud es una mezcla de enorme potencial, y luego en la trayectoria una identidad
- El sustento emocional en la aportación propia, siempre evaluada con rigor, como muestran sus prólogos a primeros libros y la continuidad de un acompañamiento
- La libertad radical, que en mi caso se expresó en ocasiones en discrepancias públicas, en controversias ideológicas, o incluso algún reproche, que nunca mermaron este sustento emocional

La vivencia de discípulo se fue convirtiendo, en sus distintas etapas, en una gran amistad, y, finalmente, en una compañía constante en sus años más difíciles —los cuatro últimos— donde pude devolver todos los dones y afectos que aportó a mi vida, estando cerca de Berna y su familia, en la intimidad que ofrece la conciencia de la despedida de esta vida y en la lucidez de un encuentro personal lleno de autenticidad.

II. LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS

El art.6.5 del Decreto-Ley 17/1977, que regula la huelga (en adelante LH) prohíbe “*sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones del art.6.7*”, que se refiere a los *servicios de seguridad y mantenimiento* durante el conflicto, extensible también a los *servicios mínimos* en servicios esenciales de la comunidad impuestos por la autoridad laboral competente del

¹ “Fernando Valdés Dal-Ré: hechos y narrativa de una trayectoria vital” en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.), Bomarzo, Albacete, 2021, p. 9-17 y “Maestro del Derecho del Trabajo”, *El País*, 10 Marzo 2023

art.10 LH. Del mismo modo, está prohibido que la empresa solicite los servicios de una empresa de trabajo temporal (ETT) durante la huelga, con esta finalidad, como expresamente afirma esta legislación específica, en el art.8.a de la ley 14/1994 (LETT). Una interpretación sistemática y coherente de estos preceptos conduce igualmente a la prohibición de utilización de trabajadores de empresas contratistas con la finalidad de sustituir huelguistas, aunque no exista mención legal expresa.

Es evidente, con la salvedad de los arts.6.7 y 10 LH antes mencionada, que está radicalmente prohibido contratar nuevos trabajadores durante la huelga lícita para sustituir a los huelguistas y mantener así la actividad laboral. Esta prohibición legal del denominado esquirolaje externo, acorde con el Derecho comparado de huelga, es lógica porque la admisión de prácticas empresariales de sustitución de huelguistas conduce a la frustración del ejercicio de este derecho fundamental, dirigido a paralizar la actividad productiva con fines reivindicativos. Permitir a la empresa mantener la actividad con trabajadores externos iría en contra del derecho constitucional de huelga.

III. DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS

La jurisprudencia constitucional (SSTC 123/1992 y 33/2011, a la que suma la STC 17/2017 con el voto particular de Fernando Valdés que motiva este análisis) ha ampliado esta prohibición legal a la realización de trabajos de trabajadores no huelguistas, ya vinculados a la empresa antes de la huelga, en funciones distintas a las normalmente desempeñadas. El poder empresarial de dirección del art. 20 ET, con márgenes de *ius variandi*, y la movilidad funcional, ordinaria o extraordinaria, del art.39 ET encuentran, así, un claro límite durante las huelgas en virtud del así interpretado art.6.5 LH, extendido a los trabajadores internos de la empresa en conflicto (STC 123/1992). La doctrina constitucional, fundamentada en el art.28.2 CE, prohíbe de este modo el denominado esquirolaje interno.

Como afirma la STC 123/1992, “*el ejercicio de los poderes empresariales utilizado para privar de efectividad la huelga vacía el contenido esencial del derecho fundamental*”. La aceptación voluntaria por los no huelguistas de la realización de servicios distintos también resulta incompatible con el respeto constitucional a la huelga. Como afirma la STC 33/2011, la sustitución interna de trabajadores durante la huelga, en estas condiciones, es un “*ejercicio abusivo de poderes empresariales que daña este derecho fundamental*”, salvo, con previsión legal, en incumplimientos de servicios de seguridad del art.6.7 LH o de servicios mínimos en servicios esenciales de la comunidad del art.10 LH. La aceptación contraria a estas premisas supondría “*anular o minorar la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización de trabajos*”.

La STC 17/2017 se sustenta en esta doctrina constitucional, que no refuta, sin perjuicio de su adecuada o no proyección al caso planteado. La vulneración del derecho de huelga en estos supuestos de sustitución de huelguistas, reitera esta sentencia, opera cuando no existe “*causa legal habilitante*” —art.6.7 y 10 LH— y se realiza asignando de “*forma irregular*” —poder empresarial de dirección, movilidad funcional o pactos— la tarea del huelguista a trabajadores no huelguistas de la empresa que no las realizan de manera ordinaria. Está consolidada doctrina constitucional es también reafirmada en el voto particular de Fernando Valdés.

IV. EL SUPUESTO DE LA STC 17/2017: LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE TRABAJADORES EN HUELGA

A diferencia de los precedentes, la STC 17/2017 no otorga el amparo por vulneración de derecho de huelga del art.28.2 CE en el asunto concreto: una retrasmisión de partido de fútbol por una Televisión donde se había convocado una huelga lícita, que responde al supuesto novedoso de una sustitución tecnológica o el también denominado esquirolaje tecnológico.

En primer lugar, la sentencia parte del valor de hechos probados de los precedentes judiciales (art. 44.1.b LOTC) y no cuestiona “*que los trabajadores no huelguistas no llevaran a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente*”. Sobre esta premisa, no aplica la doctrina del ejercicio abusivo de los poderes empresariales durante la huelga que habría conducido al amparo constitucional.

En segundo término, la sentencia no acepta que “*la utilización de medios técnicos con los que contaba la empresa, de uso no habitual, y diferente al ordinario en retransmisiones de partidos de fútbol*” —hecho probado— sea una vulneración del derecho de huelga, por asimilación con la doctrina del ejercicio abusivo de los poderes empresariales durante el conflicto. La sentencia se sustenta en que “*no hay precepto alguno que, durante la huelga, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone para mantener su actividad*”. Según este parecer, esta exigencia supondría imponer al empresario una “*conducta de colaboración*” con la huelga no prevista legalmente. La utilización de medios tecnológicos estaría, así, también, garantizando la libertad de los no huelguistas a seguir trabajando.

La apertura que hace la STC 17/2017 a la respuesta tecnológica durante la huelga es muy amplia. Si la empresa tiene en propiedad la tecnología —es decir, no la adquiere durante el conflicto— y si existe margen para activarla con no huelguistas, sin forzar en exceso la movilidad funcional, y ni siquiera exigiendo una utilización de estos medios no excepcional, es viable esta respuesta empresarial, que puede minimizar el daño causado en la producción e, incluso, llegar a mantener la actividad productiva durante el ejercicio de este derecho fundamental.

V. EL REFUERZO CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN LEGAL DE SUSTITUCIÓN DE HUELGUISTAS EN EL VOTO PARTICULAR DE FERNANDO VALDÉS

Frente a esta amplia apertura empresarial tecnológica durante las huelgas, de enorme incidencia en el contexto actual de una economía cada vez más digitalizada y robotizada, el voto particular a la STC 17/2017 de Fernando Valdés es una construcción alternativa que, con lucidez y de manera loable, intenta un refuerzo constitucional de la prohibición legal de sustitución de huelguistas, desde una doble perspectiva.

De un lado, parte de la consolidada doctrina constitucional de la sustitución de huelguistas, que exige inevitablemente una proyección en cada caso, evaluando si existe o no una extralimitación de los poderes empresariales de movilidad funcional durante la huelga. La aceptación acrítica, sin más, de hechos probados de las sentencias judiciales no es compatible con la función de tutela del derecho de huelga encomendada al TC. La sujeción a los hechos probados impide una alteración de los mismos (art. 44.1.b LOTC) pero no obsta para “*alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos fundamentales*” como ha reiterado la jurisprudencia constitucional. La imposibilidad legal y material de alterar hechos probados “*no puede conducir a que el TC abdique de su función*” ni a impedir su “*valoración acorde con el derecho fundamental alegado*”. Es en este terreno donde el voto particular del magistrado Valdés valora, como parece desprenderse del relato fáctico de este asunto, que los no huelguistas no desarrollaron ese día sus funciones habituales, sino otras excepcionales que, a instancia de la empresa, lograron retransmitir un partido de fútbol en un día de huelga gracias a los medios tecnológicos disponibles. Por tanto, es un supuesto de movilidad funcional —esquirolaje interno— que afecta al derecho fundamental de huelga.

De otro lado, critica la jurisprudencia constitucional “*cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales, en especial cuando la actuación empresarial restrictiva opera a través de nuevas tecnologías*”. El profesor y magistrado Valdés afirma que “*no es de recibo que la doctrina de los derechos fundamentales se muestre insensible y ajena a los cambios tecnológicos*” y que los nuevos contextos requieren “*respuestas constitucionales nuevas*”. Sin apuntarlo expresamente, el voto particular abre la puerta a haber considerado un supuesto directamente

de sustitución de trabajadores “*la utilización de medios técnicos con los que contaba la empresa, de uso no habitual, y diferente al ordinario en retransmisiones de partidos de fútbol*”, incorporando a esta doctrina constitucional el límite de la sustitución tecnológica o del esquirolaje tecnológico.

Ambas dimensiones del voto particular están, creo, cargadas de razones y muestran un rasgo esencial en la trayectoria del profesor magistrado Valdés Dal-Ré, la defensa de la efectividad de los derechos fundamentales en la interpretación jurídico-constitucional. Bien incorporando valoraciones de relatos fácticos, sin alterar hechos probados en las sentencias judiciales, acordes con esta efectividad, bien acomodando la interpretación jurídica constitucional a la realidad social de cada momento, en particular a los profundos cambios tecnológicos de nuestro tiempo. Este voto particular, como otros, muestran a un jurista de profundas convicciones en la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, en este caso la huelga, necesitados de interpretaciones acordes con la realidad social vigente dentro de los márgenes que ofrece la razón jurídica constitucional en un determinado marco legal. Firmes convicciones que pueden ser presentadas desde una dimensión social, como es más habitual, pero —como tuve oportunidad de compartir con él tantas veces— también desde una perspectiva liberal, porque el más profundo liberalismo está instalado en la efectividad de la libertad y de los derechos fundamentales en cualquier relación jurídica, también, por supuesto, la desarrollada en el contrato de trabajo. La aportación de este, y otros clarividentes votos particulares de Fernando Valdés, con construcciones alternativas que garantizan una auténtica efectividad de las libertades y de los derechos fundamentales constitucionales pertenecen, a mi juicio, a la mejor y más profunda tradición liberal.

VI. LA RECONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUSTITUCIÓN TECNOLÓGICA DE HUELGUISTAS Y ¿LA HUELGA DE ROBOTS?

El debate de la analizada STC 17/2017 y este voto particular reproduce la controversia similar de las SSTs 11 Junio 2012 (Rec.6841/2012) y 5 Diciembre 2012 (Rec.1751/2012), también con votos particulares, en relación con la sustitución tecnológica de los huelguistas, el denominado esquirolaje tecnológico.

De un lado, parecen prevalecer argumentos sustentados en la ausencia de una prohibición legal de utilización de tecnología durante las huelgas, de tal modo que aceptar estas limitaciones sería deducir un deber de colaboración del empresario con los huelguistas en el logro de sus propósitos. De otro lado, se subraya que la utilización de tecnología durante las huelgas opera, en la práctica, como una sustitución de huelguistas capaz de mantener la actividad productiva, lo que atenta contra el derecho fundamental de huelga. La doctrina constitucional y esta jurisprudencia controvertida, en la que se integra el voto particular de Fernando Valdés, dan pistas suficientes para una reconstrucción constitucional de la sustitución tecnológica de huelguistas, entre estas dos líneas de argumentación, acorde con el debido respeto al derecho fundamental de huelga, tal como han elaborado los profesores Rodrigo Tascón y Tomás Sala, en dos magníficas aportaciones doctrinales².

1º El *esquirolaje tecnológico externo*, que implica la adquisición o utilización de tecnología no disponible por la empresa durante la huelga para frustrar sus propósitos y mantener la actividad, minimizando el daño del conflicto, está prohibido, en una interpretación analógica del art.6.5 LH acorde con el art.28.2 CE.

2º El *esquirolaje tecnológico interno* cuando se utiliza tecnología propia de la empresa distinta de la utilizada habitualmente antes de la huelga o con cambios de procedimiento, intensificando su uso para minimizar el daño del conflicto y mantener la actividad productiva, está prohibido, en una interpretación analógica del art.6.5 LH conforme con la consolidada doctrina constitucional que

² TASCÓN LÓPEZ, R.: *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p.85 y ss; SALA FRANCO, T.: “El esquirolaje tecnológico” en VV.AA.: *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos*, MONREAL BRINGSVAERD, E.J., THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A. (Coords.), Tirant lo Blanch, 2020, p.887-897

limita los poderes empresariales de dirección y organización durante la huelga. Carece de sentido aplicar restricciones de la libertad de empresa en las personas, en ponderación con el derecho de huelga, como está bien asentado en nuestra doctrina constitucional, y no en la tecnología, cuando es utilizada de manera no habitual y con procedimientos excepcionales dirigidos a minimizar el daño del conflicto. No se trata de diseñar un deber de colaboración del empresario con el éxito de la huelga sino de evitar conductas empresariales lesivas con el derecho fundamental en la ponderación entre dos derechos constitucionales.

3º En tanto no exista cobertura legal contraria, la empresa puede utilizar *tecnología habitual con los procedimientos ordinarios* durante la huelga, si ello es posible con los trabajadores no huelguistas disponibles dentro de sus funciones profesionales, o si el proceso de producción está habitualmente automatizado. Al no existir una prohibición legal de utilización de la tecnología durante las huelgas o de paralizar los procesos de producción automatizados normalmente mientras dure la huelga, no cabe constitucionalmente deducir un deber de colaboración de la empresa con el éxito del paro productivo, prevaleciendo en tal caso la libertad de trabajo de los no huelguistas o la propia libertad de empresa.

Seguramente, con el relato fáctico correspondiente en una valoración jurídica constitucional apropiada, el asunto de la STC 17/2017 ofrecía una gran oportunidad para sentar esta doctrina, con estos tres puntos clarificadores, capaz de conjugar posiciones antitéticas en un consenso. Ello creo explica el voto particular de Fernando Valdés en los términos expuestos. Pero es muy probable que el futuro ofrezca oportunidades similares y que el TC termine elaborando una doctrina de reconstrucción constitucional de la sustitución tecnológica de huelguistas con estas tres premisas aplicadas a los casos que ofrezca la realidad. En ese momento, como ya ha sucedido en otros asuntos, tomará relevancia este voto particular, reconvertido en doctrina mayoritaria y seguramente consensuada.

Distinto es el plano de política legislativa, que debería tener en cuenta la enorme incidencia de la tecnología y de los procesos automatizados en las huelgas, regulando esta cuestión. La paralización de la actividad productiva con fines reivindicativos es la principal herramienta de los trabajadores, a través de sus sindicatos y representantes, en un sistema de autonomía colectiva. Si la utilización habitual y ordinaria de la tecnología, y de la automatización de la producción con escaso personal, tiene cada vez más capacidad de frustrar los propósitos de las huelgas, manteniendo la actividad o minimizando en exceso los daños, se puede plantear políticamente —sin que exista como he expuesto una exigencia constitucional— regular restricciones de uso a las empresas durante los paros productivos. No se trataría tampoco de instalar un deber legal de colaboración de la empresa con los huelguistas como de regular restricciones de la tecnología acordes con un ejercicio efectivo de este derecho fundamental.

Es desde estos planteamientos de *lege ferenda* donde se podría incluso contemplar la huelga de tecnología —o la huelga de robots— en una convocatoria lícita de paro que incluyera personas y máquinas. Se trataría de admitir convocatorias a personas y máquinas donde el porcentaje de seguimiento de la huelga por huelguistas determinaría el porcentaje de paro de la tecnología. Por ejemplo, si hay un seguimiento del 70 por 100 tendría que parar un 70 por 100 de la tecnología habitual y ordinaria de la empresa, si es de un 20 por 100 el mismo porcentaje, y todo ello respetando, por supuestos, los servicios de seguridad o servicios mínimos impuestos. La cobertura legal de lo que aquí denomino *huelga de robots* revitalizaría la efectividad de la huelga en el contexto tecnológico presente y futuro.

En alguna ocasión le planteé a mi maestro y gran amigo Fernando Valdés, en mis continuas conversaciones políticas y jurídicas (y literarias), con acuerdos y discrepancias, la posibilidad de plantear legalmente *huelgas de robots*, modernizando la tradición social y liberal que otorga importancia a este derecho fundamental de autonomía colectiva. Me miró con su confiada sonrisa inteligente que ahora echo tanto de menos.

Comentario a la sentencia Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre¹

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA
Universidad de Jaén
 <https://orcid.org/0000-0002-1946-6682>

I. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO SOCIAL BÁSICO DE LAS PERSONAS

En nuestro país no resulta ninguna novedad los choques y enfrentamientos entre las aspiraciones autonómicas de legislar sobre determinadas materias, protagonizados con frecuencia por Comunidades Autónomas con pretensiones soberanistas y la posición mantenida por el Gobierno central, de considerar que las mismas afectan a “legislación básica”, lo que lleva aparejado en consecuencia, su exclusión del ámbito de incidencia normativa autonómica. Al respecto existe una copiosa jurisprudencia constitucional, que ha venido marcando los contornos de este diálogo entre normas estatales y autonómicas, basados en la idea consolidada de que la norma básica actúa como un mínimo, que resulta mejorable por la capacidad normativa autonómica.

Sin embargo, es esta idea básica la que quiebra con la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre, objeto de este comentario, a la que le siguieron otras dos más emitidas ese mismo año, STC 140/2017, de 30 de noviembre y STC 145/2017, de 14 de diciembre, todas ellas expresión de la reacción autonómica frente a una regulación estatal restrictiva del derecho a la asistencia sanitaria. Frente a esta regulación restrictiva, reaccionan algunas CCAA dotándose con una regulación propia, que pretende restituir la situación a la vigente con anterioridad a la nueva regulación. Ante esta actuación autonómica, el Gobierno Central planteó conflicto positivo de competencias y para resolverlo, nuestro Intérprete Constitucional, aborda la distribución competencial, sin entrar a valorar si el derecho material a la asistencia sanitaria, quedaba o no conculcado. Pero la novedad de estos pronunciamientos residía en la reinterpretación que realiza el TC de qué debemos entender por legislación básica, impidiendo los desarrollos autonómicos que supongan una mejora de ese mínimo estatal, identificado como legislación básica, en lo relativo a la titularidad del derecho, permitiendo únicamente esta capacidad autonómica de mejora de los mínimos respecto al ámbito objetivo del derecho a la asistencia sanitaria².

En este sentido conviene recordar que la asistencia sanitaria se configura en el ordenamiento jurídico español como un derecho subjetivo, pero constitucionalmente se encuentra reconocido a través de una técnica de garantía débil, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance se hace depender, en gran medida, de la concreción que le brinden las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE).

Si la delimitación competencial entre Estado y CCAA en materia de Seguridad Social genera problemas interpretativos y aplicativos, la distribución competencial en materia sanitaria se encuentra con la dificultad añadida de la dualidad de previsiones existentes dentro del texto constitucional. En

¹ BOE nº 308, 20 de diciembre de 2017.

² MALDONADO MOLINA, J.A.: “La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud (STC 134/2017, de 16 de noviembre, 140/2017, de 30 de noviembre, y 145/2017, de 14 de diciembre), *Foro Nueva Época*, Vol 20, nº 2, 2017, pág. 305-315, <https://doi.org/10.5209/FORO.59021>.

este sentido, resulta extremadamente complejo clarificar si dentro del concepto de Seguridad Social del artículo 41 CE debería considerarse incluida la asistencia sanitaria o, por especialidad, sería más acertado atender en exclusiva al artículo 43 CE³.

Lo único evidente es que la Constitución recoge un Sistema de Protección Social Pública, en el que es posible encuadrar, a la vez, la Seguridad Social Pública (reducido a prestaciones de carácter económico y de naturaleza preferentemente contributiva) con la Asistencia Social Pública (con prestaciones económicas preferentemente de carácter no contributivo), con los servicios sociales (nacionales y territoriales) y, en fin, con un servicio (tanto estatal como territorial) de salud como concepto integrador de diversas posibilidades constitucionales⁴.

En cualquier caso, la CE no es neutra en materia de Seguridad Social, ya que establece unos parámetros dentro de los cuales ha de moverse el legislador, escogiendo el que juzgue más idóneo para cada momento histórico, pero con la necesidad de respetar las directrices constitucionales. El más claro de estos parámetros es la universalización subjetiva de la cobertura de la Seguridad Social, entendido como régimen público para toda la ciudadanía. En otras palabras, la CE presenta una vocación universalista, pro-asistencial, aunque sin llegar al extremo de afirmar la existencia de un modelo acabado de corte universalista. En efecto, la CE marca como camino a seguir por los poderes públicos (art. 53.3 y 9.1 CE) la extensión de la protección social a toda la ciudadanía, de forma que el objetivo de cobertura por el que aboga la C.E será que toda la población esté protegida ante situaciones de necesidad⁵.

Y ello es así porque el derecho a la salud no puede ser un simple principio programático; en efecto, como derecho atribuido a la persona, no puede quedar limitado a determinados sujetos, sino que debe ser extensible a todas las personas que se encuentren en territorio español y requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Es una consecuencia de su configuración como derecho social de prestación universalista de toda persona necesitada de protección de su salud, de titularidad subjetiva universalista, donde se hace prevalecer el status de persona en situación de necesidad sobre cualquier otro condicionamiento administrativo que pudiera concurrir. Por tanto, el derecho a la salud es uno de los derechos fundamentales que consideran a la persona en su dimensión existencial. No obstante, se trata de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales.

Igualmente, el derecho a la protección de la salud es un derecho social fundamental de desmercantilización de los modos de satisfacción del conjunto de las necesidades a él vinculadas y de carácter primario —derecho fundamental básico—. La protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria, constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y un núcleo principal del Estado Social⁶.

En definitiva, es innegable que la protección de la salud y, en particular, de la asistencia sanitaria constituye uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo y su forma política: el Estado Social de Derecho. La salud se configura como un derecho social fundamental de carácter primario vinculado al derecho a la vida y a la dignidad de la persona. De este modo, se sitúa a la persona en el centro de su atención, que se encuentra reconocido

³ MALDONADO MOLINA, J. A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en VV.AA.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dirs.), Granada, Comares, 2007, pág. 99 y ss.

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 16, 2018, pág. 25-49.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Universalidad del derecho social fundamental a la asistencia en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, Op. Cit., pág. 32.

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Derecho a la protección de salud. Artículo 11 de la Carta Social Europea”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L. (Dirs. y coords.), Granada, Comares, 2017, pág. 597-598.

en la Normativa Internacional y Europea, sobre los derechos fundamentales, con una proyección universalista. Este derecho a la salud impone a los poderes públicos la obligación de que, en vía jurídica y de política del Derecho, garanticen efectivamente los servicios, prestaciones y cuidados exigidos para la satisfacción plena de este derecho social⁷.

II. LA VISIÓN DEL INTÉRPRETE CONSTITUCIONAL A RAÍZ DE SU SENTENCIA 134/2017, DE 16 DE NOVIEMBRE

Pese a la caracterización del derecho social a la asistencia sanitaria que acabamos de presentar, no siempre ha sido pacífica la aceptación de la misma. Esta afirmación resulta si cabe más sorprendente, cuando los intentos de socavar su alcance y provocar su la regresión del principio universal en materia sanitaria, han tenido su origen en muchos casos, en el propio órgano encargado de procurar la interpretación de nuestra Carta Magna.

Resulta por ello interesante analizar la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre, a la que siguieron otros pronunciamientos inspirados en esta misma pretensión de limitar el derecho a esta prestación sanitaria, como fueron las STC 140/2017, de 30 de noviembre y STC145/2017, de 14 de diciembre, que posteriormente quedaron reducidas a la nulidad de sus efectos, por la aprobación del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, que vino a proclamar el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁸, poniendo así punto y final, al menos por el momento, a una etapa de gran convulsión legal, social y judicial.

Aun así, conviene desde este momento precisar, que la interpretación que nuestro Tribunal Constitucional vierte en la sentencia objeto de este comentario, no fue unánimemente mantenida por los magistrados y magistradas integrantes de este órgano, como tendremos ocasión de analizar, de lo cual resulta bien expresivo el análisis de los votos particulares que acompañan al fallo de la misma, cuyos postulados, sobre todo los vertidos en el voto particular firmado por cuatro de sus magistrados integrantes, anticiparán el cambio normativo en esta materia.

En este sentido, la sentencia que nos ocupa en este comentario trae su origen en el conflicto positivo de competencias planteado por la Abogacía del Estado contra el Decreto vasco 114/2012 de 26 de junio, por el que se regula las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la autonomía vasca. En concreto, el conflicto de competencias afecta la regulación contenida en sus preceptos 1 al 8, así como a su disposición adicional primera.

La Abogacía del Estado basa su argumentación en la imposibilidad autonómica de ampliar el ámbito subjetivo del Real Decreto Ley 16/2012, lo que le lleva a mantener que la norma vasca incurre en una “grave afectación del artículo 43 C.E”, por considerar que llega a afectar al ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, el cual “no es susceptible de mejora por la legislación autonómica”, lo que en su opinión, resultaría contrario a la igualdad efectiva de la ciudadanía, con independencia del territorio español donde residan⁹.

Por su parte, la defensa de la Administración vasca mantiene en su argumentación que la normativa básica implica establecer una regulación uniforme y vigente en todo el territorio nacional, “a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 845.

⁸ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “De vuelta con el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho Social*, nº 85, 2019, pág. 95-119.

⁹ DEL VAL TENA, A. L.: “Conflicto positivo de competencias: determinación por la legislación básica estatal de la condición de asegurado y beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria y de la aportación para la financiación de las aportaciones farmacéuticas”, en VV.AA.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XXXVI (2015-2018)*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C (Coord.) y ALONSO OLEA M. MONTOYA MELGAR y A. SEMPERE NAVARRO, A (Dirs.), Aranzadi, pág. 1279-1297.

peculiaridades que estime convenientes, dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre la misma materia”, que es en su opinión, la tarea que ha llevado a cabo el Decreto vasco impugnado. Sobre esta consideración, argumenta que no quedaría desvirtuada la norma estatal, sino que únicamente se introducirían “alternativas propias, acomodadas a sus intereses y características”, enfatizando que “una ley básica que no deje ningún espacio para que se despliegue la competencia de desarrollo normativo autonómica vulneraría el régimen constitucional y estatutario de distribución de competencias”.

Tras examinar la constitucionalidad de los preceptos impugnados, el TC concluye que es el art. 149.1.16, relativo a la competencia exclusiva del Estado en “Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”, “el ámbito material más estrechamente relacionado con la presente controversia constitucional”.

En esta sentencia, nuestro Intérprete Constitucional realiza un detallado examen de la normativa constitucional y estatutaria, así como de la jurisprudencia recaída en materia de sanidad, reinterpretando el concepto de bases, hasta adoptar una visión ultraexpansiva del mismo¹⁰.

Y en este sentido, considera el TC que el art. 3 del RDL 16/2012 “tiene una clara vocación de exhaustividad”, y que por ello, la normativa autonómica deberá adecuarse a los términos en que la estatal regula la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, lo que le lleva a afirmar que “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el citado artículo 3 de la Ley 16/2003...”.

Siguiendo con la línea interpretativa que mantiene en esta Sentencia el Tribunal Constitucional, y sobre la base de las categóricas afirmaciones que realiza, considera que la norma vasca impugnada ha llegado a afectar a la constitucionalidad, debido a la alteración del orden competencial en el que incurre, puesto que si bien es cierto, que no llegaría en su opinión, a vulnerar directamente los preceptos de nuestra Carta Magna, si provocaría una inconstitucionalidad derivada de “infringir una norma infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias”.

III. ANÁLISIS DE LOS IMPORTANTES VOTOS PARTICULARES DISCREPANTES

Pese al énfasis y las afirmaciones tan categóricas con las que se reviste el pronunciamiento recogido en el fallo de la STC 134/2017, objeto de este comentario, lo cierto es que el mismo no logró el acuerdo unánime de todos los integrantes de este órgano, de lo cual resulta buena prueba, el hecho de que esta Sentencia se acompaña de dos votos particulares discrepantes. El primero de ellos, suscrito por tres magistrados y una magistrada, por una parte, y el segundo voto particular suscrito por el propio magistrado ponente de la sentencia, Antonio Narváez.

Especialmente interesante, desde una perspectiva tanto estrictamente jurídica como desde la capacidad más social de acercar el derecho a una realidad que no puede ser desconocida por el Legislador y tampoco, por nuestras Salas de lo Social, si quieren seguir siendo merecedoras de este calificativo, resulta el argumento que con contundencia y la solvencia a la que nos tenía acostumbrados el profesor Valdés Dal-Ré, se mantiene en el voto discrepante de cuatro de sus integrantes. En concreto, fue suscrito por el citado profesor junto a los magistrados Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y la magistrada Balaguer Callejón y en él se contiene una discrepancia con la totalidad de la sentencia del Tribunal Constitucional.

¹⁰ ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal Constitucional refuerza la (des)protección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular. Notas críticas a la STC 134/2017 (con cinco votos discrepantes) y amplio recordatorio de la STC 139/2016, de 21 de julio (I y II) http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/el-tc-refuerza-la-des-proteccion_7.html

De acuerdo con este Voto Particular, ante la constatación de que la reforma del Sistema Nacional de Salud ha dejado sin cobertura sanitaria a determinados colectivos, el mínimo estatal, antes universal, resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas. Basan esta afirmación en el principio de autonomía y fundamento específico en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

En efecto, defienden los magistrados firmantes que las prestaciones públicas sanitarias son susceptibles de mejora si así lo deciden las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales, manteniendo que “al hacerlo así actúan en el espacio normativo que es propio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad, sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, principios que condicionan pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía”.

Contiene este voto particular una crítica jurídica-social frente a la tesis defendida por la mayoría de la Sala y en este sentido, se pone de manifiesto la existencia de una realidad contrastable en el panorama de nuestro país, consistente en que la gran mayoría de las Comunidades Autónomas ya se habían dotado de una regulación propia, orientada a ofrecer cobertura sanitaria pública a personas que habían quedado excluidas de la misma por la regulación estatal. Regulaciones que ahora quedaban cuestionadas por el pronunciamiento mayoritario de la Sala.

La constatación de esta realidad conduce a los magistrados firmantes a cuestionarse si el único recurso que les queda a las Comunidades Autónomas es la “vía informal”, como fue de hecho la que proliferó entre ellas, realizada a través de “opciones políticas extremas y camufladas de carácter indirecto e informal, al estilo del dictado de instrucciones a los centros sanitarios de su competencia de que faciliten a toda la ciudadanía, de forma gratuita y al margen de su situación jurídica o de su nacionalidad, las prestaciones sanitarias precisas para garantizar su derecho a la salud”. Esta sería, siguiendo el hilo argumental de este voto particular, la única vía posible para proteger sanitariamente a quienes se han visto excluidos por la normativa estatal, algo que, además de ser desde la perspectiva de distribución competencial “incompatible con el concepto constitucional de bases tal y como el mismo ha sido acuñado por este Tribunal”, no sería desde luego la vía jurídicamente más adecuada “para procurar combatir la exclusión social derivada de una política restrictiva y centralizadora en materia sanitaria” como la llevada a cabo por la normativa estatal, por lo que si sólo les quedara esta posibilidad a las autonomías, y el voto particular considera, y con razón jurídica, que es la que “de manera silente ha venido a validar la sentencia de nuestra discrepancia”, “no solo confronta con la cláusula social enunciada en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional; adicionalmente cuestiona tanto el principio de seguridad jurídica, en su condición de pilar y motor del Estado de Derecho, como la estructura compleja de nuestro sistema político”.

Esa mezcla jurídica y social queda perfectamente sintetizada en este voto particular, ya que ante la constatación de que la reforma normativa del 2012 dejó sin cobertura sanitaria a algunos colectivos, señaladamente a los inmigrantes en situación irregular, “el mínimo estatal, antes universal, resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, con fundamento general en el principio de autonomía y fundamento específico en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad”.

Para los firmantes de este voto particular, la capacidad de las CCAA de incidir en la distribución competencial, a través de la posibilidad de mejorar o desarrollar el mínimo común de ámbito estatal, resulta “consustancial a la diversidad territorial que otorga a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, que supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos, pues la autonomía significa precisamente la capacidad de adoptar políticas propias, en el marco de la Constitución y del Estatuto”, concepción que, para los magistrados firmantes, afirman con claridad los firmantes, “... no solo no contradice, sino que deriva de la doctrina previa del Tribunal”.

A partir de esta tesis general, se van desgranando los argumentos que la sustentan, con apoyo en la propia doctrina construida por el Tribunal Constitucional, entre la que se trae a colación la STC 98/2004, precursora de otras defensoras de la misma línea argumental, que acepta que el “mínimo estatal, puede ser mejorado por las autonomías en su ámbito territorial de acuerdo a sus competencias”.

La tesis que defiende el fallo de esta sentencia, relativa al carácter ultraexpansivo de la concepción de las bases en materia de sanidad, es calificado por los magistrados discrepantes, como “un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo”, y de esta forma, el TC acerca la noción de lo básico a una competencia legislativa exclusiva del Estado, con lo que “se socava por esta vía una más que consolidada doctrina constitucional sobre las competencias normativas compartidas en un Estado de estructura plural”. Un muro, dirigido más precisamente a determinados colectivos y que sí podría franquearse por otros, con lo que dejaría en la práctica de ser infranqueable y la norma estatal perdería “esa vocación de norma cerrada y exhaustiva pretendida por el legislador y confirmada por el TC, ya que ello “queda en entredicho cuando admite la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura en función del nivel de renta (art. 3.3 de la Ley 16/2003, parcialmente afectado de nulidad, STC 139/2016, FJ 9) o el acceso a un sistema de protección sanitaria pública por título diferente al convenio especial [disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, y art. 3 c) del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio]”.

La Comunidad Autónoma vasca sería pues competente para dictar el Decreto cuestionado, ya que, en aplicación de la jurisprudencia del TC, aquello que habría hecho sería mejorar el mínimo previsto para todo el Estado por el legislador estatal, y además con plena disponibilidad financiera para cubrir los gastos que supusiera la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la protección dispensada con cargo a fondos públicos en materia sanitaria. No aceptarlo así, tal como ha decidido la mayoría del TC supone para los firmantes del voto “una quiebra en la jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias”.

IV. A MODO DE CONCLUSIONES FINALES

La contundente afirmación que, como hemos analizado, contiene la STC 134/2017, en el sentido de considerar vetada la vía del desarrollo autonómico del ámbito de afectación subjetiva de la protección sanitaria, queda contrarrestada y fuertemente cuestionada por la crítica formulada por cuatro de sus magistrados a esa doctrina y a los riesgos que supone, cifrados en la fractura del componente social del Estado, con la desigualdad introducida en la protección sanitaria entre personas que viven en territorio español y que “ha acampado en todo el territorio nacional”.

En efecto, lo que está vedado al legislador autonómico es precisamente lo contrario: no puede empeorar el régimen de financiación de la prestación sanitaria haciéndola más gravosa para el usuario¹¹. Sin embargo, con esta sentencia se introduce una quiebra en la jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, pues se “anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especialmente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias”.

La consecuencia era obvia: se produjo la superposición del plano económico sobre el social prevaleciendo la lógica de racionalidad económica a la lógica de los derechos sociales¹². A su vez, la

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Op Cit, pág. 39.

¹² MONEREO PÉREZ J. L.: *La protección de los derechos fundamentales: modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009.

doble consecuencia de esta afirmación es preocupante: se pretendía consagrar la sostenibilidad del sistema de salud a costa de la reducción del ámbito subjetivo de la protección social¹³.

En esta interpretación, en definitiva, lo que hace el fallo de la Sentencia, es supeditar la efectiva promoción del derecho a la salud a los intereses generales, identificando estos intereses con los que el legislador estatal considere convenientes en cada momento. Así, un marco normativo autonómico que lograra implementar de forma efectiva el art. 43 de la Constitución correría el riesgo de devenir inconstitucional si la mejora que hiciese de la normativa básica fuera contradictoria con las directrices políticas del Gobierno central, lo que, además de vaciar de contenido al Estado autonómico, vacía de sentido la declaración de Estado social y democrático de Derecho, ya que primaría la distribución competencial al máximo desarrollo de los derechos sociales.

La virtualidad de este voto particular, firmado por el profesor Valdes Dal-Ré, junto a otros tres magistrados, no residía únicamente en las consideraciones jurídicas discrepantes con respecto a la tesis mantenida en el fallo de esta Sentencia, sobre la distribución competencial en materia sanitaria. Junto a ello, nos ofrece también unas muy interesantes y relevantes interpretaciones que nos llevan a profundizar en el contenido social de nuestra Carta Magna, poniendo en valor la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que preconiza el artículo 1º de nuestra C.E. Se trata esta profundización en la dimensión social de nuestra C.E, sin duda de una tarea más que necesaria en nuestros días, a la luz de las interpretaciones que de la misma viene realizando nuestro Interprete Constitucional en los últimos años.

Como bien destacó en su acertado comentario de esta Sentencia el profesor Rojo Torrecilla, más que ante un voto discrepante, podríamos pensar que estamos ante “un artículo doctrinal con contenido fuertemente crítico”, como fórmula elegida por los magistrados firmantes de expresar su preocupación por el peligroso aval que el Tribunal Constitucional presta a la involución normativa estatal en materia de derechos sociales, de lo que esta sentencia objeto de comentario, constituye buena expresión.



En esta construcción crítica, los firmantes de este voto discrepante cuestionan que la constitucionalidad de una norma pueda valorarse sólo en términos estrictamente competenciales, considerando que “la efectividad del derecho a la protección de la salud hubiera debido presidir la interpretación de los títulos competenciales confrontados a fin de respaldar, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato proclamado en el art. 43 CE y alcanzar sus objetivos”. Mantienen “la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende como unidad”.

Todo ello conduce a que en ese voto particular se recoja un alegato a favor de la defensa del derecho material a la salud como seña de identidad del Estado del bienestar. Así, es especialmente elocuente la afirmación consistente en evidencia que: “A resultas de esta involución normativa, ese legislador excepcional que es el Gobierno, ha colocado entre paréntesis el fatigoso pero constante proceso de construcción y consolidación en la sociedad española del Estado de Bienestar”. Por este lado, la concepción del Welfare State, propia del constitucionalismo social más avanzado, ha sido suplantada, en aras al logro de presuntos objetivos tales como la eficiencia y la racionalización económicas, por la del Workfare State.

¹³ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular*. Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 5, 2015, pág. 97-116.

STC 142/2017, de 12 de diciembre: sobre la regulación de la jornada de trabajo del personal empleado público de la junta de Andalucía (voto particular)

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ
Catedrático de Universidad
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

 <https://orcid.org/0000-0002-0951-2593>
 Web of Science ResearcherID: L-1679-2017

I. EL FALLO DE LA STC 142/2017: INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA REGULADORA DE LA JORNADA DE TRABAJO

1. La controversia jurídica: regulación de la jornada de trabajo autonómica contraria a la establecida en ámbito estatal

El Tribunal Constitucional se pronuncia en esta STC 142/2017 sobre un recurso de inconstitucionalidad (núm. 3719-2017), promovido por el Presidente del Gobierno, frente al Decreto-ley 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía, y cuyo artículo único, además de otras previsiones también discutidas, “recuperaba” una jornada ordinaria de trabajo de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual (cuando así estuviese reconocido con anterioridad en su regulación específica)¹, lo que contrariaba lo dispuesto por la Disposición Adicional 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (LPGE 2012), que establece que la jornada general de trabajo del personal del sector público no podrá ser inferior a 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, norma que el Abogado del Estado que promueve el recurso de inconstitucionalidad y la impugnación del Decreto-ley 5/2016, considera dictada al amparo de los

¹ Dicho Decreto-ley (andaluz) 5/2016, en su artículo único, establecía literalmente lo siguiente: “1. A partir del 16 de enero de 2017 el personal a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 3 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, recupera la jornada ordinaria de trabajo de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual, cuando así lo tuviese reconocido con anterioridad en su regulación específica. Los procesos de adaptación que deban llevarse a cabo para la efectiva implantación de esta jornada en la Administración de la Junta de Andalucía, sus entidades instrumentales y consorcios, serán objeto de la correspondiente negociación colectiva en su ámbito respectivo. Todo ello sin perjuicio de las demás modalidades de jornada normativa o convencionalmente establecidas, que se adaptarán a esta jornada ordinaria en lo que fuere necesario. 2. El horario en el que se realizará la jornada ordinaria del personal estatutario y laboral de las instituciones sanitarias se aplicará en función de los turnos de trabajo diario que, con la necesaria flexibilidad, se establezcan a través de pactos con los representantes de las personas trabajadoras y que se adaptarán a esta jornada ordinaria. 3. En el ámbito del personal docente que imparte las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, debido a la necesaria planificación y adaptación al calendario escolar, la implantación de la jornada de trabajo de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual y la jornada lectiva de 18 horas, serán coincidentes con el inicio del curso escolar 2017-2018. En este sentido, el restablecimiento de las 18 horas de la parte lectiva de la jornada semanal del personal docente, a excepción del que imparte las enseñanzas de educación infantil y primaria y el de los Centros Específicos de Educación Especial, se llevará a cabo reduciendo una hora lectiva en el curso escolar 2017-2018 y otra hora en el curso escolar 2018-2019. 4. El personal que ocupa puestos de trabajo que tengan establecida la dedicación exclusiva deberá realizar, además de la jornada general de trabajo, el número de horas anuales que dicha dedicación suponga. 5. Se podrán establecer jornadas especiales a través de pactos con los representantes de las personas trabajadoras.

títulos competenciales previstos en el artículo 149.1.7 y 18 CE a efectos de su consideración como normativa básica estatal que delimita la distribución de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los motivos de impugnación presentados son los que se exponen en los apartados siguientes.

A) Jornada de trabajo autonómica inferior a un mínimo estatal que constituye regulación básica

Tal y como acabamos de señalar, este es el principal motivo del recurso de inconstitucionalidad. Tiene como fundamento el considerar que la norma estatal (LPGE 2012), a la que se opone el Decreto-ley autonómico, constituye “normativa básica del Estado” que debe respetar en el ejercicio de sus competencias normativas, por lo que se esgrime que la Comunidad Autónoma de Andalucía no ha ejercido de forma legítima su competencia ya que desconoce una norma que el Estado ha aprobado en el uso de las competencias que le corresponden sobre el ámbito material del régimen jurídico del personal del sector público autonómico. En su defensa, la Comunidad Autónoma de Andalucía sostiene que dicha Disposición Adicional 71ª de la LPGE 2012 no constituye a estos efectos normativa básica, por lo que el parámetro de control de constitucionalidad no es dicha norma sino los artículos 47 y 51 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que, con el carácter de legislación básica, no establecen ninguna cuantificación de la jornada de trabajo del personal al servicio del sector público, otorgando a su juicio a las Administraciones públicas la competencia para establecer la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos, por lo que solicita expresamente al Tribunal Constitucional que no se entienda incluida la jornada laboral de los empleados públicos en las bases del régimen jurídico, ya que se considera que se trata de una materia de regulación puramente coyuntural (que además tiene carácter económico)² y cuya regulación por el Estado agota las competencias autonómicas sobre la misma.

B) Jornada lectiva de la jornada de trabajo de los docentes inferior a la estatal

Como motivo de impugnación adicional se alega que la fijación de una jornada lectiva para el personal docente andaluz de 18 horas semanales, prevista en el apartado 3 del artículo único del Decreto-ley (andaluz) 5/2016, comporta una vulneración mediata de los títulos competenciales contenidos en el artículo 149.1.18 y 30 CE, por su contradicción con la normativa estatal, y en concreto con el artículo 3 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, que establece que “la parte lectiva de la jornada semanal del personal docente que imparte las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en centros públicos y privados sostenidos con fondos públicos será, como mínimo, de 25 horas en educación infantil y primaria y de 20 horas en las restantes enseñanzas”.

C) Aprobación de un Decreto-ley sin el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad

Finalmente, se aduce también como motivo impugnatorio que la aprobación de este Decreto-ley por la Comunidad Autónoma de Andalucía carece de presupuesto y de justificación, por no apreciarse las circunstancias de “extraordinaria y urgente necesidad”, que exigen tanto el artículo 86 CE como el artículo 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en el hecho de la existencia de un Acuerdo de 2 de junio de 2016 alcanzado en la mesa general de negociación común del personal

² De este modo, se entiende por la defensa de la Comunidad Autónoma de Andalucía que no quedaría justificada la inclusión de la jornada laboral en el concepto de bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos en cuanto que “no se trata de una materia que exija un tratamiento común, ya que es el propio Estado el que introduce diferencias en todo el territorio” y que la regulación estatal de la jornada de trabajo en ningún caso podía considerarse estructural o permanente, sino transitoria, ya que se adoptó con un objetivo concreto en una grave situación de crisis económica”; y además, no se ha incorporado al EBEP y ha sido objeto de una regulación oscilante en función de las circunstancias.

funcionario, estatutario y laboral al servicio de la Junta de Andalucía respecto de la jornada laboral, que establecía un calendario para recuperar la anterior jornada de trabajo y exigía una regulación específica en el marco temporal del mes de enero de 2017. Por el contrario, para la otra parte dicha circunstancia justifica sobradamente la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad para aprobar dicho Decreto-ley.

2. Fundamentación jurídica del Fallo

El Tribunal Constitucional se centra en la cuestión clave: si ha existido o no una *extralimitación competencial* por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la consiguiente vulneración de competencias estatales, tanto en relación con el establecimiento de la jornada ordinaria de 35 horas semanales como, en el ámbito del personal docente, en relación con el establecimiento de la jornada lectiva de 18 horas. Antes de pronunciarse, recuerda que en todo caso nos encontraríamos ante una inconstitucionalidad mediata o indirecta, por derivar la posible infracción constitucional no de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales; y también recuerda que para que dicha infracción constitucional exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: 1) que la norma estatal infringida por la norma autonómica sea, en el doble sentido material y formal, *una norma básica* (y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado), y 2) que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

De esta manera, el Tribunal Constitucional aprecia contradicción entre la normativa autonómica y la respectiva normativa básica estatal, por lo que resuelve estimando ambos motivos de impugnación y declarando:

1) que resulta incompatible con la Disposición Adicional 71 de la LPGE 2012 una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior a la prevista en la misma, esto es, que sea inferior a 37,5 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, como sucede en el Decreto-ley (andaluz) 5/2016 impugnado, que prevé “recuperar” la jornada de trabajo de 35 horas semanales de promedio en cómputo anual; y

2) que resulta incompatible con el artículo 3 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, la normativa autonómica (el Decreto-ley 5/2016 impugnado) que establece una duración de 18 horas de la parte lectiva de la jornada semanal del personal docente, que es inferior a la establecida por el legislador estatal, como jornada mínima, en 25 horas semanales en educación infantil y primaria y de 20 horas semanales en las restantes enseñanzas.

Además de ello, precisa que, resuelta así la impugnación de la regulación de la jornada de 35 horas semanales y de la jornada lectiva de 18 horas semanales del personal docente, las restantes previsiones del Decreto-ley 5/2016 no pueden sino considerarse normas complementarias a la regulación de la jornada por lo que debe llegarse a la misma conclusión en relación con las mismas, en cuanto que su impugnación no es autónoma. Por tanto, declara la inconstitucionalidad del Decreto-ley (andaluz) 5/2016³.

³ No considerando ya necesario pronunciarse sobre el otro motivo de impugnación alegado por el Abogado del Estado relativo a la concurrencia o no del presupuesto habilitante para aprobar un Decreto-ley, ni tampoco sobre el levantamiento o el mantenimiento de la suspensión del mismo que proponían tanto el Letrado del Parlamento de Andalucía como la Letrada de la Junta de Andalucía.

II. EL VOTO PARTICULAR DE FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ: LA NO CONSIDERACIÓN DE LA LPGE 2012 Y DEL REAL DECRETO-LEY 14/2012 COMO NORMAS BÁSICAS DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EX ART. 148.1.18 Y 30 CE

1. La relevancia del Voto Particular

Aunque la emisión de un Voto Particular, que obviamente forma parte de la Sentencia, carezca de toda eficacia jurídica, es un instrumento adecuado, además, obviamente, de para exponer una opinión discrepante con la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional, para exponer una interpretación jurisprudencial alternativa que puede ser posteriormente tenida en cuenta. La emisión de un Voto Particular encuentra su fundamentación jurídica en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), que expresamente señala que tanto el Presidente como los Magistrados del Tribunal Constitucional “podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación”. Además, se precisa que los votos particulares “se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado”.

En ejercicio de esta posibilidad, el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré formula Voto Particular tanto al fallo como a la fundamentación de la STC 142/2017, en lo que se refiere (1) a la regulación de la jornada general de los empleados públicos de la Comunidad Autónoma y (2) también en relación con la determinación de la parte lectiva de la jornada semanal del personal docente, por entender que *la contradicción del Decreto-ley andaluz recurrido con la citada norma estatal (LPGE 2012) ni puede ser considerada norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos ex artículo 149.1.18 CE, ni respeta los límites fijados por la jurisprudencia constitucional en relación con los límites de las leyes de presupuestos, derivados del artículo 134 CE*, llegando a esta conclusión en base a los mismos argumentos ya manifestados y expuestos en anteriores votos particulares referidos a sentencias que resolvían controversias análogas, a los que expresamente se remite este Voto Particular. Y del mismo modo entiende que tampoco puede ser considerada como normativa básica estatal que limite la determinación de la parte lectiva de la jornada de trabajo del personal docente de Andalucía el artículo 3 del Real Decreto Ley 14/2012,

2. La remisión a los argumentos anteriormente expresados en los Votos Particulares de las STC 99/2016, STC 158/2016 y STC 26/2016

Por lo que se refiere a la regulación de la jornada general de los empleados públicos, en el Voto Particular que Fernando Valdés Dal-Ré formula a la STC 99/2016, de 25 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la LPGE 2012 que afectan a la regulación de la jornada de trabajo en el sector público (Voto Particular al que también se adhiere Adela Asua Batarrita y Juan Antonio Xiol Ríos), se encuentran los argumentos que avalan también su posicionamiento en el presente Voto Particular que es objeto de análisis, y también en su anterior Voto Particular formulado a la STC 158/2016, de 22 de septiembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el artículo 1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre, por la que se modifica la regulación de la jornada de trabajo. Por su parte, por lo que respecta a la parte lectiva de la jornada de trabajo del personal docente, se remite a los argumentos previamente aportados en el Voto Particular formulado por Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 26/2016, de 18 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el

ámbito educativo. De este modo, y por remisión a lo dispuesto en los referidos Votos Particulares, su posicionamiento frente a la decisión mayoritaria que avala el pronunciamiento de la STC 142/2017 se sostiene sobre los siguientes argumentos.

A) La jornada de trabajo que para los empleados públicos establece la Disposición Adicional 71ª de la LPGE 2012 no constituye normativa básica

Invocando doctrina constitucional previa que considera que “una norma merece el calificativo de básica cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales; regulación normativa uniforme que, no obstante, debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca, en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad”, la posición mayoritaria entiende que la LPGE 2012 constituye a tales efectos normativa básica. Frente a ello, Fernando Valdés Dal-Ré *niega que la misma pueda ser considerada, en su perspectiva material, como norma que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos*, pues esta norma *formalmente* básica, la LPGE, “no deja margen a las Comunidades Autónomas para introducir tales peculiaridades, en ejercicio de sus legítimas competencias, en consideración a su sistema institucional y a la potestad de autoorganización proyectada en la configuración de los servicios públicos que gestionan. Todo lo contrario; propiciado por un omnipresente afán de uniformidad (que no homogeneidad), la imposición de la jornada mínima prescinde de las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma”. De este modo, está recurriendo como argumento de oposición al conocido *criterio del no vaciamiento de la competencia autonómica de desarrollo legislativo*.

B) La normativa básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos se encuentra en el EBEP y éste no ha sido modificado ni directa ni expresamente por la LPGE 2012

Para Fernando Valdés Dal-Ré la normativa básica a respetar lo constituye el artículo 47 EBEP, que tan solo señala que “las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos” (y de su personal laboral, por remisión expresa del artículo 51 EBEP). Sin embargo, la Disposición Adicional 71ª de la LPGE 2012 no lo es, no constituye normativa básica a estos efectos, no responde ni al contenido esencial ni al contenido eventual que es propio de una ley de presupuestos, y además contradice la regulación del artículo 47 EBEP, lo que vulneraría la doctrina constitucional que ha establecido que lo que una ley de presupuestos no puede hacer es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una materia, proceder a efectuar una aplicación distinta de la allí prevista.

De este modo, mientras que para la mayoría lo dispuesto por esta LPGE 2012 constituye una nueva previsión legal sobre el régimen sustantivo de la jornada de los empleados públicos que *complementa* el estatuto básico del empleado público, para Fernando Valdés Dal-Ré constituye una *contradicción*, pues con la imposición de una jornada mínima se altera sustancialmente el régimen básico anterior al pasar a regular en norma básica estatal lo que, con anterioridad, quedaba íntegramente remitido a lo que estableciera cada Administración pública en su ámbito⁴. Estamos pues ante una norma con vocación de permanencia en el tiempo, que cambia sustancialmente los criterios que previamente informaban la regulación de la jornada y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia.

De este modo se incumple un *límite que impone la doctrina constitucional a las leyes de presupuestos*, pues aunque puede abordar una *modificación directa y expresa* de cualquier otra norma legal, ha de hacerlo “respetando los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual

⁴ La cuestión es igualmente clara en cuanto al personal laboral, pues el artículo 51 EBEP se remite a las reglas del propio capítulo y a las de la legislación laboral correspondiente, y, por tanto, al art. 34.1 ET, que solo establece una duración máxima de la jornada de trabajo, y respecto del cual también resultaría incompatible dicha Disposición Adicional 71ª de la LPGE 2012.

del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal”; siendo “más que dudosa la conexión directa de la fijación de la jornada mínima en el sector público con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues su repercusión es a lo sumo mediata, en cuanto que no incide en los ingresos públicos y tampoco en el gasto efectivo, para el que resulta neutral”. Y en todo caso, lo que no puede hacer una ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende, como sucede cuando establece una duración mínima de la jornada de trabajo de los empleados públicos.

C) La fijación estatal de un número mínimo de horas lectivas semanales de la jornada de trabajo del personal docente no es competencia legislativa básica sobre educación

La posición mayoritaria considera que el número mínimo de horas de clase que el personal docente debe impartir a la semana, se trata de una cuestión que el Estado, además de por su título competencial para regular las bases del régimen jurídico del régimen estatutario de los empleados públicos (artículo 149.1.18 CE), puede regular al amparo de su competencia legislativa básica sobre educación (artículo 149.1.30 CE). Justificando el carácter básico de dicha regulación en el objetivo de la “calidad de la enseñanza”, en la garantía del cumplimiento de las “obligaciones de los poderes públicos”, en el “derecho a la educación en su dimensión prestacional” y en su consideración como “un criterio de coordinación” que el Estado puede establecer en ejercicio de sus competencias básicas en materia de educación, y como “un mínimo común denominador normativo en materia de programación docente que garantiza una continuidad en el proceso de aprendizaje de los alumnos”. En definitiva, se considera necesario “un régimen común de dedicación para lograr una mínima homogeneidad en un aspecto sustancial de su régimen funcional”.

Sin embargo, frente a la misma, Fernando Valdés Dal-Ré niega tales consideraciones, y entiende que no se ha acreditado la conexión directa entre la norma impugnada con las normas básicas para el ejercicio del derecho a la educación, y en particular rechaza la conexión de la fijación de una dedicación docente mínima con la garantía de la calidad de la enseñanza, especialmente cuando esa dedicación mínima es elevada, pues los docentes cuentan con menos tiempo de su jornada de trabajo para preparar adecuadamente las clases y evaluar a los alumnos⁵.

III. EPÍLOGO

En el contexto actual de la anunciada reducción legal de la jornada máxima de trabajo a 37,5 horas semanales de promedio en cómputo anual y el debate que ello ha generado, cobra actualidad la interpretación jurídica de Fernando Valdés Dal-Ré en esta STC 142/2017 sobre la posibilidad de que la normativa autonómica reguladora de la jornada de trabajo de los empleados públicos pudiera ser inferior a la establecida por normas estatales sobre las que hay dudas de si constituyen o no normativa básica del régimen jurídico del empleado público, aun salvando las diferencias sustanciales entre lo que es la regulación de jornada de trabajo en el ámbito de la relación laboral y en ámbito del empleo público.

Lo que subyace a estas diferencias interpretativas es la consideración del papel de las normas coyunturales sujetas a criterios de política económica⁶, de recortes y contención del gasto público, de

⁵ Como apoyo a su argumentación cita el Punto 3.4 del *Informe sobre el panorama de la educación. Indicadores OCDE 2015. Informe español* (Ministerio de Educación), que manifiesta que una proporción alta de horas de enseñanza respecto al total de horas de trabajo del profesorado “significaría que los profesores dedican más tiempo a impartir clase y menos a actividades como la preparación de las mismas, la corrección de actividades de los alumnos o las reuniones con otros profesores, lo que podría influir negativamente en la calidad de la enseñanza”.

⁶ De manera bastante ilustrativa, la Letrada de la Junta de Andalucía recuerda en sus alegaciones a favor de la desestimación del recurso de inconstitucionalidad la circunstancia de que el Estado, con un fin de política económica, acuerda en el artículo 4 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, incrementar la jornada a 37,5 horas para el sector público estatal; mantiene ese incremento en la LPGE 2012, aunque con el compromiso de voluntad política de

optimización de los recursos en un contexto de crisis, como normativa básica estatal; y en concreto, si tales normas tienen *conexión directa* con la regulación de la jornada de trabajo que las configure como normativa básica estatal a respetar por la legislación autonómica. Se introduce así el interesante debate acerca de si la normativa coyuntural de estabilidad presupuestaria puede constituir o no normativa básica estatal que delimite las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas para regular el estatuto jurídico de sus empleados públicos, y en el caso particular que nos ocupa, la regulación de la jornada de trabajo de los empleados públicos y la jornada lectiva del personal docente. Debate que razones de espacio, tiempo y oportunidad impiden abordar con la suficiente extensión y detalle en este momento, más allá de este modesto “análisis-homenaje” de la STC 142/2017, como muestra significativa de las aportaciones de Fernando Valdés Dal-Ré a la doctrina social del Tribunal Constitucional.

acordar la reducción en los presupuestos de 2018. En suma, estas medidas, así como la fijación de la jornada lectiva en el Real Decreto-ley 14/2012, son medidas excepcionales por *razones de estabilidad presupuestaria*.

STC 145/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero 2018) Tipo de Proceso Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015: La universalidad de la asistencia sanitaria en tela de juicio

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
 <https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

I. LA LUCHA INCANSABLE POR EL DERECHO Y POR LA JUSTICIA: RECORDANDO A FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

Quiero dedicar mis primeras palabras al profesor y magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, a quien tuve la suerte de conocer y escuchar en diversas ocasiones. El profesor Valdés Dal-Ré ha dejado una huella imborrable en el ordenamiento jurídico. Y es que, como no podía ser de otra manera, se trataba de una persona muy innovadora y protectora de los derechos fundamentales que “per se” le corresponden a toda persona. En contra de todo pronóstico y movido siempre por esa “lucha del derecho”, este gran jurista nos ha enseñado, a golpe de sentencia, que el derecho no tiene límites y que hay que interpretarlo de una manera teleológica y garantista para así alcanzar una idea de justicia. Pese a su talante tranquilo y mediador, el profesor Valdés Dal-Ré se mostró siempre implacable frente a los actos contrarios al derecho. Era un hombre que, con pocas palabras, sentaba doctrina. Y así, de hecho, ha quedado reflejado en sus brillantes estudios y magistrales sentencias.

Desde la doctrina científica, pero también desde la jurisprudencia aún rememoramos el pensamiento del profesor Fernando Valdés Dal-Ré, pues el mismo nos sirve para seguir avanzando en pro de una protección universal e integral de los derechos sociales fundamentales que les corresponden a todas las personas. A buen ejemplo, se encuentra el derecho a la salud de las personas inmigrantes. Constituye éste, sin duda, un tema de suma importancia y conflictividad.

El acceso de los inmigrantes a los servicios de salud se encuentra condicionado por la configuración legal del derecho a la atención sanitaria de carácter público, que ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con ampliaciones y restricciones sucesivas desde que la LOEXIs extendiera el derecho a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa. El Real Decreto-ley 16/2012, introdujo una importante limitación del derecho a la atención sanitaria de los extranjeros sin autorización de residencia, limitación que en muchos casos fue sorteada con las medidas tomadas por las distintas Administraciones autonómicas. A buen ejemplo, cabe citar aquí la sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017 en donde el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la norma autonómica valenciana por la cual se extiende la cobertura sanitaria a los sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud. En contra de la opinión mayoritaria, el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré (junto a don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón) expresa su voto particular y se alinea al voto particular ya formulado en la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

En cualquier caso, la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018 recupera el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España en situación de estancia irregular. Con todo, algunas necesidades de atención no encuentran respuesta suficiente a través del circuito público, es por ello que la población extranjera se halle en una posición de clara desventaja con respecto a la autóctona. Efectivamente el acceso a algunos tratamientos sanitarios resulta limitado por lo que, al

final, se condiciona el estado de salud (en general) de las personas inmigrantes a la disponibilidad de recursos económicos¹.

Posteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo (con sentencia de 13 de mayo de 2019) generará un importante retroceso al excluir a los extranjeros en situación regular del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que resulta inaudito y contrario a la configuración de la salud como derecho humano universal, toda vez que este derecho se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal. Al igual que ya hizo la sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2017 (aquí comentada), la judicialización de los conflictos ha propiciado una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica que resulta contraria a la normativa internacional y comunitaria (a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea y el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo).

A la salud habrá de otorgársele el “más alto nivel posible”, por ello resulta imprescindible y urgente la eliminación de esa distinción que en el acceso a la asistencia universal—entre inmigrantes regulares e irregulares— ha creado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de mayo de 2019. De lo contrario, el panorama *iustlaboral* español se irá acercando peligrosamente a la legislación de algunos Estados miembros en donde sí se han impuesto limitaciones graves y flagrantes a los derechos humanos y fundamentales de toda persona.

II. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

La protección universal del derecho a la salud se ha venido configurando como una cuestión conflictiva que, en principio, se ha vinculado al sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando ha entrado en juego el título de residencia legal². De acuerdo con este criterio, han quedado durante algún tiempo fuera del disfrute de este derecho las personas inmigrantes en situación irregular administrativa. Sin lugar a dudas, este hecho ha sido objeto de fuertes críticas y duro debate político, ya que no logra entenderse cómo de una configuración legal se puede limitar derechos cuasi-fundamentales únicamente por el hecho de la situación legal y administrativa en España³. En efecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido esta injusta cuestión al afirmar que “la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles” (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril). Y, de igual modo, en lo que respecta al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA) el Alto Tribunal recuerda que “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003” (STC 134/2017, de 16 de noviembre).

¹ LÓPEZ INSUA, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

² GARCÍA MURCIA, J y RODRÍGUEZ CARDO, I.A: “Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica”, *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1, 2014, pág. 312. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

³ TORTUERO PLAZA, J.L: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 60. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: “Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España”, *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, nº1, 2018, pág.1.

El estatuto jurídico constitucional que ha diseñado el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de la previsión establecida en el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante CE)⁴, debe seguir tres parámetros básicos que habilitan esta diferenciación entre nacionales y extranjeros⁵, a saber: 1) El derecho a la salud, por su ubicación en la Carta Magna, no es un derecho fundamental de máximo nivel de protección ex artículo 53 de la CE (aunque sí lo es desde una significación jurídica más general en la normativa internacional y europea a la que se remite ex art. 10.2 CE). Se trata de un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) que se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad (física y psíquica) y la intimidad personal⁶. 2) Erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional que se trata éste de un derecho prestacional y de configuración legal que podrá ser limitado por el legislador atendiendo a los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. A este respecto, recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 96/2011, de 21 de julio que: "... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema". De modo que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional avala la primacía de una racionalidad económica antes que el respeto a una racionalidad social⁷ tendente al mantenimiento de un derecho a la ciudadanía inclusiva en condiciones de igualdad, de acuerdo con lo que establecen los derechos constitucionales⁸. 3) El legislador dispone de plena libertad para configurar este derecho, tal y como dispone el Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre: "... el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español".

El amplio margen que el Tribunal Constitucional concede al legislador español le lleva a operar una clasificación tripartita de los derechos fundamentales que les corresponde a los extranjeros en España (STC 236/2007): A) Aparecen aquellos derechos fundamentales que les corresponden a todos los extranjeros en igualdad de condición que a los españoles, debido a que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español (entre otros se encuentra el derecho a la vida, integridad física, derecho a la intimidad, a la asistencia jurídica, derecho a la educación y la libertad ideológica). B) El Alto Tribunal español se refiere a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y que se engloban bajo fórmulas jurídicas impersonales (se habla aquí de los derechos fundamentales de reunión y de asociación)⁹. Finalmente, C) se identifica

⁴ "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

⁵ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs): "Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

⁶ De ahí que, una parte de la doctrina se refiera a él como un derecho cuasifundamental o cuasiconstitucional. Ver ARZOLA ASTACIO, H. L.: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros", *Revista Gabilix*, nº11, 2017, págs. 125 y siguientes.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018, pág. 33.

⁸ LÓPEZ INSUA, B.M.: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., TULLIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H. (DIRS); MALDONADO MOLINA, J.A. y MORENO VIDA, M^a.N. (Coords), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 583-614.

⁹ Se trata de derecho que deben ser reconocidos a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no residentes legales. No obstante, el Constitucional reconoce que el legislador puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio que, "si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales".

una tercera categoría cuya titularidad de derechos corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Se tratan, por tanto, de derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los extranjeros “aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En este caso “... al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros” o tomar en “consideración el dato de su situación legal o administrativa en España”. En este punto se presenta el derecho a la salud y el derecho a la protección por desempleo en España.

Por lo tanto, siguiendo estrictamente lo preceptuado por la CE y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes¹⁰. Sin embargo, olvida aquí el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asistencia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva¹¹. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacionales y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido ex artículo 41 CE —derecho a la Seguridad Social— del reconocido ex artículo 43 CE —derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud¹².

De acuerdo con estas ideas, no puede mantenerse en absoluto una independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social¹³, pues ambas caminan de la mano y en sintonía para hacer frente a los distintos estados de necesidad de los todos los ciudadanos¹⁴.

En definitiva, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico español, al que constitucionalmente se le otorga una deficiente técnica de garantía débil¹⁵, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le

¹⁰ SAURA SÚCAR, M: “La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros”, *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94 (99), 2001, pág. 2.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, TORTUERO PLAZA, J.L: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”...op.cit.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

¹³ MALDONADO MOLINA, J.A: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero”, en AA VV, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “La salud como derecho humano fundamental”, op.cit, págs. 1-15 en su versión digital. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A: “Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, G, MALDONADO MOLINA, J.A y DE VAL TENA, L.A (Coord), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017, págs. 509-515.

den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE)¹⁶. Pero siempre y en todo caso sin olvidar el *mandato imperativo* de interpretar este derecho social conforme a lo establecidos en las normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículo 10.2 CE).

1. Vaivenes normativos y conflictos de competencias: el derecho a la salud a examen

Haciendo un breve repaso legislativo se observa que el derecho a la salud, desde el año 2000, se ha consolidado en España para los inmigrantes irregulares únicamente en los casos de urgencia. Sin embargo, a partir del año 2009 su ámbito de aplicación se fue extendiendo también a los casos de atención primaria y especializada, pero siempre a condición de que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados. En efecto, todos los extranjeros empadronados en España, con independencia de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”, de conformidad con el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs).

Un importante cambio de rumbo se produce tras la entrada en vigor del RD-ley 16/2012, de 20 de abril: una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud. Son varias las modificaciones legislativas que este arrollador Real Decreto introduce en el sistema jurídico, lo que llega hasta el punto de denegar a los extranjeros en situación irregular administrativa en España el derecho al acceso a la asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones a los españoles y con cargo a los fondos públicos¹⁷.

La misma Exposición de Motivos del Real Decreto del año 2012 se refiere a este hecho y aclara que, con esta reforma, lo que se pretende es “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”.

Ciertamente, fue una reforma que al titular del derecho a la protección de la salud le afectó enormemente. Y es que no cabe duda de que con ella quedaron afectados los pilares básicos que sostienen al sistema sanitario en lo que a derechos y obligaciones se refieren, en particular: la cobertura, el gasto, las prestaciones y los resultados. Se justifica esta reversión y desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria en base a una serie de situaciones que tienen que ver con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos comunitarios y provenientes de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁸. En efecto, aunque no se refiere a este razonamiento de manera directa el Real Decreto-Ley de 2012, lo cierto es que cabe deducirlo de las referencias normativas que

¹⁶ Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, los principios rectores de la política social y económica, no son normas vacías de contenido, sino que las resoluciones de los órganos judiciales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE. MONEREO PÉREZ, J.L y ORTEGA LOZANO, P.G: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”...op.cit., pág. 31.

¹⁷ Se modifica el artículo 3 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 1 del RD-ley 16/2012) y, de igual modo, el art. 12 de la LOEXIs (en concreto, la Disposición Final tercera RD-ley 16/2012).

¹⁸ “Se intentaría evitar que determinados ciudadanos comunitarios accedieran a la condición de asegurados, lo que de acuerdo con la normativa europea les otorgaría derechos como el acceso a la tarjeta sanitaria europea o el derecho al reembolso de las prestaciones de asistencia sanitaria disfrutadas en otros estados de la UE. Tal objetivo se alcanzaría mediante la denegación de la condición de asegurado a cualquier persona no autorizada a residir en España (caso de nacionales de terceros Estados) o registrada como residente (caso de ciudadanos de Estados Miembro de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Así, la situación en que quedan los nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de “efecto colateral” de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados, si atendemos a las justificaciones proporcionadas por los responsables de su puesta en marcha”. Ver SANGÜESA RUIZ, N: “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista REDUR*, nº 13, 2015, pág 236.

se realizan a un dictamen motivado de la Comisión Europea¹⁹ sobre la emisión de la tarjeta sanitaria europea. Y, de igual modo, tiene mucho que ver el contenido del informe del Tribunal de Cuentas en el que se justifican las medidas adoptadas²⁰.

Entiende una buena parte de la doctrina científica que con esta medida se está vulnerando el derecho a la vida y ello por no mencionar los posibles problemas que sobre la salud pública esta importante limitación puede acarrear en la práctica. Aparte cabe decir que la figura del Real Decreto Ley no es quizás la más adecuada para la regulación de un tema de gran relevancia constitucional y social como es la presente. Y es que, sin lugar a dudas, no concurren los presupuestos habilitantes de “extraordinaria y urgente necesidad” para que, en base a una finalidad económica, se elimine la protección a la salud universal de toda persona haciendo así prevalecer la condición de asegurado por encima del respeto a los derechos fundamentales a la vida, dignidad e integridad física. Pero siendo ello cierto, conviene matizar atenuando esta crítica, que no se debe desconocer que las exclusiones operadas en la legislación precedente de la asistencia sanitaria a varios colectivos de personas suponían un intolerable desconocimiento fragante y de máxima gravedad de que estamos ante un derecho social fundamental de toda persona.

Esta reforma fue objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. De ahí que las Comunidades Autónomas fueran adoptando posturas muy diferentes al respecto²¹. Así, por ejemplo, en algunas de ellas el reconocimiento de la asistencia sanitaria fue total al considerar que, con este Real Decreto, se estaba vulneración el derecho a la vida de los extranjeros en situación irregular. Ciertamente se trata éste de un colectivo muy vulnerable y que, ante momentos de recesión económica, precisa de una mayor protección para así no vulnerar sus derechos humanos fundamentales. De este modo, se han llevado a cabo actuaciones a nivel administrativo con el objeto de proporcionar, a todas o algunas de estas personas, atención sanitaria no incluida en el Real Decreto-Ley del año 2012 (a saber: las CCAA de Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco)²². Por su parte, en otras Comunidades Autónomas se fueron desarrollaron mecanismos legislativos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares (es el caso de las CCAA de Castilla y León y Comunidad Valenciana²³. Finalmente, hubo algunas CCAA que, por el contrario, aplicaron estrictamente las previsiones recogidas en este Real Decreto-Ley, excluyendo así a los inmigrantes en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria (se encuentran incluidos en este grupo: Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia)²⁴.

¹⁹ Dictamen motivado de la Comisión Europea 2009/2341 dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas.

²⁰ Se trata, en concreto, del Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2012 (Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 72, lunes 25 de marzo de 2013).

²¹ GUINDO MORALES, S: “El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares”...op.cit., págs. 232 y 233.

²² Dichas CCAA atribuyen a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. No obstante, las mismas exigían previamente que el inmigrante cumpliera determinados requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma que difiere de unas Comunidades a otras y no superar una cuantía de ingresos determinada.

²³ Se reconoce, por tanto, la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Ahora bien, se establece la obligación de facturar los servicios prestados.

²⁴ DELGADO DEL RINCÓN, L.E: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista REDP*, núm 163, 2014, págs. 220 y ss.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional: sentencias 134/2017 y 145/2017

De conformidad con el reparto de competencias que establece la CE, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España (artículo 149.1.2 CE). Dicho en otras palabras, será el Estado quien de acuerdo con lo que dispone la LOEXIs y la Ley General de la Seguridad Social delimite que sujetos tienen derecho y quienes no a la asistencia sanitaria. Por todo ello, el legislador ha limitado el acceso a este derecho humano universal a la condición de asegurado y, en su defecto, a la situación legal y administrativa de los extranjeros.

De acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, le corresponde al Estado fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, al tratarse de una competencia compartida entre Estado y CCAA, podrán éstas desarrollar y ejecutar las condiciones básicas dispuestas por el Estado. Haciendo gala de este título de reparto competencial, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo paulatinamente competencias en materia de sanidad, lo que al tiempo ha determinado el surgimiento de un sistema público sanitario poco uniforme en todo el territorio nacional y para los mismos sujetos beneficiarios²⁵. Además, cabe precisar que el Estado —a través de la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud— ya ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud la cual se integra por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. Ello no constituye óbice para que, en lo que respeta a su ámbito propio, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la implantación de otro tipo de prestaciones mediante la creación de una cartera de servicios complementaria para todos aquellos que tengan la condición de asegurado o beneficiario, de modo que podrán éstas facilitar el acceso a los extranjeros irregulares en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas de que no ostentaran la condición de asegurado²⁶. De ahí se explica ese panorama tan disperso y conflictivo que se crea con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Ahora bien, la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más peliaguda tras la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre de 2017 en el conflicto positivo de competencia núm. 4540-2012, interpuesto por el Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los artículos 1, 2 (apartados segundo y tercero), 3, 4, 5, 6 (apartados primero y segundo), 7 (apartados segundo y tercero) y 8 (apartados primero y segundo) y la Disposición Final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sorprende el retroceso y desnaturalización que del derecho al acceso a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares se produce tras esta sentencia²⁷. Y es que el Alto Tribunal nacional falla a favor del Estado al declinarse por estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el gobierno contra el Decreto núm. 114/2012 de 26 de junio “sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, en cual se incluía dentro de su ámbito de protección (artículo 1 y demás preceptos relacionados con el mismo) a “aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo”²⁸.

²⁵ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, págs. 99 y siguientes.

²⁶ ARZOLA ASTACIO, H. L.: “Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros”...op.cit., págs. 112, 113 y 114.

²⁷ Cabe citar, a este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016 de 21 de julio de 2016, por su estrecha relación en cuanto a los fundamentos jurídicos constitucionales que se utilizan en la STC de 16 de noviembre de 2017.

²⁸ Esta sentencia cuenta con el voto particular emitido por los magistrados: Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido, María Luisa Balaguer y Antonio Narváez.

Afirma el Tribunal Constitucional, tras un exhaustivo estudio al título competencial que otorga la Carta Magna en el artículo 149.1 apartado 16 y 17 de la CE²⁹, que “... el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE”³⁰. Recuerda que el hecho de que “el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social”. De igual modo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene declarando que “... a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)”³¹.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional resuelve de manera directa la cuestión competencial relativa al ámbito subjetivo del Sistema de Salud, pues hasta el momento la doctrina constitucional sólo venía desarrollando la concepción de las bases como un mínimo común uniforme, aunque mejorable por las Comunidades Autónomas³². Sin embargo, el Constitucional no se había pronunciado en cuanto al ámbito subjetivo de quienes podían ser asegurados o beneficiarios. A este respecto, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 3 es modificado por el RDL del año 2012.

Antes de la reforma del año 2012 se decía que eran titulares de los derechos a la protección de la salud y la asistencia sanitaria “a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos”. Sin embargo, el panorama se complica tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, ya que ahora se exige que el inmigrante esté en algunas de las siguientes situaciones: afiliado a la Seguridad Social, sea pensionista, perceptor de prestaciones por desempleo o se encuentre inscrito como demandante de empleo, ser familiar de estas personas en los términos del apartado 4, carecer de recursos económicos si no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores o, finalmente, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. La relevancia del cambio se encuentra, más concretamente, en la incorporación a la Ley 16/2003 de un nuevo número 3 ter a la mencionada disposición 3 que se refiere de forma clara y explícita a los extranjeros “no registrados ni autorizados como residentes en España”, a los que sólo se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria cuando se trate “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación del alta médica”, y también “de asistencia al embarazo, parto y postparto”, salvo que se trate de menores de 18 años y en cuyo caso “recibirán asistencia

²⁹ Cabecitar el estudio exhaustivo que, a este tema, realiza el profesor DURBÁN MARTÍN, I: “La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana”, en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia el TC en la sentencia 140/2017, de 30 de noviembre de 2017, de la que fue ponente el magistrado Alfredo Montoya, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra (publicada en el suplemento del BOE del 8 de enero).

³¹ Véase las Sentencias del TC 98/2004, de 25 de mayo; 136/2012, de 19 de junio y la 64/2017, de 25 de mayo.

³² La “*ratio decidendi*” de los tres votos particulares a esta sentencia gira en torno al amplio título competencial que interpreta el TC a favor de la legislación básica estatal. A este respecto, los magistrados discrepantes expresan su profundo desacuerdo con la tesis mayoritaria y, de hecho, la comparan con “un muro rígido e infranqueable” que restringe toda capacidad a las Comunidades Autónomas para establecer una normativa propia al respecto. En efecto, critican los tres magistrados que semejante línea interpretativa asentada por el TC equivale a otorgar al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad, lo cual, como resulta obvio, desvirtúa por completo el régimen de distribución competencial previsto en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. En otras palabras, el empadronamiento del extranjero irregular no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que exige además de residir en nuestro país que los extranjeros coticen a la Seguridad Social y paguen impuestos para así tener derecho a la tarjeta sanitaria.

Entiende el Tribunal Constitucional que el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, aclara que el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 de 21 de julio³³: “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud”, toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias son diferentes a los que se establecía anteriormente³⁴. Por todo ello, “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto”.

De acuerdo con este criterio doctrinal el artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio contradice la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. Así pues “conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad”. De igual modo, también contradice la normativa estatal el apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012 en cuanto que “... el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio”³⁵.

³³ Publicada en el BOE núm.196 de 15 de agosto de 2016.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”...op.cit., pág. 37.

³⁵ “Argumenta también que la determinación de los requisitos necesarios que van a posibilitar el acceso a la asistencia sanitaria pública, constituye una parte esencial del derecho a la protección de la salud que no puede ser regulado por decreto-ley. Este aspecto del real decreto-ley incurre en inconstitucionalidad por infracción del ámbito reservado a la ley y por la remisión en blanco a un reglamento para regular aspectos esenciales de un derecho del título I CE. Ambos vicios de inconstitucionalidad se trasladan por conexión al nuevo art. 3 *bis* de la Ley 16/2003 en el que se establece que el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y se hará de forma automática en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 3 de la Ley. Y por conexión también la disposición transitoria primera, con la que solamente se garantiza hasta el 31 de agosto de 2012, la asistencia sanitaria que algunas de las personas afectadas por estas medidas tienen reconocida por la legislación vigente» (Véase apartado D) del punto 2 de la sentencia de 139/2016, de 21 de julio).

En esta misma línea vuelve nuevamente a pronunciarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2017, de 14 de diciembre³⁶. En ese caso, el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Presidente del Gobierno con motivo del Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Según el citado Decreto-Ley podrán ser beneficiarias del derecho a la asistencia sanitaria las personas que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud (de acuerdo, con lo dispuesto en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) reúnan los siguientes requisitos: “. tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; acreditar que se está empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Valenciana un mínimo de tres meses; no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria; y, acreditar, mediante el informe social correspondiente, la imposibilidad de suscripción del convenio especial a que se refiere el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell. Las personas que accedan al sistema valenciano de salud en las condiciones establecidas en este Decreto-ley tienen acceso a la cartera común básica de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud” (Artículo 6, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia).

El Decreto-Ley 3/2015 de la Comunidad Autónoma Valencia extiende y mejora el acceso a las prestaciones sanitarias de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, pero que residen efectivamente en la Comunidad Valenciana, aun cuando no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago. Claramente, esta norma otorga una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplada por la normativa estatal, al incluir entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España. Por todo ello, al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal, el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015 es declarado, finalmente, por el Tribunal Constitucional como contrario a la Carta Magna al entender que vulnera el artículo 149.1.16 de la CE.

En ambas sentencias cabe lamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional haya olvidado aquella doctrina que ya había asumido en su Auto 239/2012, en donde afirmaba que “el derecho a la salud y la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad no podía verse desvirtuado por un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”³⁷. Esta evidente desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria que se ha asentado por el Constitucional hace tambalear peligrosamente las bases mismas que propugna la Norma Madre, en concreto, el principio de seguridad jurídica y, de otro lado, el derecho a una cuestión social. Arrastrando con ello el respeto a los derechos humanos y fundamentales de toda persona, lo cual coloca al colectivo de inmigrantes irregulares en una situación de absoluta vulnerabilidad. En definitiva, se ha experimentado en esta materia un grave retroceso que quiebra la consecución de una efectiva ciudadanía inclusiva.

³⁶ Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (Sentencia del TC 134/2017).

³⁷ Esta sentencia cuenta con los votos particulares discrepantes de tres magistrados: Fernando Valdés, Adela Asua y Juan Antonio Xiol.

La formación profesional para el empleo (Comentario a la Sentencia 71/2018, del Tribunal Constitucional)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (UAM)
Director del Bufete De La Villa
 <https://orcid.org/0009-0005-8456-8916>

DEDICATORIA

Somos el tiempo que hemos sabido no perder ...

A Fernando Valdés Dal-Ré

Él me dijo, en 1965, que fui su maestro y que de mí aprendió las bases del Derecho del Trabajo y adquirió la vocación de laboralista.

Yo, siempre, le dije que él ha sido maestro mío y de todos y que sin su aportación científica la doctrina laboral española sería mucho más pobre.

*La luz estaba a un lado
y en el otro la sombra,
uniéndolas un arco.*

JOSÉ MARÍA HINOJOSA LASARTE (1904-1936)
Orillas de luz. Málaga, Imprenta Sur, 1928.

I. EL CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIA

1. El Conflicto Positivo de Competencia se planteó por la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, [arts., 8.2, b), c), f), g), h), i) —excepto las obligaciones de los participantes y j)— 22.3, 23.3, párrafo segundo, 28.1, párrafo cuarto, 32.2, inciso final y disposición adicional cuarta.1], por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, reguladora del ‘sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral’.

2. Tras el trámite legal preceptivo, el conflicto fue resuelto por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 71/2018, de 21 de junio, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 25 de junio siguiente. Fue Ponente de la misma el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresó el parecer del Tribunal, sin ninguna disidencia.

II. LOS HECHOS Y LOS ARGUMENTOS QUE SOPORTAN LA DEMANDA

1. La controversia se encuadra en el ámbito de los arts. 149.1.7 CE y 170.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), con referencia y remisión a una docena larga de sentencias del propio Tribunal Constitucional, que determinan el sentido y alcance del fallo. Los siete motivos de conflicto planteados en la demanda, son los siguientes:

a) El *art. 8.2* remite a una orden ministerial el establecimiento de las bases reguladoras de las subvenciones dirigidas a financiar acciones normativas. Los aspectos a los que se refieren los *apartados b), c), f), g) i) —excepto las obligaciones de los participantes— y j)*, no forman parte de la esfera normativa de competencia estatal, debiendo integrarse en la regulación funcional sobre el ejercicio de las competencias ejecutivas, propia de la Generalitat (SSTC37/2013, de 14 de febrero y 81/2018, de 22 de junio, y las allí citadas).

b) El *art. 22.3* remite a una orden ministerial el desarrollo de un ‘procedimiento de acceso ágil y permanente’ de los trabajadores a los programas de cualificación y reconocimiento profesional. A diferencia del *art. 22.2* del Real Decreto 1224/2009, y pese a lo dispuesto en el *art. 10.1* de la Ley 30/2015, no contiene referencia alguna a la intervención de las Comunidades Autónomas, a pesar de que les corresponde el ejercicio de las competencias procedimentales de ejecución en esta materia, a fin de articular el servicio como crean oportuno. Se trata de un procedimiento de carácter interno para organizar el servicio que permita el acceso a estos programas, y que no produce efectos frente a terceros.

c) El *art. 23.3, párrafo segundo*, atribuye el Patronato de la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE) el establecimiento de los criterios del procedimiento, plazos y obligaciones que han de regir la financiación de las actividades de participación de las organizaciones intersectoriales representativas de los trabajadores autónomos y de la economía social, en orden a la detección de las necesidades formativas y del diseño, programación, y difusión de las acciones formativas dirigidas a estos colectivos (*art. 23.2*). Las actividades contempladas en el *art. 23.2*, previas a la configuración de la oferta formativa, tienen por naturaleza carácter ejecutivo, correspondiendo la competencia a la Generalitat cuando las organizaciones sean de ámbito territorial autonómico. La participación autonómica en el patronato de la FUNDAE no puede constituir un motivo para desplazar la competencia a favor del Estado. Las atribuciones del *art. 23.3, párrafo segundo*, afectan a la ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica.

d) El *art. 28.1, párrafo cuarto*, reserva al Servicio Público de Empleo estatal (SEPE) la gestión de subvenciones de programas formativos que incluyan compromisos de contratación cuando se trate de empresas con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma o entidades de ámbito estatal, y requieran movilidad geográfica de sus trabajadores. En la medida en que conecta con el *art. 15* de la Ley 30/2015, cabe trasladar, salvadas las diferencias, el criterio de la STC 81/2017 sobre la excepcionalidad de la centralización de las competencias ejecutivas. Constituye un uso legítimo del principio de supraterritorialidad, que no tiene en cuenta lo dispuesto por el *art. 115.2* EAC y que, basándose en criterios abstractos, nominalistas y formales, configura un supuesto de gestión centralizada sin justificación.

e) El *inciso final del art. 32.2* dispone que las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia penitenciaria deben financiar la formación profesional dirigida al colectivo de personas en situación de privación de libertad con cargo a los fondos generales que el SEPE distribuye anualmente para la financiación de la formación profesional para el empleo, en lugar de prever una partida específica. Esta modalidad de financiación resulta potencialmente lesiva para el orden competencial por la diferencia de trato financiero, con incidencia en el principio de lealtad institucional e invasión de la competencia autonómica por detrimento o menoscabo (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7).

f) La *disposición adicional cuarta.1* vulnera la competencia ejecutiva autonómica al disponer que el SEPE, en colaboración con la FUNDAE, gestionará las convocatorias de ayudas para la financiación de la formación para nuevas funciones encomendadas a los agentes sociales, pese a que el *art. 6-7* de la Ley 30/2015 nada dispone sobre la gestión centralizada de estas ayudas, como excepción al régimen general.

2. El conflicto fue admitido a trámite, dando traslado de la demanda, con su documentación adjunta, al Gobierno de la Nación, al objeto de que en el plazo de veinte días aportara sus alegaciones documentadas. Se acordó, igualmente, comunicar la incoación del conflicto a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a los efectos del art. 61.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

III. LA OPOSICIÓN DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

1. En sus alegaciones, coincide el Abogado del Estado con el encuadramiento del conflicto positivo de competencias en los arts. 149.1.7 CE y 170 EAC, solicitando la desestimación íntegra de las peticiones de la CAC.

2. En cuanto a sus argumentos jurídicos, siguieron el mismo orden de los motivos del conflicto, a saber:

a) La impugnación del *art. 8.2*, en sus respectivos apartados, tiene naturaleza preventiva, pues solo tras la aprobación de la orden ministerial podrá contrastarse si se incide en la potestad autonómica de autoorganización de los servicios. Además, al tratarse de materias que afectan a los derechos y obligaciones de los solicitantes de la subvención, beneficiarios y hasta participantes en las acciones formativas, no se trata de asuntos encuadrables en la esfera organizativa o doméstica. Los reglamentos autonómicos relativos a la competencia funcional de ejecución se limitan a los fines de organización, sin alcance reglamentaria *ad extra*.

b) La impugnación del *art. 22.3* presenta asimismo carácter preventivo como en el caso anterior. Asimismo, el procedimiento excede del ámbito doméstico y tiene incidencia *ad extra*, al focalizarse en la garantía de acceso a los programas de cualificación y reconocimiento profesional, para asegurar la igualdad de trato.

c) La impugnación del *art. 23.3* se corresponde con las atribuciones de la FUNDAE según el Real Decreto 694/2017, que no ha sido cuestionado por la Generalitat. Pero en todo caso se trata de una función estatal y concurre la excepcionalidad señalada en la STC 244/2012 por el ámbito estatal de los destinatarios y el contenido y naturaleza de las acciones financiadas, concurriendo además la necesidad de una coordinación homogénea para integrar los diversos componentes multisectoriales e interterritoriales implicados en la difusión de la oferta formativa. En otro orden de cosas, la participación autonómica en la FUNDAE permite hacer realidad la previsión del art. 170-1, b) EAC.

d) El *art. 28.1, párrafo cuarto*, construye la competencia estatal por excepción, al concurrir las circunstancias admitidas por la jurisprudencia constitucional respecto del art. 24.1, a) y b) de la Ley 30/2015.

e) El conflicto positivo de competencia no es apto procesalmente para la impugnación del *inciso final del art. 32.2*, toda vez que no se cuestiona la titularidad de la competencia y, ni siquiera, se alega invasión competencial. La cuestión es puramente fáctica o, en su caso, de legalidad ordinaria. Lo que se pretende es obtener un pronunciamiento imposible sobre cual deba ser la adecuada financiación de una competencia no controvertida. Además, la diferencia de trato alegada no responde a la realidad, ya que en el proceso de traspaso de la competencia de ejecución de la legislación penitenciaria a la CAC se transfirieron como coste efectivo las partidas económicas necesarias para la ejecución de las competencias en materia de formación profesional para el empleo de las personas reclusas, integrándose desde ese momento en el modelo o sistema de financiación de aquella Comunidad.

f) La *disposición adicional cuarta.1* responde a lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 30/2015 y se refiere a la formación de personal de las estructuras paritarias constituidas por los agentes sociales más representativos a nivel estatal, no siendo susceptible de fraccionamiento sin introducir un tratamiento heterogéneo (STS 244/2012). Se circunscribe al ámbito de la negociación colectiva

de ámbito estatal, y no obsta a la competencia de gestión autonómica respecto de la formación de los agentes sociales en su ámbito territorial.

IV. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

La sentencia abandona la linealidad de las alegaciones y contra-alegaciones habidas entre las partes y, aceptando como correcto el encuadramiento normativo del conflicto propuesto por aquéllas, entiendo reproducibles los argumentos de algunas sentencias anteriores del propio Tribunal, con el detalle que se irá anotando seguidamente. Y en cuanto al método expositivo de los fundamentos jurídicos, delimita tres bloques de preceptos, a saber:

1. Un ‘primer bloque de preceptos’ que impugnan la reserva a órganos estatales de funciones que corresponden a la competencia ejecutiva de la CAC, concretamente el art. 23.3, el art. 28.1 y la disposición final cuarta.1.

1.1. El *art. 23.3*, sobre la formación de los trabajadores autónomos y de la economía social, dispone la participación de las organizaciones intersectoriales representativas, y de aquellas otras con suficiente implantación en el ámbito de actuación, en la detección de necesidades formativas y en el diseño, programación y difusión de estas acciones formativas. Funciones que se financian con una partida específica de la FUNDAE. Y lo que se impugna por la CAC es la atribución al Patronato el establecimiento de los criterios para la financiación de tales funciones y otros criterios procedimentales. A partir de este dato, afirma la sentencia que la FUNDAE, en cuyo Patronato participan las Comunidades Autónomas, desarrolla todas sus actividades ‘en el ámbito de las competencias del Estado’ [art. 36.2.1), del Real Decreto 694/17 que no ha sido objeto de impugnación]. Se trata, además, y esto es determinante, de financiar la participación de estas organizaciones en actividades que se insertan en las funciones atribuidas al Estado para el conjunto del sistema, por su clara dimensión supraautonómica. En consecuencia, son extensibles los razonamientos recogidos en la STC 244/2012, según los cuales ... “la mera previsión de una estructura organizativa y de participación entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los agentes sociales implicados en el ámbito de la formación continua, en cuanto traslación de los principios generales de cooperación y colaboración, tiene por objeto favorecer la adecuada articulación del ejercicio de las respectivas competencias, y en esta medida tales previsiones no alteran el esquema de reparto competencial, ni impiden a la Comunidad Autónoma, en ejercicio de su potestad de autoorganización, la creación de los servicios o unidades propios que estime convenientes en orden al adecuado ejercicio de las competencias de ejecución que le han sido constitucionalmente atribuidas, siempre y cuando las funciones atribuidas a dichos órganos no vengan a sustituir las competencias de ejecución que son propias de las Comunidades Autónomas” (FJ 8).

De tal modo, se rechaza la impugnación del art. 23.3 del Real Decreto 694/2017.

1.2. El *art. 28.1, párrafo cuarto* regula las subvenciones correspondientes a acciones formativas, para desempleados que incluyan compromisos de contratación. Se impugna su párrafo cuarto que reserva al SEPE la gestión de estas subvenciones cuando los compromisos de contratación requieran la movilidad geográfica de los trabajadores y se adquieran por empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, o por entidades de formación acreditadas y/o inscritas de ámbito estatal. Como en el caso anterior, la sentencia cree necesario traer a colación la pretérita sentencia 81/2017, según la cual, la previsión de una gestión centralizada, enunciada por el art. 24.2, b) de la Ley 30/2015, cuando se trate de programas o acciones formativas que trasciendan el ámbito de una Comunidad Autónoma y sea necesario garantizar una acción coordinada y homogénea, no es si inconstitucional, si bien son criterios ... “que se plasmarán en las disposiciones que reglamenten —en el futuro— dichas acciones formativas, de manera que solo una vez que estas acciones formativas se concreten, deberá examinarse si concurren o no las circunstancias justificativas de la excepcionalidad determinante de la atribución al Estado de facultades de gestión” [FJ 6.b)].

Pero como también advertía la STC 22/2014, el ámbito geográfico supraautonómico y la exigencia de movilidad geográfica son condición necesaria, pero no suficiente, como excepción a la regla que atribuye la competencia ejecutiva a las Comunidades Autónomas, sino que ha de demostrarse, además, la necesidad de una coordinación unificada [FD 7, a)]. Y está consolidada la doctrina constitucional sobre esa demostración, en el sentido de que se puede producir ...”cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas, o bien cuando, además de tratarse de un fenómeno supraautonómico, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejecutada sobre él, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o coordinación y, por ello, requiera de un grado de homogeneidad que solo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad para integrar intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad ... Habrá de ser pues, de conformidad con estos parámetros, como ha de procederse [en] el examen pormenorizado de los preceptos impugnados (STC. 22/2014, FJ 2) ... Para llevar a cabo esta valoración, habrá de atenderse tanto a los argumentos aportados para fundamentar dicha excepcionalidad en la asunción de funciones ejecutivas (STC 194/2011, FJ 6) como a que se establezca un criterio de delimitación competencial congruente con el régimen jurídico de la materia de que se trate (STC 95/2013, FJ 7 y STC 81/2017, FJ 3)”, coincidente con la STC 88/2014, al analizar en conjunto el art. 6.4 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. Y, a la vista de esta doctrina, procede el examen de las dos modalidades previstas en el precepto impugnado.

Cuando los destinatarios sean entidades de ámbito estatal que adquieran para sí mismas los compromisos de contratación, se entenderán concurrentes las circunstancias justificativas de la excepcionalidad determinante de la atribución al Estado de las facultades de gestión, como han declarado las SSTC 244/2012 (FJ 7), 88/2014 (FJ 6) y 112/2014 (FJ 7). Distinto es el caso de las acciones formativas desarrolladas por empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma. La STC 178/2015, de 7 de septiembre, aborda la adecuación en orden a las competencias de un específico programa formativo con el que guarda mayor conexión la controversia trabada en el presente conflicto, entendiendo que la STC 88/2014 remite la decisión última a las concretas acciones formativas en que tengan plasmación los criterios generales establecidos en el art. 6.4 del Real Decreto 395/2007, dilucidando caso a caso si se produce o no una efectiva concurrencia de circunstancias que justifiquen la excepcionalidad determinante de la atribución al estado de las facultades de gestión (FJ 6). De modo que, respecto del art. 28.1, párrafo cuarto del Real Decreto 694/2017:

- I) No basta con que el ámbito de ejecución sea supraautonómico, es necesario también que la gestión sea estatal. En otro caso al Estado solo compete es ... “fijar con la debida precisión los puntos de conexión que permitan la ejecución autonómica de las medidas” (STC. 113/2013, de 9 de mayo, FJ 6).
- II) La existencia de centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma no justifica *per se* la competencia estatal, al ser una razón insuficiente para proceder a la centralización total de la gestión de las ayudas (STC 38/2012, de 26 de marzo, FMJ 5).
- III) Según doctrina de las SSTC 178/2015 y 25/2015 ... “la movilidad geográfica no es por sí misma una razón suficiente para proceder a la centralización total del régimen de otorgamiento y de gestión de las ayudas, pues el ejercicio de las competencias de gestión de las mismas por parte de la Comunidad Autónoma cabría siempre en la medida en que el programa que se ejecute en su propio territorio ... la fijación en la normativa de criterios precisos reduce la discrecionalidad e intensifica la conexión con el objeto perseguido, haciendo aún más inexcusable la gestión autonómica de las subvenciones. Y ello resulta

todavía más patente en una materia como la laboral, en la que corresponde al Estado la competencia plena sobre la regulación” (FJ 8).

- IV) Y finalmente, con apoyo en otras varias sentencias pretéritas, se reitera que la necesidad de coordinación estatal no se solventa reservando al Estado la competencia ejecutiva, sino a través de la competencia de coordinación general que ostenta, como complemento inherente a su competencia en la materia, para garantizar que no haya disfunciones y que presupone la existencia de competencias de las Comunidades Autónomas que deben ser coordinadas y que el Estado debe respetar al desarrollar su función de coordinación, sin que ello pueda suponer la invasión y el vaciamiento de las mismas (STC 194/2004, FJ 8). Es decir, que la coordinación estatal no supone ...”una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma; antes bien, presupone lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada (STC 27/1987), por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen [STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 20 e)]”. De modo que no habiendo aportado el Abogado del Estado argumentos adicionales que permitan al Tribunal apreciar la concurrencia de circunstancias concurrentes diferentes a las que fueron tenidas en cuenta por la STC 178/2015,

Se estima la impugnación y se declara la inconstitucionalidad y la nulidad del párrafo cuarto del art. 28.1 del Real Decreto 694/2017, en el inciso ... ‘empresas que tengan sus centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma’.

1.3. La impugnación de la *disposición adicional cuarta.1* se funda en atribuir al SEPE, en colaboración con la FUNDAE, la competencia para gestionar las convocatorias de subvenciones dirigidas a financiar la formación de los agentes sociales para el desarrollo de las funciones que les atribuye la Ley 30/2015, invocando la STC 244/2012 (FJ 7). Sin embargo, se aprecia que la regulación de las actividades reguladas por el citado precepto legal está recogida en el art. 37.3 del Real Decreto 694/2017, que no ha sido impugnado por la CAC.

Las subvenciones cuya gestión se controvierte por quedar reservada al SEPE desarrollan otro precepto de la Ley 30/2015 y atienden a una finalidad distinta: la disposición adicional cuarta.1 se dicta de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.7 de la Ley 30/2015, que prevé una partida anual, a establecer en la LPGE, para la financiación de las acciones formativas destinadas a la capacitación para el desarrollo de las funciones relacionadas con la negociación colectiva y el diálogo social. Realizada esta delimitación, la disposición impugnada contempla por tanto unas ayudas dirigidas a la formación interna del conjunto de los agentes sociales, sin especificar su ámbito sectorial o territorial de actuación, o las características de las acciones formativas. Se establece su gestión centralizada sin justificar en ningún momento la concurrencia de las circunstancias excepcionales que pueden llevar a admitir la utilización de la supraterritorialidad como criterio determinante para la atribución o el traslado de la titularidad de competencias al Estado, en ámbitos reservados como regla general a la gestión autonómica, según ha reiterado este Tribunal (por todas, STC 81/2017, FJ 3).

Hay que apreciar que el art. 6.7 de la Ley 30/2015 se limita a prever una partida anual a este fin, sin recoger criterio alguno acerca de su gestión. En este marco legal, ni la disposición adicional cuarta.1 impugnada, ni las alegaciones del Abogado del Estado aportan elemento alguno que permita entrar en la inexcusable valoración de las circunstancias que pueden justificar la gestión centralizada de las subvenciones en este ámbito competencial. De manera que esta disposición adicional altera injustificadamente la regla general que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia ejecutiva, un supuesto fuera de los casos expresamente previstos por el bloque de constitucionalidad (STC 81/2017, FJ 5 y las allí citadas).

En consecuencia, se declara la inconstitucionalidad y la nulidad del párrafo primero de la disposición adicional cuarta.1 del Real Decreto 694/2017.

2. Resueltas de ese modo las impugnaciones referidas a los arts. 23.3, 28.1 y disposición adicional cuarta.1 del Real Decreto 694/2017, la sentencia entra en un llamado ‘segundo bloque de preceptos’, que remite a un desarrollo reglamentario por orden ministerial la regulación de aspectos que, a criterio de la CAC, son de competencia autonómica. Es el caso de los arts. 8.2 y 22.3 del citado Real Decreto. Asunto sobre el que ya se pronunció la STC 123/2014, según la cual ... “la invasión denunciada, de producirse, sería atribuible a la Orden ministerial que estableciera las bases de las subvenciones, pero nunca al precepto aquí discutido”, lo que supone que el conflicto sea prematuro y preventivo, fuera del enjuiciamiento del Tribunal.

2.1. Respecto del art. 8.1, apartados b), c), f), g) i) —*excepto las obligaciones de los participantes—y j)*, las previsiones impugnadas se refieren a aspectos procedimentales cuya regulación *ratione materiae* corresponde al Estado, como único titular de la competencia normativa al articular la relación de los solicitantes o beneficiarios con la Administración gestora de la subvención: la iniciación [subapartado b)], la instrucción, incluyendo la selección de los participantes [subapartados c) e i)] Y la resolución del procedimiento de concesión [subapartado f)]. Las restantes previsiones implican derechos y obligaciones, también formales de los beneficiarios, que encajan sin dificultad alguna en la competencia normativa estatal; la comunicación del inicio y la ejecución de la actividad subvencionada [subapartado g)], la justificación y el pago de la subvención [subapartado h)], los incumplimientos y los reintegros [subapartado j)]. El único supuesto capaz de incidir en la competencia autonómica es el subapartado c), en cuando menciona al órgano colegiado que debe intervenir en el procedimiento de concesión. Pero es una previsión que responde a lo dispuesto en el art. 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, que regula el procedimiento ordinario de concesión de cualquier tipo de subvención en régimen de concurrencia competitiva. Y según la STC 130/2013, de 4 de junio, son “determinaciones específicamente organizativas, pero que inciden directamente en las garantías del beneficiario a través del principio de separación entre los órganos instructor, proponente y competente para resolver, y mediante la previsión de un órgano colegiado cuya composición concreta y forma de funcionamiento no se determina por el legislador básico, dejando en este punto un margen suficiente para la legislación autonómica de desarrollo y salvando las especialidades que pudieran derivarse de la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas. En definitiva, aunque el párrafo segundo del art. 21.2 condiciona esta capacidad autonómica de autoorganización e incide muy directamente en el procedimiento concesional dada la finalidad garantista del precepto y su relación de complementariedad con el párrafo primero, ha de ser también incardinado más específicamente en la materia ‘bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas’ (art. 149.1.18 CE). La base establece un órgano colegiado (como es, por otra parte, habitual en supuestos de resolución de procedimientos en concurrencia) como elemento de garantía del acierto y objetividad en la toma de decisiones del procedimiento a seguir, pero dejando campo normativo para el ejercicio de las competencias autonómicas en la configuración de ese órgano colegiado, tanto por lo que se refiere a su composición como a su forma de funcionamiento, con respeto, claro está, en este extremo, a las reglas básicas en cuanto al funcionamiento de los órganos colegiados” [FD 10, a)].

No se aprecia por tanto tacha de inconstitucionalidad en el art. 8.1, apartados b), c), f), g) i) —excepto las obligaciones de los participantes—y j).

2.2. El art. 22.3 también remite a Orden ministerial el desarrollo de un procedimiento de acceso ‘ágil y permanente’ de los trabajadores ocupados y desempleados a los programas de cualificación y reconocimiento profesional, es decir programas que combinan el reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral (Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio) con una oferta de formación modular para la obtención de los certificados de profesionalidad. Pero tampoco en este caso se ha desbordado la competencia estatal, sin que obste a esta conclusión que el

art. 10.1 de la Ley 30/2015 llame a las Administraciones competentes a ‘desarrollar’ estos programas. De las diversas acepciones de ese vocablo no cabe acoger la que implicaría una competencia de ‘desarrollo normativo’, pues como es evidente una ley ordinaria no puede atribuir a una Comunidad Autónoma una competencia de la que carece en el bloque de constitucionalidad, según confirman los arts. 149.1.7 CE y 170.1 EAC. Por otro lado, la STC 194/2012, de 31 de octubre, al enjuiciar el Real Decreto 1506/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen las directrices de los certificados de profesionalidad (antecedente directo del Real Decreto 1224/2009), determinó que corresponde al Estado fijar los requisitos y procedimientos para la evaluación y acreditación de las competencias a efectos de la obtención de un certificado de profesionalidad, la definición de los requisitos personales y materiales necesarios para desarrollar la formación, los requisitos que han de cumplir los integrantes de las comisiones evaluadoras, y la propia composición de las mismas. Solo hizo excepción de las reglas de funcionamiento de las comisiones de evaluación, por poseer una dimensión meramente aplicativa, relacionada directamente con la organización de los servicios que han de realizarla.

En consecuencia, tampoco el art. 22.3 incurre en tacha de inconstitucionalidad.

3. Y, finalmente, un tercer bloque de preceptos, si así quiere calificarse por simetría con los dos anteriores, vendría dado por la impugnación del *inciso final del art. 32.2*, según el cual, corresponde al SEPE la gestión profesional para el empleo de las personas en situación de privación de libertad, salvo en el supuesto de Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia penitenciaria. Pero en realidad la impugnación se refiere a la no consignación de una partida específica, financiándose por el contrario con cargo a los fondos generales distribuidos anualmente por el SEPE para atender los gastos de la formación profesional para el empleo. De manera que no se pone en cuestión la competencia de gestión de estas acciones formativas, sino que la CAC denuncia una invasión de la competencia autonómica por detrimento o menoscabo, debida a la diferencia de trato financiero, al no prever una financiación específica para Cataluña, que sin embargo ejerce la competencia de ejecución penitenciaria, lo que comporta un condicionamiento negativo y desleal de su actividad en este ámbito.

La desestimación se funda en las alegaciones del Abogado del Estado, según las cuales el traspaso de servicios a la Generalitat, en materia de Administración penitenciaria, incluyó las partidas presupuestarias correspondientes al ‘aprendizaje y formación profesional de la población reclusa (Real Decreto 3482/1983). A partir de la fecha de efectividad de los traspasos, su financiación, incluida en un primer momento en el cálculo del coste efectivo, se integra en el sistema general de financiación de las C Comunidades Autónomas, regido por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre. Y en los términos de la STC 109/2011, de 22 de junio ...”desde el punto de vista de la suficiencia, la obligación de garantizar el coste de los servicios transferidos se asume en el conjunto del sistema de financiación y no por relación a cada una de las concretas competencias que se transfieren, sin perjuicio de que el coste efectivo de las mismas fijado con ocasión de la transferencia ... exprese inicialmente la vinculación que debe existir entre los recursos de una Comunidad y las concretas competencias que haya asumido ... Su dotación inicial se fijará en Comisión Mixta de Transferencias y, en años sucesivos, únicamente podrá ser objeto de revisión en los supuestos legalmente previstos, entre los que se encuentra el traspaso de nuevos servicios o la ampliación o revisión de valoraciones de traspasos anteriores” (FJ 6).

La conclusión es que el art. 32.2 no incurre en tacha de inconstitucionalidad.

V. EL FALLO

Literalmente, en el fallo del Tribunal se decide:

“1º) Estimar parcialmente el conflicto positivo de competencia nº 5240-2017 y declarar que son contrarios al orden constitucional de distribución de competencias y, en consecuencia,

inconstitucionales y nulos, el párrafo cuarto del art. 28.1 en el inciso ‘empresas que tengan centros de trabajo en más de una comunidad autónoma’ y el párrafo primero de la disposición adicional cuarta.1 del real decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

2º) Desestimar el conflicto en todo lo demás”

VI. COMENTARIO FINAL

Una sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional despersonaliza seriamente la aportación personal del Ponente, al menos por tres consideraciones: primera, por el peso de los precedentes, de fuerza vinculante cuando se trata de resoluciones del propio TC, como ocurre en el presente caso, prácticamente decidido antes de plantearse el conflicto por la docena larga de las sentencias anteriormente dictadas y citadas. Unido lo anterior al concienzudo trabajo del o de los letrados que preparan el ‘borrador’ de la sentencia y, desde luego, por el peso de la opinión de todos y cada uno de los Magistrados que integran el Pleno, los doce en este caso, frente a cuya posición mayoritaria de poco contará la personal del Ponente, caso de no coincidir con aquélla.

A lo que se añade, en el supuesto de autos, una cuarta razón, relativa al menor interés ‘político’ del asunto tratado, perfectamente calificable de ‘asunto menor’ en el área de las cuestiones sociales reguladas por el ordenamiento laboral, salvando por supuesto el reconocimiento de que toda sentencia delimitadora de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es de suyo una sentencia relevante, no solo por el caso resuelto respecto de una determinada Comunidad, sino por la proyección a cuantas otras Comunidades Autónomas se encuentren en situaciones similares. Pero, desde luego, nada parecido a lo que ocurre cuando se somete al Alto Tribunal una cuestión de primer orden —propiciadora con frecuencia de votos particulares disidentes de la mayoría, sin que sea necesario proponer ejemplos de sobra conocidos— o cuando se trata de redactar individualmente un ‘voto particular’, pues en ese trance el Magistrado hace valer una opinión personal, generalmente bien argumentada y documentada, contrastando su carencia de validez jurídica ‘normativa’, con su trascendencia jurídica ‘doctrinal’. Inmejorable ocasión para afirmar que en su trayectoria de Magistrado constitucional Fernando Valdés Dal-Ré acreditó una formación jurídica excepcional y una independencia de criterio a toda prueba, brillando en cuantas actuaciones llevan su firma y, muy especialmente, en sus espectaculares ‘votos particulares’ de una consistencia jurídica unánimemente reconocida.

Sobre la competencia de las comunidades autónomas en materia de jornada de trabajo de sus empleados públicos (A propósito de la STC 78/2018, de 5 de julio)

JAVIER GÁRATE CASTRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

 <https://orcid.org/0000-0002-1109-7245>

I.

A lo largo de su actividad como Magistrado del Tribunal Constitucional, Fernando Valdés Dal-Ré, al que agradezco el haberme brindado la oportunidad de aprender, leyéndole y oyéndole, tantas cosas sobre el Derecho, en general, y sobre el Derecho del Trabajo, en particular, ha intervenido como ponente, si no me equivoco, en ciento setenta y cinco sentencias, la mayor parte de las cuales abordan asuntos ajenos a la disciplina jurídica a la que me dedico y en la que aquel forma parte de la mejor doctrina y ha alcanzado y conserva la condición de maestro, algo que es muy conveniente recordar a los jóvenes profesores, en cuyos escritos vengo descubriendo una cierta tendencia a prescindir u olvidarse de los fundamentos dogmáticos de dicha disciplina aportados tanto por el propio Fernando Valdés-Dal Ré como por otros igualmente reconocidos maestros de ella. Partiendo de que la finalidad de este número extraordinario de la Revista Derecho de la Seguridad Social y de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo es rendir justo homenaje a nuestro gran iuslaboralista a través del análisis de sus aportaciones a la doctrina social del Tribunal, debemos aceptar que, por fuerza, el interés y la importancia de esas aportaciones depende del interés y de la importancia de los asuntos objeto de las correspondientes sentencias. En este sentido, sin perjuicio del agrado con que asumo el comentario de la sentencia que me ha sido adjudicada, no me parece discutible que las cuestiones sometidas al enjuiciamiento del Tribunal llevan, por su naturaleza, a que las aportaciones del tipo indicado sean claramente modestas y estén lejos de las muy destacadas realizadas por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en otras sentencias predominantemente «sociales» en las que ha tenido oportunidad de tratar relevantes problemas relacionados con la libertad sindical, la negociación colectiva, el empleo, el despido, la no discriminación en las relaciones laborales, etc.

II.

Resuelve la sentencia aquí considerada, del Pleno del Tribunal Constitucional, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra dos de los preceptos de la Ley 10/2016, de 27 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017. Uno de esos preceptos es el art. 36.1, que estableció la posibilidad de que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía autorizase a las corporaciones locales, de forma excepcional, con los límites y requisitos previstos en los apartados 2 a 9, ambos incluidos, de igual artículo, a realizar pagos anticipados de tesorería a cuenta de recursos que hubieran de percibir con cargo al presupuesto por participación en los ingresos del Estado o en los tributos de dicha Comunidad Autónoma. Cabe recordar que el art. 142 de la CE vincula tal participación a los «medios suficientes» de que deben disponer las haciendas locales para el «desempeño las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas».

Sobre el asunto al que se acaba de hacer referencia distingue el Tribunal entre la regulación de los criterios de reparto de las participaciones de las entidades locales en los ingresos del Estado, la cual,

de acuerdo con consolidada doctrina constitucional, es competencia exclusiva de este¹, y la gestión de las referidas participaciones por parte de una comunidad autónoma, admisible en la medida en que no altere aquellos criterios de reparto establecidos por la normativa estatal. Pues bien, tras examinar el contenido del citado art. 36.1 y los límites y condiciones a los que los demás apartados del artículo supeditan los pagos anticipados de que se trata, el Tribunal concluye que la disposición normativa de la comunidad autónoma en modo alguno afecta a los indicados criterios estatales de reparto e importe de las participaciones en los ingresos del Estado adjudicadas en su virtud, pues semejantes pagos, cuya realización forma parte de la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con las entidades locales (art. 192.3 y 5 del Estatuto de Autonomía para Andalucía), operan «solo una vez que tales participaciones han sido ya repartidas presupuestariamente a los entes locales, que esperan por tanto su percepción futura», y «no son por su propia naturaleza susceptibles de modificar el régimen de participación en ingresos estatales»²; «su efecto se limita a un adelanto de fondos con cargo a créditos, una vez que estos han sido incorporados en el presupuesto»³ o, lo que es igual, a «adelantar a las entidades locales una cantidad equivalente a la que ya ha sido incorporada en los estados de ingresos correspondientes»⁴.

Descartado que implique una modificación de los criterios estatales de reparto de las participaciones en los ingresos del Estado, resta por determinar si la expresada regulación de los anticipos autonómicos en cuestión se opone a la de los anticipos que el propio Estado prevé en su legislación. La respuesta del Tribunal es igualmente negativa, pues, aparte de que la normativa andaluza impide la concesión de un anticipo autonómico a la corporación local que ya hubiera obtenido uno estatal⁵, «la regulación de los anticipos estatales, en cuanto herramienta presupuestaria, se ciñe (...) al propio presupuesto del Estado, por lo que no tiene ninguna incidencia en los anticipos que las comunidades autónomas puedan establecer, de acuerdo con sus competencias en materia presupuestaria, que incluyen (...) la competencia para regular su propia hacienda y, en particular, las normas sobre sus propios presupuestos»⁶.

III.

Como ya habrá apreciado el lector, la impugnación del mencionado precepto de la Ley 10/2016 no da ocasión a que el Tribunal pueda realizar aportación alguna relacionada con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ampliamente entendido. No sucede lo mismo con el análisis del otro precepto de dicha Ley igualmente impugnado, el párrafo segundo del art. 13.2. Semejante análisis, contenido en el fundamento 2 de la sentencia, permite al Tribunal pronunciarse sobre una cuestión que afecta al desarrollo de las relaciones de empleo público. Para ser más precisos, a un punto muy concreto de las relaciones de empleo público: el relativo a la duración de la jornada de trabajo, sobre la cual ese segundo precepto permitía que en el sector público andaluz se pudieran celebrar, durante el año 2017, contratos de personal laboral temporal y nombramientos de personal estatutario temporal o de funcionario interino, «al objeto de mantener la calidad en la prestación de los servicios públicos», en aquellos ámbitos en que fuera necesario «reforzar la plantilla existente para hacer efectiva la aplicación de la jornada laboral ordinaria de 35 horas semanales de promedio

¹ En este punto, trae a colación la sentencia y da por reproducidos los fundamentos jurídicos 2 y 3 de la STC 331/1993, de 12 de noviembre, 7 y 8 de la STC 96/1990, de 24 de mayo, 31 de la STC 233/1999, de 16 de diciembre, 36 y 140 de la STC 31/2010, de 28 de junio, y 3.b) de la STC 41/2016, de 3 de marzo.

² Fundamento jurídico 5 de la sentencia.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Art. 36.5 de la Ley 10/2016, cit.: «No podrá concederse un anticipo a aquella Corporación que lo solicite, cuando esta hubiese obtenido anteriormente un anticipo con cargo a una participación de la misma naturaleza que la solicitada, en tanto no transcurra un año a contar desde la fecha de su concesión, y siempre que haya sido reintegrado en su totalidad».

⁶ De nuevo, fundamento jurídico 5 de la sentencia. Cfr. arts. 17 y 21 de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, así como art. 190 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

en cómputo anual, garantizando el normal funcionamiento de las unidades o centros públicos». La implantación o, mejor, el restablecimiento de tal jornada se había llevado a cabo por el artículo único del Decreto-ley de la Junta de Andalucía 5/2016, de 11 de octubre, por el que se regula la jornada de trabajo del personal empleado público de la Junta de Andalucía⁷. Precisamente, el precepto de la Ley 10/2016 atacado —el art. 13.2— venía a ser complementario o instrumental respecto de lo dispuesto en el mencionado Decreto-ley, el cual, recurrido también por la Presidencia del Gobierno, se declaró inconstitucional y nulo por la STC 142/2017, de 12 de diciembre.

IV.

Vaya por delante que en el anterior punto me refiero a la parte del análisis que afecta, empleando términos de la propia sentencia, al «fondo de la controversia», pues la otra parte versa, de un lado, sobre la norma estatal a utilizar como parámetro de contraste a la hora de juzgar constitucionalidad cuestionada y, de otro, sobre la determinación de si ha perdido su objeto la impugnación de un precepto como el indicado, de cuya redacción se infiere que sus efectos se limitaban al ejercicio presupuestario correspondiente al año 2017 y, por lo tanto, ya no estaba en vigor en el momento de resolverse el recurso. Ambas cuestiones son resueltas por el Tribunal aplicando, sin rodeos, su doctrina al respecto. De acuerdo con ella, la norma estatal de contraste que hay que tener en cuenta solo puede ser aquella que estaba en vigor en el ejercicio presupuestario de 2017 ordenado por la ley autonómica a la que pertenecen los preceptos contra los que se dirige el recurso de inconstitucionalidad⁸; esto es, la Ley 10/2016. Así las cosas, ha de estarse a las reglas sobre la jornada de trabajo en el sector público previstas en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; tales reglas, en vigor en el ejercicio de 2017, diferían de las que se introducirían posteriormente, en su sustitución, por la disposición adicional centésima cuadragésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, menos restrictivas, pues, aunque mantuvieron la duración de «la jornada de trabajo general en el sector público» en treinta y siete horas y media de promedio en cómputo anual, pasaron a permitir que las Administraciones Públicas autorizasen a sus entidades de derecho público o privado y organismos dependientes el establecimiento de «otras jornadas ordinarias de trabajo u otro reparto anual de las mismas», siempre que ello no afectara «al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, deuda pública y la regla de gasto, así como al objetivo de temporalidad del empleo público en el ámbito respectivo», fijado en el ocho por ciento de las plazas de naturaleza estructural⁹.

En cuanto a la cuestión de la pérdida del objeto del recurso, observa el Tribunal que se está ante una de las situaciones que actúan como excepción de la regla general que atiende a la «depuración objetiva del ordenamiento» perseguida por las pretensiones de inconstitucionalidad, la cual conduce a que carezca de sentido el «pronunciarse sobre normas que el propio legislador ya ha expulsado del ordenamiento jurídico». Vista su doctrina sobre el particular¹⁰, según la cual en la impugnación de disposiciones legales que originan controversias competenciales o que despliegan efectos limitados en el tiempo, como es el caso de las leyes de presupuestos o las que rigen el sistema de financiación autonómica, la expresada circunstancia —el término de la vigencia de la disposición de que se trate—

⁷ Según el citado artículo (apartado 1), «a partir del 16 de enero de 2017» el personal de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus instituciones y agencias administrativas, de sus agencias de régimen especial y de sus agencias públicas empresariales, sociedades mercantiles del sector público y consorcios, fundaciones y otras entidades públicas recuperarían «la jornada ordinaria de trabajo de treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual, cuando así lo tuviese reconocido con anterioridad en su regulación específica».

⁸ En este punto, se trae a colación el fundamento jurídico 4 de la STC 94/2015, de 14 de mayo.

⁹ Téngase en cuenta que esas nuevas reglas, establecidas en 2018, han sido modificadas por el apartado Dos de la disposición final vigésimo octava de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

¹⁰ Que aparece, sin ánimo exhaustivo, en los fundamentos jurídicos 2 de la STC 3/2003, de 16 de enero, 1 de la STC 13/2007, de 18 de igual mes, 2 de la STC 248/2007, de 13 de diciembre, 2.a) de la STC 2004/2011, de 15 de igual mes, y de la STC 100/2013, de 23 de abril, y 2.b) de la STC 76/2014, de 8 de mayo

«no determina, por sí misma, la pérdida de objeto [del recurso], porque ello supondría negar sin más la posibilidad de control» por parte de la jurisdicción constitucional y crear «un ámbito normativo (estatal o autonómico) inmune» a tal control, concluye la sentencia que se comenta que la impugnación que debe resolver, consistente en «una controversia de carácter competencial referida, además, a una norma de vigencia limitada en el tiempo», mantiene su objeto.

V.

Las reglas sobre jornada de la Ley 2/2012 a las que se viene haciendo referencia, igual que las posteriores sobre la misma materia contenidas en la Ley 6/2018, incluidas las que toman nueva redacción con la Ley 31/2022, forman parte de un precepto que se declara de «carácter básico» y dictado al amparo de las competencias exclusivas del Estado contenidas en el apartado 1.7.^a, 1.13^a y 1.18.^a del art. 149 de la CE. Semejante carácter básico y cobertura constitucional implica, siempre que sea aceptado¹¹, claro está, que las comunidades autónomas deban adaptar a ellas —a sus límites y requisitos—, mientras mantengan su vigencia, so pena de vulnerar el orden constitucional de competencias, la normativa con la que ya cuenten o la que adopten en un futuro. En este sentido, bajo la vigencia de las reglas contenidas en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, cuya constitucionalidad tuvo oportunidad de declarar la STC 99/2016, de 25 de mayo¹², no era posible ni admisible que una comunidad autónoma pudiese adoptar disposiciones normativas fijando para sus empleados públicos jornadas de trabajo de duración inferior a las treinta y cinco horas semanales de promedio en cómputo anual, como tuvo oportunidad de declarar el propio Tribunal en su sentencia 158/2016, de 28 de septiembre, relativa al establecimiento de esa jornada por el art. 1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 7/2015, de 2 de diciembre¹³, así como en su sentencia 142/2017, de 12 de diciembre, relativa al establecimiento de igual jornada de trabajo por el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 5/2016, de 11 de octubre, del que es norma complementaria o instrumental, según he indicado, el párrafo segundo del art. 13.2 de la Ley 10/2016.

¹¹ Véase nota siguiente.

¹² Desestimando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra la mencionada disposición adicional (véanse fundamentos jurídicos 7 y 8 de la sentencia) y con voto particular formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, advirtiendo, entre otras cosas: 1) que «una disposición que fija la duración mínima de la jornada de trabajo para el conjunto del sector público no puede ser considerada, en su perspectiva material, como norma que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18^a CE)»; 2) que según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, «una norma merece el calificativo de básica cuando garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales»; 3) que la garantía de ese común denominador «debe permitir que cada comunidad autónoma introduzca, en persecución de sus propios intereses, las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia dibuje el bloque de la constitucionalidad», siendo «evidente que la norma (formalmente básica) que aquí se discute no deja margen a las comunidades autónomas para introducir tales peculiaridades, en ejercicio de sus legítimas competencias, en consideración a su sistema institucional y a la potestad de autoorganización proyectada en la configuración de los servicios públicos que gestionan»; 4) que, «por más que se pueda coincidir en que la regulación de la jornada de trabajo de los empleados públicos concierne al régimen de “derechos y deberes” propio del estatuto de los funcionarios públicos, no se puede identificar sin más ese ámbito material con las “bases del régimen estatutario” o, lo que viene a ser lo mismo, apelando de forma rutinaria a la retórica de la “mínima homogeneidad”»; y 5) que, aun en el supuesto de entenderse que la expresada regulación de la jornada de trabajo de los empleados públicos forme parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, la regla introducida por la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 debería haber sido declarada inconstitucional por infringir el art. 134.2 de la CE, al versar sobre una materia que excede, de acuerdo con la propia doctrina del TC, de las que tal precepto consiente que puedan ser objeto de regulación por las leyes de presupuestos.

¹³ De acuerdo con la cual «resulta incompatible» con la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 «una norma autonómica que determine una duración de la jornada de trabajo que sea inferior» (fundamento jurídico 6). La sentencia cuenta con un nuevo voto particular formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré expresando que las razones de su discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia «son las que ya quedaron especificadas» en su voto particular a la STC 99/2016.

VI.

Por lo que concierne al fondo de la controversia que subyace en la impugnación del ahora contemplado párrafo segundo del art. 13.2 de la Ley 10/2016, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2017, tanto la respuesta del Tribunal declarando su inconstitucionalidad como el razonamiento que lleva a ella nada tienen que ver con la conclusión a la que llega el ponente de la sentencia en sus sendos votos particulares a las sentencias del igual Tribunal 99/2016 y 158/2016, así como en su también voto particular a la sentencia 142/2017, en el que venía a postular, remitiéndose a aquellos votos particulares, la constitucionalidad del Decreto-ley de la Junta de Andalucía del que era complemento lo dispuesto en aquel párrafo segundo del art. 13.2 de la Ley 10/2016. En cualquier caso, no me ofrece duda que el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, aunque haya debido seguir, en su condición de ponente, muy a su pesar, el criterio establecido en esas sentencias, seguía manteniendo lo expuesto en los referidos votos particulares. De no haber sido ponente, hubiera formulado, sin duda, un nuevo voto particular, en la línea de los suyos anteriores y, por lo tanto, sosteniendo la constitucionalidad del precepto autonómico por no entrar en contradicción con la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, la cual, a su juicio, además de no poder ser considerada norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos *ex art. 149.1.18 CE*¹⁴, no respetaba «los límites fijados por la jurisprudencia constitucional en relación con los límites de las leyes de presupuestos, derivados del art. 134.2 CE»¹⁵.

La previa declaración de inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley 5/2016, del que es instrumental el párrafo segundo del art. 13.2 de la Ley 10/2016, es razón suficiente y única para que la sentencia aquí comentada también declare la inconstitucionalidad y nulidad de ese precepto. Con un laconismo que bien puede tomarse como expresión del disgusto del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, la sentencia se limita a manifestar¹⁶ que, «una vez que el citado Decreto-ley ha sido declarado inconstitucional en la STC 142/2017, de 12 de diciembre, debe ahora declararse igualmente la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 13.2 de la Ley 10/2016, impugnado en este proceso, por ser su contenido complementario al de la regulación de la jornada». *Eppur si muove*; si el lector desea conocer la verdadera posición de Fernando Valdés Dal-Ré sobre el asunto debe olvidarse

¹⁴ Por las razones puestas de relieve en el apartado 1 del voto particular a la sentencia 99/2016, resumidas en la nota 12 del presente comentario.

¹⁵ Voto particular a la sentencia 158/2016. No respetaba los aludidos límites por las razones puestas de relieve en el apartado 2 del voto particular a la STC 99/2016: la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012 constituye «una norma con vocación de permanencia en el tiempo, que cambia sustancialmente los criterios que previamente informaban la regulación de la jornada y cuya ubicación natural sería, en consecuencia, la legislación específica que regula dicha materia», de modo que «puede afirmarse que la imposición de una jornada mínima que efectúa (...) supone *de facto* una modificación del art. 47 del estatuto básico del empleado público», en relación con los funcionarios, así como del art. 51 de igual texto legal y del art. 34.1 del ET, en relación con el personal laboral. Dicha disposición adicional incumple «palmarmente uno de los límites que impone la doctrina constitucional a las leyes de presupuestos», las cuales, aun cuando pueden abordar una modificación directa y expresa de cualquier otra norma legal, han de hacerlo «respetando los condicionamientos que para su incorporación al contenido eventual del instrumento presupuestario ha exigido este Tribunal», siendo «más que dudosa la conexión directa de la fijación de la jornada mínima en el sector público con los gastos del Estado y con los criterios de política económica, pues su repercusión es a lo sumo mediata, en cuanto que no incide en los ingresos públicos y tampoco en el gasto efectivo, para el que resulta neutral». En cualquier caso, «incluso admitiendo a efectos dialécticos esa conexión, se incumple otra exigencia» establecida por este Tribunal, según el cual (fundamento jurídico 4 de las sentencias 238/2007, de 21 de noviembre, y 248/2007, de 13 de diciembre), «lo que no puede hacer la Ley de presupuestos es, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. La Ley de presupuestos, como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar, en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con su desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica contrarias al art. 9.3 CE».

¹⁶ Fundamento jurídico 2.c).

de lo que se ve obligado a manifestar, como ponente, en la sentencia 78/2018. Aquella posición es la que expresa en los ya conocidos votos particulares y punto.

El alcance de la jurisdicción penal universal y el control constitucional de convencionalidad (STC 140/2018, 20 de diciembre)

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo
Consejero Permanente de Estado

I.

Una de las sentencias constitucionales más importantes de las que ha sido ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré ha sido la STC 140/2018, de 20 de diciembre, que ha abordado temas trascendentales en los que ha demostrado sus profundos conocimientos jurídicos.

No es posible sintetizar en estas breves páginas el contenido de esa extensa Sentencia, solo cabe analizar sucintamente sus dos temas centrales: el alcance disponible por el legislador orgánico nacional del reconocimiento del ámbito de la jurisdicción penal universal de los órganos judiciales españoles, y la negación de un posible control de constitucionalidad por el propio Tribunal Constitucional y la asignación de ese control de forma difusa a los jueces ordinarios, lo que ha tenido un especial impacto en el ámbito de la jurisdicción del orden social.

La Sentencia no se ha pronunciado sobre la alegada inconstitucionalidad de la Ley por su peculiar tramitación parlamentaria como proposición de ley, debido a la falta de argumentación constitucional en la demanda de la crítica a ese procedimiento no reconducida a causa de constitucionalidad alguna. Con ello, implícitamente ha dejado abierta la posibilidad de un control de constitucionalidad del procedimiento legislativo cuando exista una base constitucional para ello.

El rechazo del argumento de inconstitucionalidad por el carácter regresivo de la reforma legal cuestionada confirma la jurisprudencia constitucional precedente sobre que el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro. Una declaración especialmente relevante en materia laboral en la que son frecuentes reformas y contrarreformas legislativas, ya sea por exigencia de cambios en el Derecho de la Unión Europea, ya sea por cambios de circunstancias de sesgo ideológico de los gobiernos y mayorías parlamentarias de turno.

II.

El objeto central del recurso de inconstitucionalidad era la impugnación de la reducción legal del alcance de la jurisdicción penal universal operada por la LO 1/2014, lo cual ha establecido nuevos límites a la extensión extraterritorial de la jurisdicción penal española ante delitos de especial gravedad o relevancia, una extensión que es una excepción al principio de territorialidad de esa jurisdicción que establece el art. 23.1 LOPJ. Para valorar la constitucionalidad de esa reforma, la Sentencia ha examinado la posible contradicción de esa Ley en su conjunto con el art. 10.2 CE puesto en relación con los arts. 24 y 96 CE.

El art. 23 LOPJ, en su versión originaria, reconocía a nuestros jueces penales jurisdicción universal para ciertos delitos y sin condicionamiento alguno, sin perjuicio del respeto a los tratados internacionales ratificados por España relativos a la persecución internacional de determinados crímenes. Había reconocido así un principio de universalidad o de jurisdicción universal en materia penal que permitía perseguir a quienes hubieran cometido un crimen particularmente grave que atentara contra el derecho de gentes, los derechos humanos o los intereses fundamentales de la

comunidad internacional, sin imponer criterios adicionales, garantizando un espacio universal de jurisdicción penal para evitar la inmunidad de los autores de esos crímenes o delitos.

Esa regulación, a la vista de su aplicación práctica¹ y de los conflictos que ha planteado con algunos de los Estados afectados, había sido modificada en seis ocasiones, en unos casos para ampliar su ámbito e incluir nuevos delitos y, en otros casos, para establecer nuevos vínculos de conexión, como que el delincuente se encuentre en España, o que existan víctimas de nacionalidad española o algún vínculo de conexión relevante con España, temas sobre los que ya habían tenido ocasión de conocer sentencias constitucionales precedentes.

La impugnada Ley Orgánica 1/2014 ha continuado ese proceso de restricción. Ha revisado los apartados 2, 4 y 5 del art. 23 LOPJ y, sobre todo, añade un nuevo apartado para establecer que esos delitos “solo serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”, aunque, al mismo tiempo, haya ampliado el número de delitos perseguibles por la jurisdicción penal española cuando su comisión fuera del territorio nacional.

Como la propia Sentencia reconoce, esa exigencia y la concurrencia de los puntos de conexión ha restringido aún más el alcance de la jurisdicción universal anteriormente previsto en la redacción originaria del art. 23 LOPJ, al acentuar la regla de la subsidiariedad y establecer nuevos requisitos, en particular respecto a determinados delitos. De ahí que el Tribunal Constitucional se pregunte si esa restricción legal, en su totalidad o en alguno de sus preceptos, ha lesionado alguno de los preceptos constitucionales que los recurrentes invocan.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, frente a la invocación del art. 10.2 CE, su jurisprudencia precedente sobre que ese precepto no es un canon autónomo de constitucionalidad, que solo establece una pauta hermenéutica obligatoria que no constitucionaliza la DUDH (ni tampoco los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España), ni exige del legislador español el reconocimiento de una jurisprudencia penal universal, una materia disponible por el legislador orgánico.

El art. 24.1 CE, leído a la luz del art. 10.2 CE tampoco justificaría ni impondría un principio absoluto de jurisdicción penal universal, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, que debe interpretarse a la luz de los tratados de derechos humanos firmados por España pero que, como examina detenidamente la Sentencia, no han establecido un modelo único y universalmente válido de aplicación de la jurisdicción penal universal.

Por ello, la Sentencia declara que la LO 1/2014 en su conjunto, no es contraria al art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, por haber regulado el alcance de la jurisdicción penal universal de una forma más restrictiva.

Esta conclusión no supone una doctrina novedosa. Se fundamenta en sentencias constitucionales precedentes que ya habían tratado la cuestión. Más bien la confirma, la aclara y la fundamenta mejor al insistir en que de los tratados ni del CEDH se deduce un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción penal, como ha confirmado la propia jurisprudencia del TEDH.

La Sentencia ha recibido críticas por los partidarios o defensores de un ámbito más amplio en España de la jurisdicción penal universal, y no es el lugar aquí de entrar en ese debate que tiene

¹ La aplicación de esa norma ha dado lugar entre nosotros, entre otras, a la apertura de diversas causas de genocidio en el Tibet, en Guatemala, en el Sahara, en Ruanda, o víctimas del holocausto, o de la muerte de José Couso en Irak, o de Carmelo Soria en Chile, o Ignacio Ellacuría en El Salvador, o de seguidores de Falun Gong, prohibido en China, o el ataque de Israel a la Flotilla de la Libertad en Gaza, o el ataque al campo de refugiados iraníes de Ashraf, e, incluso, sobre la posible escala secreta de vuelos de la CIA en el aeropuerto de Palma de Mallorca.

elementos ideológicos, pero también de dogmática jurídica². Desde esta última perspectiva, la fundamentación de la Sentencia puede considerarse irreprochable, y su doctrina, de forma más clara y “pedagógica”, confirma lo que ya se podía deducir de la jurisprudencia constitucional precedente sobre el alcance legal dispositivo del ámbito de la jurisdicción penal universal de los órganos judiciales españoles. La conclusión no es cuestionable, pero sí debe serlo la confirmación del rechazo de la relevancia constitucional del incumplimiento de los tratados ratificados por España en materia de derechos humanos, a diferencia de lo que han hecho otros Tribunales Constitucionales próximos con vistas a asegurar un nivel común de protección de derechos humanos, al menos en el espacio europeo.

III.

En respuesta a la alegada inconstitucionalidad de los apartados a), b) y c) del nuevo art. 23 LOPJ, basada en la vulneración del art. 96 CE, porque alteraría obligaciones asumidas por España en tratados y convenios internacionales ratificados, la Sentencia examina detenidamente cómo afecta a la constitucionalidad de una ley el que la misma implique el incumplimiento de un tratado o convenio internacional ratificado. En el recurso se pretendía que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la compatibilidad de la ley interna con los tratados internacionales como parte del control de constitucionalidad que le corresponde.

La Sentencia se plantea si, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, ello podría servir de base para declarar la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, lo que supondría que el Tribunal Constitucional incluyera en el enjuiciamiento de constitucionalidad de la ley el examen sobre su compatibilidad con los tratados, de lo que podría derivar una inconstitucionalidad por su oposición a un tratado.

Según la Sentencia, nuestra Constitución no ha previsto expresamente que el juicio de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional incluya pronunciarse sobre esa compatibilidad, ni le impone expresamente esa tarea (aunque eso podría suponer que tampoco se la impide) pues, a la vista del desarrollo reciente de la protección internacional de los derechos humanos, cabría considerar que ese silencio le permite una aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en su enjuiciamiento de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional se ha negado a ello. Siguiendo su doctrina precedente (que podría haber considerado obsoleta), Sin embargo, tras negarse a examinar la contrariedad de una ley a un tratado internacional por no ser un canon de enjuiciamiento constitucional, podría haberse limitado a afirmar su incompetencia. Sin embargo, y esta es la gran novedad de la Sentencia, se ha planteado sin que nadie se lo hubiera preguntado, si el control de compatibilidad con los tratados podía derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, cuál sería el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

La principal novedad de la Sentencia ha sido el reconocimiento del llamado “control de convencionalidad”, un concepto que la Sentencia ha asumido de una Sentencia de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que ya era conocido en Europa, particularmente en Francia, donde tiene la base constitucional, y que ha sido aplicado particularmente por su Conseil d’Etat, especialmente en su función consultiva al tener que plantearse ante un anteproyecto de ley si el mismo es compatible ya sea con el Derecho de la Unión Europea o con el Derecho Internacional.

² Se ha criticado también que el recurso planteado por el Grupo Socialista era vago con los motivos de inconstitucionalidad que se invocaban, utilizando argumentos no basados en precepto constitucional alguno, y también se reconoce que, aunque la Sentencia haya decepcionado a los partidarios del modelo vigente de jurisdicción universal en España por limitar la posibilidad de enjuiciar graves crímenes internacionales, lo cierto es que no hay en el Derecho internacional de los derechos humanos un modelo único de jurisdicción penal extraterritorial ni tampoco en nuestra Constitución existe un modelo constitucional de esa jurisdicción, cuya extensión se deja en manos del legislador ordinario y, por ello, es una cuestión de mera legalidad en la que el Tribunal Constitucional tiene un limitado margen de decisión.

Nuestro Consejo de Estado también viene realizando ese control de convencionalidad en relación con los proyectos normativos sometidos a consulta³.

El control preventivo de convencionalidad se produce en la fase de elaboración de la norma, y trata de asegurar el respeto de los tratados internacionales o, en su caso, del Derecho de la Unión Europea. Lo que plantea en la STC 140/2018 es el control *ex post* en el caso concreto enjuiciado de la compatibilidad de la norma aplicable no ya con el Derecho de la Unión Europea, que tiene su propia normativa que hace de todos los jueces españoles actúen como jueces en la aplicación del Derecho de la Unión Europea⁴ sino con los tratados ratificados por España y especialmente con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

La Sentencia reconoce que nuestra Constitución no ha impuesto expresamente a los jueces ordinarios llevar a cabo ese control de convencionalidad, pero, ante ese silencio (o laguna), se plantea si la exigencia de ese control puede derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, “cuál es el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance”, o sea, que examine la compatibilidad de la norma interna con un tratado internacional, es decir, que realicen el llamado control de convencionalidad para aplicar en su caso tratados internacionales (que establezcan reglas autoaplicables por encima de la normativa interna).

La STC 140/2018 ha partido de una particular noción del control de convencionalidad, al declarar que en el sistema español ese control es “una mera regla de selección del Derecho aplicable”, y que se limita a determinar la norma aplicable al supuesto controvertido. Ello, según la jurisprudencia constitucional precedente, sería una cuestión de legalidad, que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino “a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE”.

El Tribunal Constitucional ha deducido así del art. 96 CE el que dentro de su facultad de elección de la norma aplicable, los jueces ordinarios, tengan que analizar la compatibilidad de la norma interna con la disposición internacional. En consecuencia, que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma legal que contradiga un tratado internacional y aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, desplazamiento que no supone la expulsión de la norma interna del ordenamiento sino solo su inaplicación en un caso concreto. Esa prevalencia de los tratados internacionales no utiliza los criterios típicos del sistema de fuentes de jerarquía de competencia (lo que plantearía un problema de validez) sino, en el proceso de selección judicial de la norma aplicable al caso, un desplazamiento de la norma en el caso litigioso concreto<?>.

Esta doctrina no es totalmente novedosa, pues la Sentencia la deduce de frases extraídas de diversas sentencias precedentes, pero no es la mera confirmación de esa doctrina pues expresamente encomienda a los órganos judiciales llevar a cabo el análisis de convencionalidad, pero que no es ni un juicio de validez de la norma interna ni, aun menos, de constitucionalidad de la misma (que correspondería al Tribunal Constitucional) “sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas, de selección de la norma aplicable”, materia que quedaría fuera, en principio, de la competencia del Tribunal Constitucional. La Sentencia hace una importante salvedad al advertir que, a la luz del art. 24.1 CE, en el recurso de amparo se pueda examinar la selección del Derecho aplicado realizada por los jueces ordinarios, evitando una arbitraria o irrazonable aplicación de la

³ En su Memoria anual de 1997, el Consejo de Estado hizo un análisis amplio del examen del control de convencionalidad en los dictámenes de los anteproyectos de ley sometidos a su consideración, verificando si el prelegislador o, en su caso, el que ejercita el poder reglamentario, ha tenido en cuenta el marco internacional, y más estrictamente las directivas de la Unión Europea que la norma proyectada trata de trasponer, desde la idea de la prevalencia de la fuente internacional, una cuestión que ha sido objeto de examen detenido, entre otros, en el dictamen 176/1977.

⁴ Puesto que desde la STCE *Simmenthal* se ha reconocido a los jueces nacionales un control difuso de la compatibilidad de las normas internas con el Derecho Comunitario, y hoy de la Unión Europea, que exige el desplazamiento o inaplicación de esa norma contraria al Derecho de la Unión cuando éste establezca una regla “autoaplicable”

norma internacional seleccionada o una desaplicación de la norma interna. Se reserva así el Tribunal Constitucional la última palabra a este respecto, pero ello solo será efectivo si hay adecuada apertura del recurso de amparo para estos asuntos.

IV.

La encomienda a los jueces ordinarios del control de convencionalidad ha tenido un impacto especial en el Derecho del Trabajo, pues ha sido en la jurisdicción del orden social donde se ha utilizado con mayor frecuencia el reconocimiento expreso de esa competencia judicial. Ya antes de la STC 140/2018 los órganos judiciales del orden social venían llevando a cabo ese control de convencionalidad, aun sin asumir esa denominación, al examinar la compatibilidad de la norma española con los tratados internacionales en materia de trabajo, especialmente la Carta Social Europea y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, aunque aquella y éstas en la mayoría de los casos establecieran obligaciones a los Estados y sus disposiciones fueran raramente inaplicables, salvo en algunos temas relacionados con derechos humanos, como en materia de libertad sindical o de discriminación⁵. En el ámbito académico han sido numerosos los estudios y publicaciones sobre el llamado Derecho Internacional del Trabajo y sobre las condiciones de eficacia de las normas internacionales de trabajo.

La STC 140/2018 ha animado a nuestros jueces y tribunales del orden social a entrar a examinar, además de la compatibilidad de la norma laboral interna con la norma de la Unión Europea (por exigencia del Derecho de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia del TJUE), su compatibilidad con los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, lo que se enlaza con los arts. 96.1 y 10.2 CE, primacía ya reconocida por el Tribunal Constitucional, que tiene capacidad de desplazar a normas internas en virtud de su aplicación preferente o prevalente (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004).

En el caso del Derecho de la Unión Europea, dada su primacía, ese planteamiento ha sido más fácil, pues se han podido invocar sentencias del TJUE sobre el alcance de directivas, en algunos casos referentes a casos españoles. Pero también la Sentencia ha facilitado y confirmado la práctica judicial precedente de invocación o aplicación por los tribunales de instrumentos internacionales de contenido social o laboral para una protección más eficaz de los derechos sociales. Ha sido cada vez más frecuente en materia laboral el que los justiciables invoquen normas internacionales para evitar la aplicación de normas internas que les desfavorecían, ante la avalancha de reformas laborales que han restringido o eliminado derechos que leyes anteriores les reconocían.

Entre esos instrumentos, diversos Convenios de la OIT, especialmente los referentes a la libertad sindical, la negociación colectiva y la terminación del contrato de trabajo, así como la Carta Social Europea en su versión originaria y, ahora, en la revisada.

Nuestros jueces del orden social han sido muy sensibles a estas invocaciones o a su aplicación ex officio. Su labor está llena de luces, pero también de algunas sombras, por eso no han faltado quienes se han mostrado contrarios a un control difuso de convencionalidad, por estimarlo poco respetuoso del principio democrático de división de poderes y de la seguridad jurídica⁶. La doctrina laboral ha estado abierta a esa posibilidad, pero ha tenido en cuenta los riesgos para la seguridad jurídica del uso abusivo o extensivo de ese control difuso de convencionalidad, sobre todo cuando no se ha tratado de

⁵ Un examen exhaustivo de los instrumentos internacionales sobre los que han conocido nuestros jueces y tribunales del orden social, y un amplio listado de la jurisprudencia al respecto, en GARRIDO PALACIOS, M.A. “La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles”, Tesis Doctoral, Universitat de València, julio 2020.

⁶ CANOSA USERA, R.: *El control de convencionalidad*, Madrid, Cívitas, 2015, pág. 118.

aplicar “como una herramienta para combatir o revertir las reformas laborales y los recortes que se han producido como consecuencia de la crisis económica”⁷.

Buen ejemplo puede ser la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 270/2020, de 17 de enero, en relación con el despido por absentismo laboral del art. 52 d) ET, cuya regulación había sido considerada constitucional por la STC 118/2019, y ha afirmado que no contradice al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT. La Sentencia del TSJC ha declarado que el art. 52 d) LET se opone y es contrario al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 41.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, y al art. 3 de la Carta Social Europea y, además, al art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, afirmando que las consideraciones que el Tribunal Constitucional hizo sobre la adecuación del art. 52.d) ET al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT constituían un obiter dictum no vinculante “por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria”, además, la Sentencia aplica la Carta Social Europea revisada, cuando todavía no estaba ratificada por España⁸.

La STS de unificación de doctrina 270/2022, de 29 de marzo, ha casado la esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia y ha rechazado la tesis de que la atribución a la jurisdicción ordinaria de control de convencionalidad en modo alguno supone que el Tribunal Constitucional no puede examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, subrayando que las resoluciones del Tribunal Constitucional vinculan a todos los jueces y tribunales, reiterando la no contradicción del despido por absentismo con el Convenio núm. 158 OIT. También ha rechazado que el art. 52 d) ET sea contrario al Convenio núm. 155 OIT, o que la Carta Social Europea revisada no sea aplicable antes de su ratificación, o que el precepto cuestionado vulnere el art. 11 de la CEDAW, contradiciendo lo declarado en la STC 118/2019.

Ese mismo Tribunal Superior de Justicia, ya ratificada la Carta Social Europea revisada, ha considerado en una sentencia reciente⁹, aplicando el art. 24 de la misma que reconoce “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”, que la cuantía de la indemnización por despido improcedente en el caso de una trabajadora que llevaba poco tiempo en la empresa y a la que, aplicando el art. 53.1 b) ET (20 días por año de servicio) había correspondido por su escasa antigüedad una indemnización inferior a 1000 euros, era “insignificante” y no tenía “efecto disuasorio” para la empresa, cuando, pocos días después, la empresa se acogió a un ERTE del que se podía haber beneficiado la trabajadora, por lo que ha fijado una indemnización adicional de 3000 euros a favor de la despedida¹⁰, ejerciendo una facultad

⁷ GOERLICH PESET, J.M. “(Re)descubriendo el control de convencionalidad ¿activismo o autocontención judicial?”, Labos, vol. 2, núm.1, pág. 7. El autor examina “algunos episodios en concreto”; las sentencias judiciales relativas al control de la causalidad de los despidos en interés de la empresa, la admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores, al despido por absentismo o al cuestionamiento integral de la regulación interna de los efectos del despido injustificado, incluyendo las indemnizaciones tasadas, en contraste con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la conformidad a la Constitución de esa reforma.

⁸ Vid. sobre esa Sentencia y su crítica, ALONSO GARCIA, R.: “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, 15-31.

⁹ De la que da cuenta MARCELINO ABAD en el suplemento de Negocios de El País del domingo 29 de mayo de 2023.

¹⁰ En este caso ese control de convencionalidad ha sido peculiar pues no ha habido un desplazamiento de la norma interna por la norma del tratado, sino la creación de una norma singular que trata de ampararse en un precepto que no puede calificarse de claro, preciso e incondicional y que requiere medidas de ejecución. Además, la Sentencia no cuestiona el art. 53.1 b) ET, que sigue una vieja tradición creada precisamente por la jurisprudencia frente a una normativa que imponía al magistrado de trabajo calcular caso por caso la indemnización por despido a la vista de las circunstancias concretas del despido, lo que luego ha asumido el Estatuto de los Trabajadores estableciendo una indemnización tasada basada en la antigüedad de la persona despedida. Ha aplicado el precepto, pero ha considerado que, en el caso concreto, por la poca antigüedad de la trabajadora, ha dado un resultado que no ha tenido efecto “disuasorio” para el empleador. Pero tal efecto disuasorio no está previsto en la Carta Social Europea renovada, que habla simplemente de indemnización “adecuada”, dejando a cada Estado el establecerla. Sul art. 24 no es una norma clara, precisa e incondicional que no requiera medidas de ejecución que permita su aplicación directa con desplazamiento de la norma interna.

discrecional que no le permite la norma interna, no desplazada, ni tampoco la norma internacional que invoca.

Este es un caso, entre otros, en los que tanto los justiciables como los tribunales del orden social han hecho un uso extensivo del control de convencionalidad para tratar de desplazar la aplicación de las reformas laborales ablativas invocando un precepto de un tratado internacional que impone obligaciones al Estado parte de ese tratado, pero que no es susceptible de aplicación directa y autónoma por su carácter abierto y genérico. En este sentido, aunque deberían ser conocidas por los órganos judiciales las exigencias para calificar como autoaplicables normas de tratados internacionales, la STC 140/2018 ha pecado de imprudencia al no haber precisado las condiciones en las que, al ejercer el control de convencionalidad, un órgano judicial puede desplazar la aplicación de la norma laboral española para aplicar una norma contenida en un tratado ratificado por España que establezca una regla autoaplicable.

Tampoco ha precisado la prevalencia del planteamiento en su caso de una cuestión de constitucionalidad de la norma cuestionada, ni en el caso del Derecho de la Unión Europea recordar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, con el resultado práctico de que si se trata de una directiva la misma no será de aplicación directa a las relaciones entre particulares y, por ello, a los contratos de trabajo. Por lo demás, la posibilidad de desplazar una norma interna no permite aplicar analógicamente otra norma interna, que se estima más compatible con el tratado. El desplazamiento tiene que ser de la norma española para aplicar una norma del tratado, y no permite que invocando ese tratado se trate de aplicar extensiva o analógicamente otra norma de nuestro ordenamiento.

La STC 140/2018 se reserva el enjuiciamiento a través del recurso de amparo del control de convencionalidad realizado por los órganos judiciales, respecto a su razonabilidad a la luz del art. 24.1 CE. La última palabra dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al Tribunal Supremo, cuyo papel es importante para garantizar la seguridad jurídica, que puede ponerse en peligro cuando el justiciable, el trabajador o el empleador, no tenga certeza si la norma laboral española va a ser aplicada al litigio.

Además, ese control debe tener en cuenta la diferencia de peso entre las normas internacionales que protegen derechos humanos y las que no lo hacen. Con ello no se trata de cuestionar la competencia asignada de nuestros órganos judiciales para realizar un control de convencionalidad, pero éste no debe ser casuístico sino sistemático, es decir, no centrarse en la convencionalidad de la norma en sus efectos en un caso concreto, sino realizar una consideración global del sistema. Por ejemplo, en materia de indemnización por despido injustificado habría de analizarse si la consideración del tiempo de trabajo en la fijación de la indemnización, que es común en otros ordenamientos (donde incluso se establece un plazo mínimo de ocupación para tener derecho a esa indemnización), es contraria a la Carta Social Europea, aunque ello implique que en los casos de contrato de breve duración la indemnización resultante pueda considerarse insuficiente. Se trata, por tanto, de cuestionar la convencionalidad de las reglas sobre indemnización por despido en su conjunto. Otra cosa es que en el caso en concreto se pueda enjuiciar la conducta del empleador no a la vista del tratado, sino a la vista de instrumentos existentes en el propio ordenamiento como, en su caso, el abuso de derecho.

Por otro lado, como ya se ha dicho el control de convencionalidad no debe desplazar al preferente control de constitucionalidad. El órgano judicial debe realizar previamente ese examen para plantear en su caso la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, la cual no puede limitarse a cuestiones que correspondan al ámbito restringido del recurso de amparo. Cuando se trata de aplicar el Derecho de la Unión Europea, si la misma no es clara, el órgano judicial debe plantear la cuestión prejudicial para resolver las dudas sobre el alcance de la norma europea.

En materia laboral el control de convencionalidad no puede considerarse una novedad, puesto que ya nuestros tribunales han venido asegurando la recepción del llamado Derecho Internacional del

Trabajo, sobre todo en materia de libertad sindical y despido¹¹. Sin embargo, la STC 140/2018 donde ha tenido mayor impacto ha sido en materia de derechos “socio laborales”, como ya se previó en alguno de los primeros comentarios a esa Sentencia¹², y ha sido en esa materia donde se han manifestado más los riesgos de un excesivo activismo judicial, también porque la Sentencia constitucional ha supuesto ya sea confirmar decisiones judiciales que han declarado inaplicables preceptos de reformas laborales recientes de carácter ablativo o reductivo, o ya animar a un cuestionamiento de reglas laborales decididas por el poder legislativo o reglamentario.

Un sector de la doctrina ha llamado la atención sobre la necesidad de autocontención de respeto al imperio de la ley y del principio de seguridad jurídica, tanto de carácter procedimental como desde el punto de vista sustantivo. Ha de tenerse en cuenta que las normas internacionales del trabajo están dirigidas a los Estados, tienen un contenido abierto y, en la mayor parte de los casos, no son autoaplicables, sino que requieren una adaptación del ordenamiento interno a esas reglas internacionales¹³.

El Tribunal Supremo ha sido consciente de estos riesgos. Ha asumido, pero a la vez delimitado, el control difuso de convencionalidad. Para ello ha aclarado el alcance de la aplicación directa de las normas internacionales por nuestros órganos judiciales, desplazando la norma legal española aplicable en principio al caso, ha establecido algunas cautelas sobre el alcance de ese control.

En palabras de Casas Baamonde, “el mantra de la mera selección del derecho aplicable al caso no reserva un papel protagonista a la jurisdicción ordinaria en la definición de los derechos fundamentales. Es un tema ampliamente debatido entre quienes predicán del control de convencionalidad ‘la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable’ y quienes perciben en el control de convencionalidad la posible alteración de nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional. Al margen de polémicas, el control de convencionalidad difuso no está exento del control de la jurisdicción constitucional”¹⁴.

La STC 140/2018 ha dado un positivo paso al asignar a la jurisdicción ordinaria el asegurar la efectividad de los derechos laborales reconocidos en los tratados internacionales, pero ha de ser tanto que se contengan en reglas autoaplicables de esos tratados. Sin embargo, es responsabilidad del Tribunal Constitucional seguir profundizando sobre los límites y condiciones de ese control. Para ello debería facilitar el acceso al amparo de estos asuntos, y en sucesivas sentencias de Pleno no limitarse a reiterar las líneas genéricas y abiertas que al tema de la convencionalidad ha dedicado aquella Sentencia, sino que debe establecer criterios claros y seguros sobre el alcance y límites de ese control de convencionalidad. Solo así podrán despejarse los recelos hacia el control judicial difuso de convencionalidad, y asegurar un ejercicio efectivo y, a la vez, responsable del mismo.

Fernando Valdés, con la “plausible” STC 140/2018, ha puesto en primer plano un tema crucial para el Derecho del Trabajo, el fortalecimiento de la efectividad de los derechos laborales, especialmente de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales mediante el control difuso de convencionalidad. La pregunta que hay que hacerse es si ese tema debe seguir siendo ajeno al conocimiento del Tribunal Constitucional, aunque, en principio, lo rechace, confirmando la jurisprudencia

¹¹ Sobre la labor judicial en la recepción del Derecho Internacional del Trabajo, aunque limitado a la libertad sindical y a las garantías de la extinción del contrato de trabajo anterior a la Sentencia comentada, cabe remitirse a GARRIDO PALACIOS, M.A.: *La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles*, cit. pág. 251 y ss.

¹² JIMENA QUESADA, L.: “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53 (2019), pág. 459 y ss., quien, sin embargo, reconoce que el texto de los tratados internacionales en materia laboral, como la Carta Social Europea o los Convenios de la OIT, contienen cláusulas más o menos generales lógicamente superadas por las más detalladas normas nacionales.

¹³ *Vid.* al respecto, GOERLICH PESET, J.M.: “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, Vol. 2, No 1, pág. 4-17.

¹⁴ Discurso investidura Dra. Honoris Causa Universidad Santiago de Compostela, pág. 18

precedente de la STC 140/2018, pues el control de convencionalidad presupone una nueva concepción de nuestro sistema de fuentes, que supone que todos los operadores jurídicos, incluido el Tribunal Constitucional, interpreten la Constitución “convencionalizada” desde “lineamientos” internacionales”¹⁵.

¹⁵ FONDEVILA MARÓN, M.: “Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España”, *Revista de Derecho Política*, núm. 111, pág. 181, que cita al respecto a SAGUES, N.P.: *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Méjico, Porrúa, pág. 356.

Delitos contra los trabajadores al fondo: condena penal con agravación en segunda instancia y derecho a un proceso con todas las garantías (notas a la STC 73/2019, de 20 de mayo)

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad Carlos III
 <https://orcid.org/0000-0001-6301-6788>

Dentro de la formidable labor jurídica que realizó el Profesor Valdés Dal-Ré dentro del Tribunal Constitucional y como reflejo del magisterio que dejó en todas las ramas del Derecho, esta sentencia asociada a una cuestión penal puede ser un buen ejemplo para rendirle homenaje. Y ello porque si es incuestionable la contribución esencial que realizó en la construcción del moderno Derecho del Trabajo, está también fuera de toda duda que su comprensión integral del Derecho era uno de sus rasgos más acusados y que hacen de él un jurista también excepcional.

El pronunciamiento que comentamos se inscribe dentro de las conductas que, cometidas con ocasión del empleo, tienen transcendencia penal. Buena parte de ellas están recogidas en el Capítulo XV (arts. 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317 y 318) Código Penal, bajo la rúbrica de “los delitos contra los trabajadores”¹. En concreto, la sentencia anotada proyecta sobre la concreta aplicación del artículo 311.1 CP, que en su vigente redacción establece que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: “Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

I. LOS HECHOS DEL CASO

Don R. G. N. y don A. G. N eran respectivamente, encargado y administrador de una empresa dedicada a la actividad de transporte terrestre. Dicha empresa, representada por su administrador contrató a don D. F. H. como conductor, con la categoría o nivel profesional de conductor de vehículos hasta 3.500 Kg, mediante dos contratos a tiempo completo (jornada semanal de 40 horas, de lunes a domingo), de duración determinada por exceso de tareas. El primero de ellos tuvo vigencia desde el 3 de julio de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012. El segundo se concertó con una vigencia inicial desde el 3 de septiembre de 2012 hasta el 2 de noviembre de 2012, siendo objeto de una prórroga de tres meses de duración, desde el 3 de noviembre de 2012 hasta el 2 de febrero de 2013.

Durante la vigencia del primero de los contratos, el Sr. F.H prestó servicios para la empresa de Transportes, realizando, ordinariamente, la ruta nocturna Irún-Madrid-Irún, mostrándose satisfecho con el trabajo que realizaba. Durante la vigencia del segundo contrato, se le adjudicó la ruta nocturna Irún-Benavente-Irún. En ambos casos realizaba la ruta como único conductor de la furgoneta que tenía asignada, con una frecuencia habitual de cinco días a la semana.

La ruta Irún-Benavente-Irún se realizaba por el trazado Irún-Beasain-Vitoria-Burgos-Benavente, ida y vuelta, realizándose el tramo de Burgos a Benavente a través de las vías que pasan por Palencia y Villalón de los Campos, lo que supone abandonar la autovía para transitar por la N-610 entre Palencia y las inmediaciones de Benavente, atravesando en dicho tramo, de unos 100

¹ Una interesante reflexión de conjunto puede encontrarse en LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: “Delitos laborales: lo que sobra y lo que falta”, *Trabajo y Derecho*, nº 73, 2021 (versión electrónica).

km, diversas poblaciones. El resto del trayecto se efectuaba por autovía o autopista. Esto supone que el conductor realizaba una ruta diaria de unos 900 km, entre ida y vuelta, en horario vespertino-nocturno, con diversas paradas para recoger y entregar mercancía en los puntos logísticos que tenía asignados, conduciendo cada jornada un tiempo variable pero ordinariamente no inferior a diez horas, sin tener en cuenta los tiempos de carga y descarga ni los descansos. Considerando estos tiempos, invertía diariamente en la ruta un tiempo no inferior a doce horas. Además, y fuera de su prestación laboral, había de desplazarse desde su domicilio de Lasarte hasta el centro logístico en Irún que era cabecera y destino de la ruta, y desde este a Lasarte, al inicio y al final de su jornada, respectivamente, para lo que también utilizaba la furgoneta de la empresa.

La realización de esta última ruta produjo una situación de agotamiento y falta de descanso en el Sr. F.H., agravada por la dificultad para conciliar el sueño al terminar su ruta y regresar a casa, a primera hora de la mañana. Esta situación le llevó a acudir al centro de salud de Lasarte, donde fue atendido por su médico de familia en dos ocasiones en relación a la situación de agotamiento que presentaba. En la primera consulta se constató por la médico: ‘Trabaja de noche de chofer de camión, insomnio de despertar precoz desde hace un mes y medio y también rotura con su pareja hace tres meses. Ánimo bajo este último mes (al principio se lo tomaron como darse un tiempo). Ha probado con [indica el tratamiento] descansando un poco mejor’; se le implantó tratamiento [...] y revisión en dos semanas. En la segunda consulta, el 12 de noviembre de 2012 se reseñó: ‘Se encuentra bien con el tratamiento. Pero por el trabajo, chofer de furgón, hace jornadas muy largas, sale por la tarde y vuelve por la mañana’. La doctora le propuso la posibilidad de coger una baja, pero el paciente lo desestimó manifestando que precisaba trabajar y no quería perder el trabajo. Se le mantuvo el tratamiento.

Mientras realizaba su ruta, en las proximidades de Villalón de los Campos (Valladolid), el don D. F. H., Hoyos decidió rociarse de gasolina y prenderse fuego, acabando así con su vida.

II. LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DEL JUZGADO DE LO PENAL Y LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Inicialmente, la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Donostia, de 29 de septiembre de 2017 que conoció en primera instancia de la cuestión, pasaba a exponer las exigencias típicas del art. 311.1 CP aplicable al caso, según el cual, en la versión del Código penal entonces vigente, serían castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

A partir de ello, afirmaba el referido pronunciamiento, que el núcleo del ilícito radicaba, desde el prisma penal, no tanto en el “imponer” una serie de condiciones de trabajo, cuya juridicidad sería competencia del orden social de la jurisdicción, como en el “engañar” o “abusar de la situación de necesidad”. A estos efectos, traía a colación la STS 494/2016, de 9 de junio, que situó el elemento del engaño del tipo penal en “la utilización de algún ardid que lleve al empleado a asumir la prestación de su trabajo en condiciones que, de no mediar aquél, no habría aceptado”, y, de su lado, el abuso de la situación de necesidad en “aprovecharse de modo excesivo de una persona en beneficio propio” siempre que, desde la perspectiva subjetiva del elemento, “el autor conozca la situación de la víctima y que ésta acepta forzada la relación laboral” y que quien comete el delito “busque voluntariamente que esta acepte unas condiciones que, de no concurrir la situación, sabe que no aceptaría”. Con esas bases calificativas razonaba como sigue para absolver a los acusados:

A tenor de las consideraciones precedentes la sentencia concluía que en el delito del ordinal 1 del art. 311, y concretamente en su modalidad de abuso de situación de necesidad (que es la que nos interesa) se integran tres elementos que lo definen: (i) La imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos reconocidos por disposiciones

legales, convenios colectivos o contrato individual. Es un elemento cuasi-normativo, que surge del contraste entre las condiciones laborales que se imponen y la regulación normativa o contractual de los derechos laborales o sociales. La afectación de estos derechos ha de ser sustancial. (ii) La existencia en el sujeto activo de una situación de necesidad, que ha de ser distinta de la genérica necesidad de trabajar. (iii) El abuso, es decir, la instrumentalización de esa genuina situación de necesidad, por parte del empleador para imponer aquellas condiciones. Exige el conocimiento cierto de esta situación de necesidad singular, no genérica, y el dolo de prevalerse de ella.

En el caso entendía, es notorio que se imponen condiciones laborales seriamente restrictivas de los derechos del trabajador y contrarias a las normas del contrato y del convenio colectivo. Se exceden sistemáticamente la jornada máxima semanal (40 horas) y los tiempos máximos diarios de conducción (9 horas diarias, pudiendo llegar a 10 un máximo de dos días a la semana). La conducta aparece, pues, como ilícita y por tanto como reprochable no sólo desde el punto de vista del juicio ético sino también del jurídico. Pero no aparece de manera nítida el abuso de la situación de necesidad entendidos ambos (abuso y situación de necesidad) en los términos que quedan apuntados para convertir el ilícito laboral en delito. Y por ello los acusados, concluía, debían ser penalmente absueltos, sin que ello se entienda como validación de su conducta.

La sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa de 22 de febrero de 2018, estimó parcialmente el recurso de apelación sucesivo y condenó a las personas físicas recurrentes en amparo, como coautores de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311.1 del Código penal (redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre), a la pena de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena, diez meses multa con cuota diaria de diez euros y al abono de una indemnización de 107.959,85 €, condenando a la mercantil que también formula la demanda de amparo como responsable civil subsidiaria del abono de esta.

Insistía la Sala en que el objeto del recurso era únicamente el juicio de adecuación típica sobre el abuso de una situación de necesidad, de suerte que la petición de revisión estaría “fundada en consideraciones exclusivamente jurídicas”. Para resolver tal pretensión rechazaba a renglón seguido el relato de los hechos realizado en el recurso por la parte recurrente, por no ser conforme con la declaración contenida en la resolución impugnada, y decía que lo que verdaderamente se consideró acreditado en la instancia, en cuanto al elemento típico discutido, sería que: (i) Fue la falta de descanso del trabajador, por las ilegales condiciones de trabajo impuestas desde septiembre de 2012, la que produjo una situación de agotamiento que se agravó por la dificultad para conciliar el sueño al terminar la ruta y regresar a casa a primera hora de la mañana. (ii) Médicamente se le aconsejó que cogiera la baja laboral por el estado de agotamiento que presentaba. (iii) El trabajador se negó a aceptar la baja laboral porque precisaba trabajar y no quería perder el trabajo. (iv) El trabajador se suicidó, once días después de la propuesta médica de coger la baja, sin que la autolisis pueda ser atribuida a la presencia de una patología psicológica preexistente ni al consumo de drogas.

Dicho lo anterior, a su entender los datos transcritos reflejan que: (i) La situación creada con la imposición de las ilegales condiciones de trabajo en materia de descanso era un aliud respecto a la desigualdad inherente en la relación laboral. Y ello porque el descanso era, en el caso concreto, una variable fundamental por el contexto específico en el que el trabajador desempeñaba una actividad de indiscutible riesgo propio y ajeno: conduciendo una furgoneta de noche, con lo que ello conlleva de dificultades para conciliar el sueño por la alteración que introduce en el ritmo vital dormir de día. (ii) El trabajador no tuvo una alternativa real al sometimiento a las mentadas condiciones ilegales y abusivas dado que carecía de empleo alternativo, precisaba del empleo para generar ingresos y eran máximas las dificultades para encontrar trabajo no cualificado en una economía debilitada por la hondura de la crisis iniciada cuatro años antes. Y ello explica que, a pesar del agotamiento generado por la falta de descanso provocada por las ilegales condiciones laborales impuestas, don Daniel rechazara la

única opción médica hábil para afrontar el consumo completo de su energía física y emocional —la baja laboral por razones terapéuticas—, aduciendo que precisaba trabajar y que no quería perder el trabajo. Y ello —lo que refleja la necesidad del empleo— cuando estaba psíquicamente destrozado por la situación laboral ilegalmente impuesta, hasta el punto de que, once días después, en pleno desempeño de su trabajo, se suicidó (la sentencia de instancia declara probado que la realización de la última ruta produjo una situación de agotamiento y falta de descanso del trabajador y descarta que una patología psicológica previa o un consumo abusivo de drogas alimentaran la ideación autolítica). (iii) Los empleadores utilizaron en beneficio propio las ilegales condiciones de trabajo impuestas a quien necesitaba ese trabajo, dado que, de esta manera, obtenían la plena disponibilidad del trabajador para el cumplimiento de la tarea encomendada por la empresa cuyo desempeño precisaba, sin duda, atendiendo a los excesos de tiempo de conducción que eran continuos y relevantes, de más de un empleado. Por lo tanto, se produjo un aprovechamiento sumamente significativo de un trabajador en beneficio de quienes lo emplearon.

Seguidamente concluía: “En consecuencia, existió una imposición de condiciones laborales que infringían de una forma enormemente lesiva el derecho al descanso del trabajador exigido por el convenio colectivo del sector de transporte, así como por su propio contrato de trabajo y, para ello, se abusó de una específica situación de necesidad. Se ejecutó, consecuentemente, la parte objetiva del tipo descrito en el artículo 311.1 del Código penal. Desde la perspectiva de la parte subjetiva, el dolo, tal y como especifican las SSTs 247/2017 y 639/2017, anteriormente referidas, no precisa que el sujeto activo quiera directamente y exclusivamente la privación de los derechos de sus trabajadores, sino que basta que para la consecución de sus propósitos acepte el camino que supone necesariamente la privación de tales derechos a sus trabajadores y, con tal conocimiento y consentimiento, continúe su ilícito actuar. Es lo que ocurre en este supuesto: atendiendo a la descripción realizada en la sentencia de instancia en la declaración probatoria, los dos empleadores (quienes tienen el dominio del hecho desde la perspectiva de la competencia de gestión de la empresa que contrata) conocen que, prevaleciendo de la situación de necesidad del trabajador, le han impuesto unas condiciones de trabajo que, en lo referido al descanso, suponen una dañina vulneración de lo regulado en el convenio colectivo y el contrato laboral. Y, pese a ello, deciden imponerlas y mantenerlas”.

A tenor de esa lectura y con apoyo en las SSTs 247/2017, de 5 de abril, y 639/2017, de 28 de septiembre, posteriores a la STS 494/2016 tomada como referencia en la sentencia recurrida, se declaró que los acusados eran autores del delito por el que resultaban acusados.

III. CONTENIDO DE LA DEMANDA DE AMPARO

La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 22 de febrero de 2018, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Donostia en el procedimiento abreviado núm. 42-2017 y condenó a las personas físicas recurrentes en amparo, que habían sido inicialmente absueltas, como coautores de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 311.1 del Código penal, a la pena de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena, diez meses de multa y el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados, así como a la sociedad recurrente como responsable civil subsidiaria del abono de esta última.

A juicio de los recurrentes, la sentencia de apelación citada infringió el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que, según dicen en su recurso, integra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y ello porque apreció en ese grado jurisdiccional la concurrencia de elementos típicos, señaladamente elementos subjetivos del delito por el que los recurrentes fueron finalmente condenados tras haber sido absueltos en instancia, que no habían sido apreciados por el órgano a

quo, sin escuchar presencialmente a los acusados, que no pudieron desmentirlo o combatirlo. Más allá de que sean diferentes las alegaciones que sustentan dicha pretensión, y varias las discrepancias que se enuncian, deriva finalmente el recurso en esa objeción esencial, pues la propia parte apunta ese factor como decisivo aunque no se apreciaran las restantes objeciones que formula, esto es: que la Sala de apelación se apartara manifiestamente de los hechos que fueron expresamente declarados probados mediante la introducción de una serie de afirmaciones y juicios de inferencia que no solo eran novedosos e incluso contradictorios respecto a los realizados por la juez que apreció la prueba con inmediación, sino que lo hiciera, pese a referirse al elemento subjetivo del injusto, sin escuchar presencialmente a los acusados.

Comparte el ministerio fiscal la pretensión, aunque solo en lo relativo al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), mientras que la representación de doña Teodora Hoyos Fernández, que se ha personado en este proceso constitucional, estima en cambio que la sentencia recurrida se ajustó a las exigencias y garantías de las condenas en segunda instancia, según relatamos en los antecedentes de ese pronunciamiento constitucional.

IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA STC 73/2019

1. El recuerdo de la doctrina general

Comienza recordando la sentencia STC 73/2019, de 20 de mayo², la doctrina sentada por la STC 59/2018, de 4 de junio, que recoge la doctrina en la materia que es objeto de este proceso constitucional:

“[...] Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó ‘que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado’ (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios

² Un riguroso comentario a la misma, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “A propósito de los elementos del tipo en los delitos contra los derechos de los trabajadores (Comentario a la STC 73/2019, de 20 de mayo)”, *Nueva Revista española de derecho del trabajo*, nº 235, 2020, pp. 277-284.

propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado “de manera consciente y deliberada” a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)”.

2. La aplicación de la doctrina al caso

A) Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE)

La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite apreciar la existencia de una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE). En efecto, vulnera esos derechos que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad sin celebración de una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias; es decir, sin dar al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal. No en vano ya en la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4, el Tribunal dejó sentado que el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de las cuales el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo —u otro elemento subjetivo del tipo— no precisará de la garantía de inmediación, sí deberá venir presidida por la previa audiencia al acusado. O expresada la idea en otras palabras, las cuestiones fácticas exigen audiencia y la decisión sobre si concurre un elemento subjetivo es una cuestión de ese carácter. Solo las cuestiones jurídicas, singularmente decidir la calificación de unos hechos una vez fijada su existencia, pueden abordarse en fase de recurso sin audiencia del acusado.

Esto así, al margen de cuestiones puramente jurídicas de interpretación del delito penado en el art. 311 del Código penal, como afirman los recurrentes y subraya el ministerio fiscal, en efecto, la apreciación de los requisitos típicos y en particular el subjetivo del dolo de abusar de la situación de necesidad, incluso en la interpretación menos exigente de la que partió la sentencia de apelación con apoyo en las SSTs 247/2017, de 5 de abril, y 639/2017, de 28 de septiembre, posteriores a la STS 494/2016 tomada como referencia en la sentencia de instancia, requería audiencia de los acusados por el delito. Y no se hizo de ese modo, procediéndose por el contrario a la introducción de elementos fácticos nuevos no solo no contemplados en la sentencia recurrida en apelación, sino

incluso expresamente descartados como probados en su fundamentación. Tanto que, en contra de lo que concluiría la Sala de apelación, la jueza *a quo* declaró que “no aparece de manera nítida el abuso de la situación de necesidad entendidos ambos (abuso y situación de necesidad) en los términos que quedan apuntados para convertir el ilícito laboral en delito. Y por ello los acusados deben ser penalmente absueltos, sin que ello se entienda como validación de su conducta”.

En oposición a ello, y sin la audiencia personal referida, la Sala afirmó que “atendiendo a la descripción realizada en la sentencia de instancia en la declaración probatoria, los dos empleadores (quienes tienen el dominio del hecho desde la perspectiva de la competencia de gestión de la empresa que contrata) conocen que, prevaliéndose de la situación de necesidad del trabajador, le han impuesto unas condiciones de trabajo que, en lo referido al descanso, suponen una dañina vulneración de lo regulado en el convenio colectivo y el contrato laboral. Y, pese a ello, deciden imponerlas y mantenerlas”. En síntesis, como del contraste de las resoluciones judiciales se desprende sin esfuerzo, no se mantuvo verdaderamente el *factum* y tampoco se actualizaron esas nuevas inferencias tras reconsiderar el material probatorio con audiencia a los recurrentes, que no tuvieron oportunidad, muy antes, al contrario, de hacer valer ante el Tribunal *ad quem* que finalmente les condenó cuál fue el ánimo que sustentó su conducta.

En otras palabras, cuando el órgano judicial efectuó la inferencia de la intención o ánimo que tenían los recurrentes de llevar a cabo la conducta de naturaleza antijurídica, alcanzando en este punto sus propias conclusiones, contrarias a la juez que tuvo inmediación con la prueba, lo hizo sin ponderar las declaraciones personales de los acusados sobre ello y se introdujo, sin cumplir las garantías constitucionales en la revisión, en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con elementos subjetivos del delito, revocando la previa absolución sin cumplir la exigencia de la audiencia personal como garantía específica vinculada al artículo 24.2 CE, pese a que el núcleo de lo debatido afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad. Dicho de otro modo, no se trataba de estrictas cuestiones jurídicas sino de un parámetro de índole anímica o interna —la voluntad de llevar a cabo la acción a sabiendas de su ilicitud— determinante de la culpabilidad o de la inocencia. Y siendo subjetivo ese elemento del delito a debate, conforme a la doctrina ya recogida, resultaba obligada la valoración directa de la versión de los demandantes, habida cuenta de que su objeto consiste en posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su testimonio personal sobre su participación en los hechos que se le imputan (en relación con ello, entre otras, SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España*, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso *Marcos Barrios c. España*, § 32; 13 de diciembre de 2011, caso *Valbuena Redondo c. España*, § 29; 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras c. España*, § 31; y, con posterioridad, STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España*).

Por tal motivo debe considerarse producida la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, proclamados por el art. 24.2 CE.

B) Vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

Los recurrentes, además, han alegado que su condena en estas circunstancias ha supuesto una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La sentencia procede a recordar su doctrina en esta materia y, en particular, la que definió la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y reiteró la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9. Las mismas precisaron que: “tomando en consideración el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la proyección que sobre el mismo puede tener la previa lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por una condena en segunda instancia, debe concluirse que, con carácter general, la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías —esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído—, no necesariamente tiene una

repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías puede llegar a determinar la anulación de la sentencia condenatoria y la retroacción de actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con dicho derecho”. Sin embargo y como sigue argumentado la citada sentencia, “cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones”. De todo ello concluye el Tribunal Constitucional que la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatario de los acusados, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que, tratándose de elementos esenciales del tipo que no han sido apreciados con las debidas garantías, no existe la acreditación precisa que haga viable la condena.

En suma, la STC 73/2019, de 20 de mayo, considera que se ha vulnerado a las personas físicas recurrentes sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), lo que determina la anulación de la resolución judicial impugnada.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 105/2019, de 30 de septiembre de 2019. recurso de amparo 2925/2018

TOMÁS SALA FRANCO

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

I.

Planteado recurso de amparo sobre tutela de derechos fundamentales frente a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2017, num. 220/2017, que estimo el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de Estadística (INE), revocando la Sentencia del Juzgado de lo Social que había estimado parcialmente la pretensión de la actora por discriminación por razón de sexo por haber impedido la incorporación a una plaza obtenida en proceso selectivo sin valorar adecuadamente que la adjudicataria se encontraba en situación de baja por maternidad.

II.

Los hechos probados son los siguientes:

a) El INE, en fecha 29 de junio de 2015, publicó las bases de la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, grupo 3, área 1, sujeto al convenio único de la Administración General del Estado, en el INE, encomendando la preselección a los servicios públicos de empleo, mediante contrato de interinidad. La recurrente en amparo se presentó a la citada convocatoria. Finalizadas las fases de oposición y concurso, en fecha 3 de agosto de 2015 se publicó la relación definitiva de aspirantes que habían aprobado el proceso selectivo, encontrándose aquella en el primer lugar del orden con la puntuación total de 90,89, siguiéndole otra aspirante con 88,54.

La demandante en amparo, en fecha 4 de agosto de 2015, presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata.

En fecha 5 de agosto de 2015, la Secretaria General del INE comunicó a la actora por escrito lo siguiente:

«En relación con su escrito de 4 de agosto de 2015, en el que comunica la imposibilidad de incorporarse a la relación laboral que tiene que constituirse con posterioridad a la realización del proceso selectivo para cubrir un puesto de trabajo mediante un contrato de interino por sustitución, se informa, que finalizado el proceso selectivo y confeccionándose la relación de candidatos por puntuación obtenida en el mismo, debe procederse, según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido».

La recurrente en amparo presentó denuncia por tales hechos siendo contestada por escrito de 29 de octubre de 2015, elaborado informe por la unidad de igualdad del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en el siguiente sentido:

«Si bien es cierto que el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad» y que las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han declarado que la negativa a contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto 177-1988, Dekker y STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto 207-1938, Mahlburg) no es menos cierto que, en este caso, no se ha producido una negativa de la Administración, basada en necesidades de gestión, como sucede en el caso de las dos sentencias mencionadas, a contratar a largo plazo a mujeres embarazadas sino que, examinado el escrito aportado de la interesada con fecha 4 de agosto de 2014, no se deduce la negativa del INE a contratar a Doña M.^a del Carmen Santacreu Tomas, sino más bien un incumplimiento de dicha interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podría haber pedido la baja por maternidad. En la medida en que las Unidades de Igualdad, tal como señala el artículo 77 de la Ley de Igualdad, son básicamente órganos de asesoramiento en materia de igualdad y no un órgano de control, se considera que, tratándose de un contrato con aplicación del régimen laboral, la interesada tiene abierta, de desearlo, la vía judicial para presentar la correspondiente demanda».

El puesto de trabajo fue adjudicado a la siguiente persona candidata de las que superaron el proceso selectivo, a quien, por lo demás, se le reconoció el derecho a reducción de jornada por guarda legal.

La actora presentó demanda el 21 de marzo de 2016 ante el Decanato de los juzgados de Valencia, interesando en el suplico que se dictase sentencia declarando la vulneración de principio de prohibición de discriminación por razón de sexo del segundo inciso del art. 14 CE, que se condenase al INE a estar y pasar por esa declaración y se procediese a la contratación de la actora en la plaza que obtuvo, con abono de la cantidad equivalente a las retribuciones correspondientes a dicha relación laboral, a ingresar las cotizaciones a la seguridad social que legalmente le correspondiesen y al pago de una cantidad por daños morales.

El Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia dictó sentencia de 23 de junio de 2016, estimando parcialmente la pretensión actora. Razonaba la juzgadora que:

- I) la actora no llegó a formalizar la relación laboral con la demandada al no incorporarse y no firmar el contrato;
- II) los empleados públicos de carrera tienen derecho a la reserva de la plaza cuando toman el periodo de incapacidad temporal por baja por maternidad de la misma manera que lo tiene reconocido el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, según dispone el artículo 42 del convenio aplicable (tercer convenio único de la Administración General del Estado);
- III) la actora en ningún momento tuvo voluntad de renunciar a la plaza, limitándose a manifestar los motivos por los que no podía incorporarse de forma inmediata que le asistían para su derecho de incapacidad temporal;
- IV) tales motivos en modo alguno formaban parte de los que, según las bases de la convocatoria, permitirían pasar al siguiente seleccionado y ofrecerle la plaza;
- V) la discriminación se causó al estar relacionado el perjuicio laboral y la razón de maternidad acreditada que adujo la interesada para su no incorporación.

En atención a todo ello estimaba parcialmente la demanda, declarando la violación del art. 14 CE, por la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, con reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección en fecha 3 de agosto de 2015, condenando a la demandada al abono de 12.791€ como retribuciones que le corresponderían y al abono de las cotizaciones a la seguridad social, así como a una indemnización de 25.000 € por daños morales (menor que la que se solicitaba en la demanda).

Frente a la sentencia de instancia se alzaron en suplicación ambas partes:

a) El INE aducía que no causó discriminación, dado que la decisión no se produjo por razones de sexo sino por el incumplimiento por la interesada del deber de incorporarse a la plaza solicitada, desde la que podía haber pedido la baja por maternidad. Habría sido, a su juicio, la propia trabajadora la que se negó a constituir la relación laboral, pretendiendo una reserva de plaza que no era posible y que, a mayor abundamiento, frustraba la finalidad del proceso selectivo del INE, vista la «urgencia e inmediatez» con la que debía cubrirse la plaza. Añadía a ello, como indicio de la inexistencia de discriminación, que la persona que finalmente fue contratada en lugar de la demandante de amparo era de su mismo sexo y concurría en ella igualmente la condición de madre, habiendo solicitado incluso una reducción de jornada por guarda legal que le fue concedida.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 10 de enero de 2017, estimó el recurso del INE, que fue absuelto, dejando sin efecto la sentencia de instancia. Su razonamiento, tras indicar que concurrían efectivamente indicios de discriminación, señala que *“tales indicios quedan neutralizados y no llegan a desplegar su virtualidad desde el momento en que la demandante, en base a una declaración unilateral, no ha tomado posesión de su plaza, ni ha formalizado el contrato de interinidad previsto”*.

III.

El recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE.

La demanda de amparo considera que la sentencia recurrida resulta contraria a la jurisprudencia constitucional y europea, al decidir que no hay vulneración del derecho fundamental alegado porque fue decisión de la demandante la de no incorporarse al trabajo y no se inició por ello la relación laboral, y porque concurrían razones de urgencia en el servicio y no motivación discriminatoria, quedando entonces la cuestión encuadrada en el ámbito de la legalidad ordinaria.

A su juicio, no solo cuando está en curso una relación laboral puede generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria. Por ello, afirma el recurso, que corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación específica de la trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE. Era, por tanto, el INE el que debió ofrecer el mecanismo adecuado, como podía haber sido la contratación de la demandante y reconocimiento sucesivo de sus derechos de maternidad, no teniendo valor legitimador frente a ello la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio, como ocurre con las alegadas razones de urgencia en la cobertura del puesto o con las de falta de previsión normativa de reserva del puesto de trabajo sin mediar una previa contratación o la no intención de discriminar a la demandante, pues lo decisivo es que la demandante sufrió un trato peyorativo como consecuencia de su reciente parto (existe lesión objetiva, más allá de la intencionalidad lesiva, como recuerda la STC 2/2017, de 16 de enero).

IV.

Por su parte, el Abogado del Estado, defiende la desestimación del recurso, argumentando que se exige, para apreciar discriminación por razón de sexo, que el sexo o circunstancias ligadas a él como el embarazo sean el verdadero motivo, causa o fundamento de la decisión desfavorable.

Y que para determinar si ello es o no así el Tribunal Supremo viene aplicando el “*test de sustitución*”, consistente en sustituir el sexo del sujeto para ver si la decisión adoptada resultaría ser o no la misma. Desde el prisma del test de sustitución, el resultado habría sido el mismo si la plaza la hubiera obtenido un varón y se hubiera negado a la incorporación al puesto de trabajo por la razón que fuera, aunque se afirmase que no se renuncia a la plaza.

Adicionalmente, recuerda que la persona contratada en lugar de la actora era de su mismo sexo, y concurría en ella igualmente la condición de madre, lo que de nuevo demostraría que la decisión del INE no tenía una finalidad discriminatoria.

V.

El Ministerio Fiscal interesa por el contrario el otorgamiento del amparo, argumentando que:

1º) Se debe dilucidar si la falta de contratación se puede achacar a la actuación de la demandante, por no presentarse a tomar posesión de su plaza y formalizar el contrato, o bien se puede considerar que es la Administración la que, con su actuación, limita o pone trabas a la demandante para el ejercicio de su derecho al acceso al puesto de trabajo, por su situación de reciente maternidad. A su juicio, esta última es la respuesta correcta a ese interrogante, dado que la Administración perjudicó a la trabajadora por tener la honradez de informar, antes de ser contratada, de una circunstancia que afectará al desempeño de su trabajo, más cuando la empleadora no le dio la opción de incorporarse y pedir la baja por maternidad ya desde la primera comunicación, en la que el INE puso de manifiesto, muy antes al contrario, que no procedería a la contratación si la trabajadora no estaba en disposición de desempeñar inmediatamente el puesto de trabajo, haciéndole creer que no tenía derecho a acceder a la plaza porque su reciente maternidad le impedía legalmente trabajar.

2º) Por otra parte, el INE queda comprometido por la obligación genérica de promover la libertad e igualdad del art. 9.2 CE, ya que, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las Administraciones Públicas (art. 51) deben remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, así como a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de suerte que la Administración debía poner en conocimiento de la demandante sus derechos, cuando aún podía ejercerlos, y no lo hizo.

En este sentido, la doctrina constitucional sobre discriminación por razón de sexo ha considerado existente «*la vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, aun sin encontrarse vigente una relación laboral*», citando a tal objeto las SS.TC 214/2006, de 3 julio, FFJJ 3 y 8, y 66/2014, de 5 de mayo, FJ 5, entre otras, así como jurisprudencia europea, destacando que en la STC 214/2006 se descartó que la imposibilidad de poder desempeñar inmediatamente el trabajo, por el permiso de maternidad, supusiera una justificación de la limitación del derecho al acceso al empleo por razón de la maternidad y por tanto de la exclusión de un escenario de discriminación por razón de sexo.

3º) También recuerda la doctrina constitucional que contempla las lesiones objetivas de los derechos fundamentales, que descarta el carácter imprescindible de una intencionalidad lesiva o motivación discriminatoria del empleador, citando en esa materia la STC 2/2017, de 16 de enero, con mayor razón cuando se trata de la Administración Pública (STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 3), pues corresponde a la Administración ofrecer medidas alternativas razonables a la situación de la

trabajadora derivada de la maternidad, que neutralicen una posible vulneración del principio de no discriminación del Art.14 CE.

4º) El fiscal, en definitiva, considera que el motivo real por el que el INE no la contrató es que acababa de ser madre y no podía empezar inmediatamente a desempeñar su trabajo.

VI.

Los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, estimatoria del recurso de amparo, son los siguientes:

1º) El Art. 14 de la CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo. El legislador ordinario aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que transpuso a nuestro ordenamiento interno las directivas en materia de igualdad de trato, 2002/73/CE y 2004/113/CE.

2º) La Ley Orgánica 3/2007 establece que *«constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»*. En el mismo sentido, el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado, por razones de sexo, y, la nulidad e ineficacia, entre otros, de los actos del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

3º) La doctrina constitucional ha declarado de forma reiterada y constante que este tipo de discriminación comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que *«la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»* (STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6).

4º) El Art. 14 CE excluye toda distinción, trato peyorativo y limitación de derechos o legítimas expectativas de la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias, *“por lo que puede causar una vulneración del Art. 14 CE la restricción de los derechos asociados con la maternidad o la asignación de consecuencias laborales negativas al hecho de su legítimo ejercicio, visto que el reconocimiento de esos derechos y sus garantías aparejadas están legalmente contemplados para compensar las dificultades y desventajas que agravan de modo principal la posición laboral de la mujer trabajadora”*.

5º) Para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como *“la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones) (SSTC 109/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6; 324/2006, de 20 de noviembre, FJ 4, y 3/2007, de 15 de enero, FJ 2), ya que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social*

en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 10, o 214/2006, de 3 de julio, FJ 6)”.

6ª) *“De esa necesidad de compensación de las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre se deduce la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se produzcan decisiones empresariales contrarias al ejercicio de un derecho de maternidad en sentido estricto, así como también cuando se den otras que resulten contrarias al ejercicio por parte de la mujer de derechos asociados a su maternidad. En efecto, el ordenamiento jurídico, además de los derechos que atribuye a las mujeres por su maternidad, reconoce otros que, si bien se conceden a ambos padres, inciden por razones sociales de modo singular en las mujeres, como demuestran los datos estadísticos” (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 7; 203/2000, de 24 de julio, FJ 6, o 3/2007, de 15 de enero, FJ 5).*

7ª) Por ello, para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello.

En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (por citar una de tantas, STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 3), *«a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad».*

8ª) Cuando la doctrina constitucional viene acompañada de determinaciones y declaraciones como las que se han recogido en el anterior fundamento jurídico, es preciso poner conciencia en su significado, que tiene vocación tuitiva subjetiva, pues así lo implica la consagración constitucional del derecho fundamental a la no discriminación, pero también intención pedagógica y evolutiva, en orden a la afirmación del modelo de convivencia que la norma fundamental refleja. El art. 14 CE, dicho en otros términos, quiere otorgar tutela subjetiva, sin duda, pero, asimismo, modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.

En este sentido no debe olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina, pues es ese colectivo el que ha sufrido y aún sufre la relegación social o jurídica estructural frente a la que la prohibición de discriminación por razón de sexo quiere salir al paso consagrando y atribuyendo el derecho que nos ocupa, como prueban, entre tantas otras manifestaciones en distintos ámbitos, las dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción e igualdad sustancial dentro del mismo, o para la conciliación, que todavía no han desaparecido. No es necesario, ante el cúmulo de datos y pruebas que suministra la historia de nuestra sociedad, hacer ahora referencia en extenso a tales dificultades, pero su persistencia se traduce, aun hoy, e innegablemente, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en particulares dificultades para la conciliación, particularmente

en razón de la maternidad, sin que podamos por tanto dejar de reiterar lo que, en ese sentido, ya dijéramos en la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5, por ser todavía necesario, pese a los esfuerzos jurídicos y dinámicas sociales de transformación que innegablemente se están produciendo.

Tiene pleno sentido en consecuencia, y tanto la demanda social como las intervenciones normativas así lo desvelan y reclaman, abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fechas en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10) una desigualdad histórica que pueda calificarse de «*estructural*», pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, «*la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio*».

VII.

A partir la doctrina vertida en las consideraciones anteriores, enjuiciando la cuestión de fondo que el recurso de amparo plantea, concluye el Tribunal Constitucional que la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valencina impugnada ha vulnerado el derecho fundamental invocado.

En cuanto a los factores concurrentes en este caso que podrían eventualmente amparar la pretensión de la recurrente, señala el Tribunal lo siguiente:

a) En cuanto a que la prohibición de discriminación por razón de sexo no juega cuando no ha sido aún formalizada la relación contractual, recuerda el Tribunal la doctrina constitucional en la materia. Las Sentencias 214/2006, de 3 de julio, FJ 3, y 173/1994, de 7 de junio, FJ 3, han declarado que no puede sostenerse en modo alguno que «*solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza*» discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadiría este último pronunciamiento, «*quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)*».

b) En cuanto a quién tiene el deber de garantizar la protección de la maternidad, como factor biológico tutelado, en su conexión íntima con la prohibición de discriminación, en desarrollo de la doctrina constitucional relativa al art. 14 CE, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo art. 8 perfila la discriminación por embarazo o maternidad declarando que «*constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*» y su art. 51 establece los criterios de actuación de las Administraciones Públicas, disponiendo que, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán: a) remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público

y en el desarrollo de la carrera profesional y b) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

Dicha Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, transpone a nuestro ordenamiento interno la Directiva en materia de igualdad de trato 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Y, en aplicación de las citadas Directivas, la Sentencia de 16 de febrero de 2006 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 294/04, resuelve un caso parecido. En efecto, en el caso de la STJUE, la demandante, una vez superadas las pruebas de acceso para un puesto de auxiliar administrativo del Instituto Nacional de la Salud, fue nombrada funcionaria pero no pudo tomar posesión en ese momento por encontrarse de baja por maternidad. Solicitó el aplazamiento de la toma de posesión al Instituto Madrileño de Salud, competente en virtud de una transferencia de competencias, pero con el reconocimiento de efectos económicos y administrativos desde la fecha de nombramiento. Ante la negativa de la administración, el órgano judicial que conoció del recurso planteó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la compatibilidad de la interpretación del ordenamiento interno realizada por el órgano administrativo y la directiva comunitaria 76/207/CEE. La STJUE de 16 de febrero de 2006, finalmente, declaró que la citada Directiva se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

En consecuencia, se desprende de ello para el recurso actual, como en aquellos casos también ocurriera, que el órgano administrativo estaba obligado a adoptar medidas o fórmulas flexibles que impidieran que la maternidad fuera un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora ahora recurrente, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad cuando aquella puso de manifiesto, en fecha 4 de agosto de 2015, en escrito dirigido al INE, su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, el día 25 de julio de 2015, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a su adjudicación a la siguiente candidata.

Lejos de hacerlo, en el presente caso, en fecha 5 de agosto de 2015 la secretaria general del INE comunicó a la actora que procedía formalizar el contrato con la persona que, encontrándose en la mejor posición, pudiera realizar el trabajo de manera inmediata, al ser *«esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido»*, sin ofrecer por tanto a la actora ninguna alternativa flexible que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo, y adjudicando el puesto de trabajo a la siguiente candidata de las que superaron el proceso selectivo. Todo ello, por lo demás, como destaca el Ministerio Fiscal en su escrito, pese a la claridad e integridad con la que actuó la trabajadora, poniendo de manifiesto abiertamente la situación en la que se encontraba.

c) En cuanto a la intencionalidad lesiva, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que la vulneración de los derechos fundamentales puede darse, aunque no exista *«intencionalidad lesiva»*. La idea de esencialidad del derecho (el contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE) es lo que subyace en esa doctrina constitucional. Y es que, en efecto, el examen de constitucionalidad que es propio del recurso de amparo, como se infiere del art. 53 CE, gravita alrededor de la garantía de dicho contenido esencial, esto es, supone un examen sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales

dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8).

La STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 6, recordaba ese parámetro reiterado en nuestra doctrina, caracterizador de todo juicio sobre la incidencia sobre un derecho fundamental, y que consiste en que puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio.

Tampoco desde ese prisma, por tanto, cabe oponerse a la pretensión de la recurrente, ya que el perjuicio es patente, al no haber podido acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria de la parte demandada en el proceso judicial, el INE, ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad.

Más aún, es de ese modo cuando también hemos establecido con reiteración que en la apreciación de la vulneración de la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo no tienen «valor legitimador» otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado contrario al art. 14 CE que se ha causado (STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4). Cuenta ello con fundamento, como dijera con toda claridad la STC 182/2005, de 4 de julio, FJ 7, en que la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer. Por consiguiente, no pueden aducirse como justificación habilitante frente a la discriminación causada las razones de servicio y urgencia de cobertura de la plaza a las que hace referencia el abogado del Estado, o la resolución recurrida.

d) Finalmente, en cuanto a la irrelevancia del término de comparación,- que fue contratada en su lugar otra mujer, a la que se le reconocieron además derechos asociados a su maternidad,- como señalara la STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6, cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo más, como apoyo en la acreditación de su existencia. Sencillamente porque el juicio sobre la discriminación del segundo inciso del art. 14 CE no requiere un término de comparación que lo desvele. Basta constatar que el factor protegido ha sido soslayado objetivamente o intencionalmente dañado, provocando un perjuicio o minusvaloración a la mujer trabajadora.

Es irrelevante, por tanto, que se contratara a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado (por todas, STC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 5 y ST7C 104/2014, de 23 de junio, FJ 6).

VIII.

Procede, pues, declarar que se vulneró el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación por razón de sexo. La actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad la recurrente, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su


derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.

IX.

La clara argumentación de la Sentencia exime de cualquier otro comentario, partiendo de la base de la aceptación plena de la misma por parte del que suscribe.

La perplejidad y preocupación de Fernando Valdés Dal-Ré por la reversibilidad de los derechos sociales (Su voto particular ante la suspensión de la actualización de las pensiones para 2013 llevada a cabo por el RD-ley 28/2012¹)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones Laborales Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

I. ORIGEN DEL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

El RD-ley 28/2012, de 30 noviembre en su artículo segundo “Actualización y revalorización de pensiones”, vino a establecer lo siguiente:

“Uno. Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Dos. Se suspende para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

El Gobierno lo justificaba en atención al elevado déficit del sistema de Seguridad Social durante el ejercicio de 2012, con las consiguientes tensiones de liquidez que se iban acentuar al mes siguiente (diciembre) por el abono de dos mensualidades, ordinaria y extraordinaria, de las pensiones de la Seguridad Social. Hacía valer su compromiso con la revalorización de las pensiones y recordaba que la primera medida que se adoptó en materia de pensiones fue la de actualizarlas en un uno por ciento, a través del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Y ello supuso un esfuerzo importante para el sistema en un contexto en el cual la Seguridad Social ha tenido que acudir a sus reservas. Por otro lado, había que cumplir con el objetivo del déficit público y por ello el Gobierno se veía abocado a con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en el artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril (LCP)².

¹ Análisis de los votos particulares de las SSTC 133, 129/2015, de 8 de junio y 49/2015, de 5 marzo de 2015.

² Sin perjuicio de lo anterior y en aras de mantener el compromiso adquirido en materia de pensiones, tanto las abonadas por el sistema de la Seguridad Social como las de Clases Pasivas, experimentarán en 2013 un incremento

II. LAS RAZONES INVOCADAS POR LOS RECURRENTES PARA UTILIZAR LA VÍA DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La reacción ante la suspensión de la revalorización para 2013 no se hizo esperar y 146 diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia, interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre (recurso núm. 114-2013).

Los motivos del recurso en síntesis fueron los siguientes: En primer lugar se recuerda el marco constitucional del sistema de pensiones (art. 1.1, 41 y 50 Constitución)³.

-Y luego analiza el desarrollo del mandato legal de revalorización de las pensiones, recogido en el art. 48 de la LGSS (texto refundido de 1994)⁴.

Partiendo de ello los recurrentes consideran que la suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2013 es contraria a la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente (art. 9.3 CE), en relación con el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

Afirmaban los recurrentes que la prohibición de retroactividad constitucionalmente tutelada pretende otorgar plena seguridad jurídica al ciudadano de que los derechos subjetivos plenamente adquiridos en el pasado y que son exigibles frente a terceros en todo caso, no pueden ser expropiados de su patrimonio jurídico a resultas de una posterior decisión política del poder legislativo a consecuencia de un determinado cambio normativo⁵.

Además, señalan que la Constitución prohíbe la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, al tiempo que se interpreta que la Constitución no impide la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima.

Se considera por los recurrentes que el art. 2.1 del RD-ley 28/2012 “... establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos”. Como expresamente se contempla en el mencionado precepto, lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, las correspondientes al año 2012. Tiene la norma efectos hacia el pasado, por cuanto que lo que contempla el art. 48 LGSS y el art. 27 de LCP es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido”. Se trata de una retroactividad prohibida por la Constitución (art. 9.3) al ser restrictiva para derecho los derechos individuales. Teniendo en cuenta que no estamos ante una mera expectativa de derecho, sino que afecte en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos contemplada en la norma reformadora.

Y finalizan su recurso señalando que el precepto denunciado se vulnera el art. 33.3 CE, pues la norma resulta ser, objetivamente ya que no en su dicción literal, una norma de contenido expropiatorio

del uno por ciento. No obstante, se incrementarán en un uno por ciento adicional todas aquellas pensiones que no superen los 1.000 euros mensuales o 14.000 euros en cómputo anual. Véase apartado II de la justificación del RD-ley 28/2012, de 30 noviembre.

³ Antecedente 3 letra a).

⁴ Antecedente 3 letra b).

⁵ Antecedente 2 letra c)

y que lo es sin respetar la exigencia contenida en el art. 33.3 CE de que tal efecto expropiatorio sea compensado por la correspondiente indemnización.

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC comienza dando cuenta del recurso interpuesto y de la evolución que ha tenido el art. 48 LGSS y el art. 27 de la LCP⁶. Y después pasa analizar la doctrina del propio TC sobre el principio de irretroactividad recogido en el art. 9.3 CE, en los siguientes términos:

- El principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE no es un principio general sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales⁷.
- La expresión «restricción de derechos individuales» del art. 9.3 CE ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona⁸.
- El art. 9.3 CE prohíbe es la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas⁹.

A tenor de los criterios expuestos el TC entiende que lo primero que debe determinarse es si en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

Pues bien, el TC entiende que el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), así como «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), debe tener en cuenta (recordando decisiones suyas anteriores sobre la actualización y límites de las pensiones) que:

- Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho¹⁰.

⁶ Fundamentos de Derecho 1 y 2. Se reseña las distintas reformas e incidencias en los mismos desde 1997 por: Ley 24/1997, de 15 julio (modificación de la forma de llevarlo a cabo); RD-ley 8/2010, de mayo (suspensión de su revalorización para 2011); RD-ley 20/2011, de 30 diciembre (no abono de las diferencias entre IPC previsto y real); y el nuevo modelo de revalorización de pensiones fruto de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

⁷ Ver SSTC 27/1981, 20 julio; 6/1983, 4 febrero; 150/1990, 4 octubre; 173/1996, de 31 de octubre (FJ 3).

⁸ Ver SSTC 104/2000, de 13 de abril (FJ 6); 131/2001, de 7 de junio (FJ 5); 112/2006, de 5 de abril (FJ 17); 89/2009, de 20 de abril (FJ 4); 90/2009, de 20 de abril (FJ 4), y 100/2012, de 8 de mayo (FJ 10).

⁹ SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6 b); y 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 9).

¹⁰ En este sentido STC 114/1987, de 6 de julio (FJ 3).

- El art. 50 CE pretende erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. Lo que supone que, el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento¹¹.
- El precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones¹².
- La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable¹³.

Pues bien el TC entendió que el art. 48.1 LGSS y art. 27.1 de la LCP contienen dos mandatos diferentes: a) Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente IPC previsto para el mismo; y b) La actualización de dicha revalorización, de manera que, que en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de presupuestos generales del Estado (LPGE).

Y es en este último punto donde hace descansar su razonamiento al entender que: la expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales¹⁴. La remisión que la LGSS y la LCP hacen a la LPGE no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social. El legislador lo que ha hecho es reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la LPGE en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la LPGE para que decida cuál es el alcance de la actualización.

El eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de presupuestos generales del Estado el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio económico a que

¹¹ Véase STC 127/1987, de 16 de julio (FJ 4).

¹² En este sentido STC 134/1987, de 21 de julio (FJ 5).

¹³ Ver STC 100/1990, de 30 de mayo (FJ 3).

¹⁴ Véase STC 134/1987, de 21 de julio (FJ 5).

se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la Ley de presupuestos. En consecuencia, dado que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE.

Y por último en relación con la vulneración denunciada del art. 33 CE el TC señala que de acuerdo con esa legislación falta en el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es que «sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros¹⁵.

IV. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO VALDÉS DAL-RÉ¹⁶

Comienza con una “elegante” y acertada crítica a la decisión adoptada por sus compañeros “... la estructura interna de la Sentencia se mueve entre una loable síntesis, limitada a describir los términos del proceso (fundamentos jurídicos 2 y 3) así como la doctrina elaborada por este Tribunal acerca del denominado «principio de irretroactividad» (fundamento jurídico 4), y una similar sumariada en el tratamiento y solución de la queja de inconstitucionalidad, que en ocasiones termina instalada en una inconsistencia o, al menos, liviandad argumental (fundamento jurídico 5). Probablemente, el efecto más perceptible de la sistemática elegida reside en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto.” Y en lo destacado en negrita no le falta razón. A continuación, se centra –básicamente- en destacar el motivo concreto del fallo con el que se disiente: negar el carácter retroactivo del art. 2.1 del RD-ley 28/2012. Y en los razonamientos siguientes muestra su radical discrepancia advirtiendo que descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos. La negación de irretroactividad del precepto citado –señala- puede ofrecer ventajas para la consecución del propósito político confesado (se refiere a los argumentos empleados por el Gobierno en la justificación del RD-ley 28/2015), que no eran otros que la moderación de la deuda pública), pero resulta, de entre todas las soluciones que hubieran sido constitucionalmente viables, la que se instala en el escenario más distante de la defensa y desarrollo del Estado social (art. 1.1 CE) y de las garantías y valores constitucionales asociados de modo inescindible a esta noción. Y todo ello, por cuanto la sentencia de la mayoría, renuncia a buscar otras soluciones capaces de aunar y conjugar de manera más equilibrada y proporcionada los intereses en presencia: el de las Administraciones públicas en asegurar la solvencia económica del sistema de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ya causadas y en fase de disfrute.

El eje principal de la discrepancia se centra en un doble y combinado presupuesto constitucional:

- a) Que reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1).

¹⁵ Con remisión a la STC 108/1986, de 29 julio (FJ 20).

¹⁶ El voto es formulado también por el Magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, a dicho voto particular se adhieren los Magistrados Adela Asua Batarrita y Juan Antonio Xiol Ríos.

- b) El aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

Por ello el problema a resolver debe partir de discernir la conformidad constitucional de una decisión de los poderes públicos de recortar o rebajar algunos de los aspectos previamente reconocidos en el ámbito de los derechos sociales. Se trata en definitiva de una cuestión relacionada con la denominada irreversibilidad de los derechos sociales. Si bien admite que no se defiende la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales que, aplicada a las circunstancias del presente caso, vendría a significar que, una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones, toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Por tanto, se admite que el legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior –pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que se podría calificar de reserva de lo posible–, pero eso no tiene que llevar a la adopción de cualquier medida y, de cualquier modo. El problema será el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales.

Pues bien partiendo de lo anterior el voto particular recuerda que el reconocimiento del derecho a la actualización de las pensiones deriva de la Ley 24/1997, 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social<?>por lo que una eventual supresión de este derecho, como la llevada a cabo por el Real Decreto-ley impugnado para el año 2012, plantea cuestiones de mayor complejidad que las que la Sentencia pretende, exigiendo examinar los términos y condiciones que han de satisfacerse para que un retroceso en el nivel ya conseguido de derechos sociales, en este caso en relación con las pensiones, sea conforme con la Constitución.

La reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, lo que, en el caso, hubiera exigido analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador de urgencia, pues es ineludible una justificación del cambio que se quiere introducir. Lo que resulta inadmisibles es una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador.

Por otra parte, se reconoce que el art. 50 CE “*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad ...*”¹⁷, no se puede considerar aisladamente, sino debe tenerse en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Ahora bien, no puede resultar indiferente que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiere ser suprimido. Una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción.

Pues bien, partiendo de lo anterior, el voto discrepante pasa a analizar si esta retroacción de derechos se ajusta a la doctrina elaborada por el TC en torno al art. 9.3 de la CE. Y ello le lleva a considerar que la medida introducida por el art. 2.1 del RD-ley 28/2012 constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas y que la supresión de la actualización de las pensiones en el

¹⁷ Véase STC 134/1987, de 21 julio (FJ5).

ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona.

A mayor abundamiento continúa haciendo unas observaciones complementarias en relación con los razonamientos de fallo con el que se discrepa, básicamente en referencia a la interpretación que hace de la STC 134/1987, de 21 de julio, concretamente en su FJ 5 sobre que la garantía de la actualización periódica de las pensiones de las personas de la tercera edad *ex art. 50 CE* no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Si bien se añade que es necesario la lectura íntegra de dicho fundamento se llegaría a entender en realidad, que lo que se quiere decir es que la conformidad constitucional de las decisiones de moderar el principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, es correcta siempre y cuando esas decisiones delimiten su ámbito subjetivo conforme a fundados criterios selectivos y diferenciados. En definitiva, la STC 134/1987, vino a consagrar el canon —olvidado o pasado por alto en el fallo cuestionado— que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales.

Prosigue en su cuestionamiento del fallo mayoritario mostrando su más radical divergencia en torno a si el precepto impugnado pertenece a la categoría de normas restrictivas, y aquí entra en el detalle de los razonamientos de la posición mayoritaria que considera que se abordan de forma parcial, sumaria y en ocasiones errada o, al menos equívoca:

- a) El momento del devengo de la cantidad económica derivada de la actualización de las pensiones¹⁸.
- b) El período de cálculo para conocer la concreta evolución del IPC y poder determinar la diferencia del previsto con el real¹⁹.
- c) Si la configuración del art. 2.1 del RD-Ley 28/2015, lesiona la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE. En este último punto es donde especialmente centra su crítica al fallo mayoritario.

Entiende que los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1, LCP poseen una misma estructura jurídica, lo que no puede ser de otro modo dada su más estricta identidad gramatical. Dicha estructura responde a la noción más canónica y ortodoxa de la regla jurídica, descomponiéndose en un supuesto de hecho y en una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho lo constituye una situación definida del modo siguiente: el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011, en este caso) y el 30 de noviembre del año posterior (2012, en este caso) sobrepasa o excede («es superior a favor de los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011»), como dice la norma al índice previsto por la LPGE para el ejercicio 2012. La consecuencia jurídica será la actualización de pensiones; es decir, el abono del diferencial entre ambos índices de precios al consumo a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012. El cumplimiento de la condición comporta la maduración o consumación del

¹⁸ Para la posición mayoritaria del TC la eventual actualización de la revalorización «se devengaría» y, por tanto, se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio» (FJ 5). Criterio que a juicio del magistrado discrepante es erróneo conforme a lo normado en los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1, párrafo segundo, de la Ley de Clases Pasiva, a saber: «a los pensionistas cuyas pensiones se hubieran causado o revalorizado en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del primero de abril del ejercicio posterior». El momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad

¹⁹ Al igual que antes se ha anotado la posición mayoritaria es errónea al considerarlo como «una mera regla de cálculo por razones presupuestarias» (FJ 5). A juicio del Magistrado discrepante, efectivamente es una regla de cálculo; pero ni es una mera regla, de carácter instrumental, ni su alcance normativo se agota en el ámbito presupuestario. Este período de cálculo cumple una función sustantiva de primer orden, pues acota la secuencia temporal dentro de la cual se procede a la concreción de la segunda de las piezas que articula el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

tan mencionado derecho a la actualización, que se incorpora e integra de manera automática en el patrimonio jurídico de los pensionistas; de cada uno de ellos al que resulte de aplicación el supuesto de hecho.

En apoyo de esta tesis hacer valer múltiples razones:

- Una comprensión literal del precepto impugnado, a tenor del cual «*se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos*»
- El propio giro gramatical de los arts. 48.2.1 LGSS y 27.1 LCP «se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado». La expresión *de acuerdo* con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente «*a la correspondiente actualización*»,
- Una intelección gramatical y sistemática de las disposiciones que en las sucesivas de la LPGE se han ocupado del tema aquí a debate evidencia el carácter subordinado de las mismas; muestra, en efecto, que las leyes de presupuestos, una vez verificado el cumplimiento de la condición que los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 LCP, denuncian para la adquisición por los pensionistas del derecho a la actualización de pensiones.

Y recuerda además los actos propios de las entidades gestoras de la Seguridad Social que de manera sistemática e ininterrumpida desde la implantación en nuestro ordenamiento del principio de neutralidad del proceso inflacionario sobre las pensiones, vienen a avalar, la tesis aquí sostenida por el voto discrepante y, por tanto, a desmentir la argumentación que sustenta la desestimación por la Sentencia de la inexistencia de lesión del art. 9.3 CE por el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012. Tales actos se concretan en el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito.

El voto concluye con dos interesantes interrogantes que se plantea. Si la actualización de pensiones se consolida o adquiere a 31 de diciembre de cada ejercicio, perteneciendo al legislador presupuestario, «en atención a las circunstancias sociales y económicas en cada momento existentes», no solo la facultad de moderar o adecuar el diferencial existente tras la comparación entre los IPCs previsto y real, sino adicionalmente, y con mayor intensidad, la de conceder o suprimir la propia actualización, *¿cuál es la consecuencia jurídica atribuible al art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, norma adoptada por razones de extraordinaria y urgente necesidad?* Y por otro lado si se entiende que la consecuencia de la decisión del Gobierno de «dejar sin efecto», mediante un instrumento dotado del rango y fuerza de la ley, las previsiones legales sobre la actualización de pensiones no ha sido la supresión de derechos adquiridos, sino la mera suspensión de un derecho aún no consolidado, *¿este mismo efecto no se podría haber alcanzado mediante la simple omisión por la Ley de presupuestos del Estado para el año 2013 de la cláusula sobre mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2012?*

V. UNA]

Con el voto particular se podrá o no estar de acuerdo, pero desde luego los razonamientos que se recogen son muy solventes, atinados y de difícilmente rebatibles.

De hecho este voto particular ha sido muy analizado y debatido por la doctrina, más que el propio fallo mayoritario²⁰

Aquí se comparte que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 “... *no procedió a suspender, ni temporal ni indefinidamente, la actualización de pensiones; su alcance, bien distinto, residió en privar, abolir, cesar o suprimir el derecho, ya consolidado, a la percepción por los pensionistas de la segunda fracción que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones*” –recogiendo las palabras del Magistrado discrepante-. De aceptar la tesis mayoritaria, se estará admitiendo que el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos no está en la Constitución y su desarrollo, sino que queda al abur de las normas presupuestarias. Y no se olvide que la falta de justificación (denunciada en el voto particular) podría suponer una discriminación indirecta por razón de la edad, al hacer recaer los recortes sociales en el colectivo de pensionistas sin justificación alguna, vulnerando en consecuencia el art. 14 de la CE.

²⁰ Por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo”, número extra 1/2016, *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum* págs. 15-26

Delimitación de competencias en el marco de la gestión de ayudas económicas del sistema nacional de garantía juvenil. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
 <https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

I. REFLEXIONES SOBRE EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Con incuestionable figura jurídica y certero razonamiento, el Dr. Valdés Dal-Ré afronta en la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019, de 13 de noviembre (ECLI:ES:TC:2019:133), el espinoso tema de la distribución de competencias en materia de políticas de empleo entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios de Empleo Autonómicos, realizando una excelente disertación que hace gala de una elocuente frase del maestro: “una solución correcta favorece su aceptabilidad social, incrementando o, al menos, confiriendo prestigio social al órgano decisor”¹.

De todos es conocido que el Estado no es el único poder público interno con capacidad normativa en España. La aprobación de la Constitución de 1978 supuso la pérdida del monopolio legislativo por el Estado y el reconocimiento de facultades legisladoras y reglamentarias a las Asambleas y órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas². La división geográfica que la Constitución Española permite cuando en su art. 2 reconoce la garantía al derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones conlleva la posibilidad de las Comunidades Autónomas de alcanzar distintos grados de ésta en tanto sus Estatutos de Autonomía así lo contemplan³. La existencia de entes públicos territoriales (las Comunidades Autónomas —arts. 143 a 158 CE—), dotados constitucionalmente de autonomía política y competentes, por lo tanto, para la promulgación de normas jurídicas sobre los más diversos aspectos de la realidad social (el trabajo y la Seguridad Social entre ellos) abre las puertas, ciertamente, a un marco institucional complejo y plural, en el que la diversidad de regímenes jurídicos territoriales sobre una misma materia se convierte en un elemento caracterizador del sistema en su conjunto⁴.

Así, “ordenamiento estatal general y ordenamientos autonómicos, cada uno de ellos con una riqueza normativa interior nada desdeñable, se sitúan en una posición de igualdad e igualmente ordenada o distante de la Constitución, sometiendo sus relaciones *ad extra*, que no lo son de superioridad y subordinación, sino de separación relativa a partir de la previa distribución de

¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “La interpretación constitucional: transcendencia y singularidades”, *Grand Place. Pensamiento y Cultura*, 2018, p. 128.

² CAVAS MARTÍNEZ, F. y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo, empleo y protección social: una sinopsis”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 23, 2005, p. 105.

³ CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1, 1980, p. 18.

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “El principio constitucional de “unidad del orden económico nacional” y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 47, 1999, p. 902.

competencias y materias que se realiza en los arts. 148 y 149 del texto constitucional, al principio de competencia *ratione materiae* y *ratione territorii*⁵. Se establece así un marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el que se relacionan las atribuciones exclusivas de aquel —del art. 149—, aquellas que pueden ser asumidas por éstas —del art. 148—, y las demás que, en cuanto la “facultad” o “materia” no sean mencionadas de manera expresa como de carácter exclusivo estatal, podrán si así lo establecen sus Estatutos pasar a formar parte del elenco autonómico en virtud de la cláusula residual del art 149.3 CE⁶.

Todo ello sin olvidar que el texto constitucional va más allá cuando deja al Estado prerrogativas exclusivas en legislación pero permite la ejecución a los órganos autonómicos pertinentes y aquí se sustancian, precisamente, aquellas cuestiones de límites en las que dos instituciones de carácter ejecutivo (estatal y autonómica) pretenden ejercer la potestad que entienden constitucionalmente otorgada⁷. Este último es el supuesto de las competencias en materia laboral del art. 149.1.7⁸, en las que, reservando al legislador estatal las facultades legislativas, permite aquellas de ejecución a los órganos de las Comunidades Autónomas⁹, sin perder de vista que si del mercado laboral se trata, deben tener en cuenta también el tenor de la disposición 13^a del citado artículo mediante la cual es competencia exclusiva estatal las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica¹⁰.

Tomando como punto de partida lo dispuesto en el art. 149.1.7^a CE, que atribuye, de forma contundente, al Estado la “competencia exclusiva” sobre la “legislación laboral”, permitiendo a las Comunidades Autónomas tan sólo intervenir en la “ejecución” de las leyes laborales estatales, mediante la ordenación de los servicios y procedimientos administrativos necesarios para ponerlas en práctica¹¹, la consecuencia inmediata a extraer es que “la materia laboral es constitucionalmente inaccesible, por vía de los Estatutos de Autonomía, al poder legislativo Autonómico”¹². Esta afirmación general ha venido, empero, a ser matizada por el Tribunal Constitucional al precisar, de un lado, que el concepto de legislación ha de entenderse en sentido amplio y, por tanto, incluir tanto leyes formales como reglamentos de desarrollo¹³. Y, de otro, que el adjetivo “laboral” no se encuentra referido genéricamente al mundo del trabajo, sino en un sentido mucho más concreto y restringido, como conjunto de principios e instituciones que surgen del contrato en cuanto categoría jurídica central¹⁴, incluyendo exclusivamente, a tenor del art. 1.1 ET, “la relación que media entre los trabajadores que

⁵ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1, 1980, p. 18.

⁶ FONT I LLOVET, T.: “Tendencias organizativas en la Administración de las Comunidades Autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983, pp. 217 y ss. o GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “El sistema autonómico quince años después”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 84, 1994, pp. 575 y ss.

⁷ MANRIQUE LÓPEZ, F.: “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en Derecho Social”, *Revista de Política Social*, núm. 144, 1984, pp. 85 y ss.

⁸ LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Escuela de Administración Pública de Cataluña, 1993, pp. 59 y ss.

⁹ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, 1985, T. I, pp. 1013 y ss.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La distribución de competencias en el Estado Social Autonómico en materia de políticas de empleo e inmigración”, *Tribuna Social*, núm 198, 2007, pp. 17.

¹¹ LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 59 y ss.

¹² CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, 1985, T. I, pp. 424.

¹³ En este sentido, entre varias, SSTCo 39/1982, de 30 de junio, 57/1982, de 27 de julio, 360/1993, de 3 de diciembre, 190/2002, de 17 de octubre, 30/2003 de 18 diciembre, 51/2006, de 16 de febrero, 194/2012, de 31 de octubre o 244/2012, de 18 de diciembre.

¹⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social*, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pp. 9 y ss.

presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios a favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios”¹⁵.

La legislación laboral es, por tanto, para el Tribunal Constitucional, la que regula el trabajo asalariado, cuyo estatuto jurídico propio surge de la existencia de un vínculo contractual. Ello supone que el núcleo normativo que directamente pauta estas relaciones (individuales o colectivas), que constituye el objeto básico del denominado *Ius Laborum*, queda extramuros de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas, las cuales no poseen ningún tipo de intervención en dicho marco nuclear¹⁶.

Esta acotación constitucional estricta del alcance del término laboral no impide, sin embargo, la existencia de competencias autonómicas sobre materias no pertenecientes propiamente a dicho título, pero relacionadas con él de modo directo (“cuestiones perilaborales”)¹⁷, a resultas de su conexión con la política económica y con fundamento, de un lado, en el art. 148.1.13ª CE, que reconoce facultades a las autonomías territoriales sobre “el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos enmarcados por la política económica nacional”¹⁸, o, de otro, en el art. 148.1.1ª CE, el cual admite la capacidad de toda la Administración Regional para fijar la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno¹⁹.

Por otra parte, en materia de Seguridad Social, el Estado ostenta competencia exclusiva sobre la “legislación básica” y el “régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1. 17ª CE), lo cual no excluye ni mucho menos un ámbito cierto de competencias autonómicas sobre la materia, que deriva claramente de la propia letra del precepto constitucional mencionado. Antes al contrario, las Comunidades Autónomas pueden asumir, efectivamente como atribuciones propias, el desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado y la ejecución de los servicios de la Seguridad Social²⁰. Por “régimen económico” cabe entender el patrimonio de la Seguridad Social, formado por cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier género que constituyen un caudal único afecto a sus fines, esto es, los recursos generales de la Seguridad Social, integrados por las aportaciones del Estado, cotizaciones de las personas obligadas, frutos, rentas e intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales, al igual que otros ingresos y su sistema financiero (salvo excepciones de reparto) y de inversiones (coordinando las finalidades de carácter social con la obtención de la mayor rentabilidad compatible con la seguridad de la inversión y una liquidez en grado adecuado a las finalidades a atender por aquéllas)²¹.

¹⁵ STCo 360/1993, de 13 de diciembre.

¹⁶ STCo 195/1996, de 28 de noviembre.

¹⁷ CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “Sistema de fuentes jurídico-laborales y Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 1, 1980, pp. 15 y ss.

¹⁸ La configuración de la competencia en este artículo constitucional sería de carácter “horizontal” o “transversal” e incluso cabría decir “plurisectorial” en tanto es de un ámbito material genérico y de titularidad estatal pero atraviesa un gran número de materias sectoriales objeto de competencias de las CCAA. CARRASCO DURÁN, M.: “La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 62, 2005, p. 62.

¹⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral: actos ejecutivos de carácter normativo”, *Rev. Trib.*, núm. 10, 1989, pp. 51 y ss.

²⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social”, *Derecho de la Seguridad Social*, DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.), 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 71. En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: “El Estado de las Autonomías y el Estado del Bienestar: notas polémicas a un proceso complejo”, *Rev. Trib.*, junio, 1987, nota 1 o MARTÍN PUEBLA, E.: “Claves para la gestión descentralizada de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1990, pp. 249 y ss.

²¹ DESDENTADO BONETE, A.: “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38, 1993, pp. 354.

De este modo, con la única exclusión del “régimen económico”, respecto del cual las autonomías territoriales no podrán entrar a dictar norma alguna (aun cuando sí gestionarlo)²², las CCAA están facultadas para dictar leyes complementarias o de desarrollo de la legislación básica estatal, así como ejercer la potestad reglamentaria en desarrollo de sus propias leyes y, en fin, asumir la ejecución de los servicios de Seguridad Social²³.

Esta complejidad cobra pleno alcance, entre otras cuestiones, por cuanto hace estrictamente a la materia de “empleo”, parte sustancial de las relaciones laborales, pues la CE no menciona de forma nominativa, entre las competencias recogidas en sus arts. 148.1 y 149.1, ninguno de los contenidos propios de las políticas activas de empleo (prospección, intermediación, selección, recolocación, fomento del empleo y formación profesional ocupacional), sin perjuicio, claro está, de la inclusión de la protección por desempleo (versión pasiva) dentro del régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos (arts. 41 y 149.1.17ª CE)²⁴. Son muchos, por ende, los aspectos que han sido transferidos y que son considerados de competencia autonómica; entre varios, la gestión de la formación profesional ocupacional, las subvenciones propias de fomento del empleo aprobadas por cada Comunidad en virtud del art. 148.1.13ª CE, el control de los requisitos de la contratación laboral²⁵, así como la gestión de la intermediación laboral y, en concreto por lo que a este estudio importa, de las políticas de empleo a través del servicio público de empleo de cada Comunidad Autónoma.

II. EL SUPUESTO ENJUICIADO

Las formulaciones constitucionales mencionadas (arts. 148 y 149 CE) comprenden, pese a lo que en un principio pudiera parecer, verdaderas competencias compartidas por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con las materias laboral. Que la Constitución atribuya en exclusiva al Estado, no la materia laboral o la de Seguridad Social, sino sencillamente la “legislación laboral” y la “legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social”, no cierra ni mucho menos la posibilidad de un importante ámbito de competencias autonómicas sobre dichas materias, lo cual deriva por lo demás de la propia letra de los citados preceptos constitucionales; antes al contrario, las Comunidades Autónomas podrán asumir, como competencias propias sobre dichas materias, la “ejecución” de la legislación laboral del Estado, así como la “legislación no básica”, el “desarrollo legislativo” de la legislación básica del Estado y la “ejecución” de los servicios de la Seguridad Social²⁶.

Bajo tales premisas, no puede extrañar que los conflictos en cuanto a la titularidad de competencias y a lo que cabe entender sobre materia de ejecución sean frecuentes en todos los aspectos relacionados con la materia laboral y, en concreto, con las políticas activas y pasivas de empleo, no en vano están imbricadas. Buena muestra puede encontrarse en la Sentencia 133/2019, donde la inmejorable pluma del Dr. Valdés resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 1974-2019 y 2065-2019, promovidos por el Gobierno Vasco frente a la disposición adicional centésima vigésima y los apartados quinto y séptimo de la disposición final cuadragésima de

²² El régimen económico aparece como un sector de la materia Seguridad Social que recibe un tratamiento diferenciado, sobre el cual recae una competencia exclusiva, a nivel pleno, por parte del Estado, a diferencia del resto de la materia de Seguridad Social, en la cual la competencia estatal aparece ceñida al ámbito de la legislación básica. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, cit., pp. 13-14 o PALOMAR OLMEDA, A. y ZARATAIN DEL VALLE, R.: “La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989”, *Revista de Trabajo*, núm. 99, 1990, pp. 9 y ss.

²³ Entre otras, SSTCo 27 y 32/1983, de 20 y 28 de abril; 46/1985, de 26 de marzo; 76/1986, de 9 de junio y 146/1986, de 25 de noviembre. Crucial es la STCo 124/1989, de 7 de julio; en virtud de la cual “el alcance del art. 149.1.17º comprende no sólo competencias normativas, sino también la facultad de gestión de los recursos económicos y la administración financiera de los fondos del sistema de Seguridad Social”.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Política de empleo y dimensión territorial”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1998, pp. 110 y ss.

²⁵ STCo 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 5.

²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pp. 194 y ss.

la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, y contra la disposición transitoria octava y los apartados 2.d) y 2.e) de la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

1. La fundamentación del recurso por parte del Gobierno Vasco

Los recursos planteados por el Gobierno Vasco atienden a las razones siguientes:

a) La disposición adicional centésima vigésima crea y regula una medida de activación e inserción laboral denominada ayuda económica de acompañamiento dirigida a las personas inscritas en el sistema nacional de garantía juvenil (programa de fomento del empleo creado por la Ley 18/2014, de 15 de octubre), con baja formación y que suscriban un contrato formativo, atribuyendo al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) la gestión de esta ayuda. Su sustancial similitud con las ayudas de los programas de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (Prepara) y de activación para el empleo (PAE), encuadradas por el Tribunal Constitucional en el art. 149.1.13 CE²⁷, conlleva apreciar que su naturaleza jurídica sea la de política activa de empleo y que su gestión corresponda a las Comunidades Autónomas con independencia de que su financiación se ubique como mero aspecto contable dentro del epígrafe “prestaciones a los desempleados”.

Según la citada interpretación, su gestión corresponde al País Vasco de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.25 del Estatuto de Autonomía (EAPV), de manera que el vicio de inconstitucionalidad afecta a la atribución al Estado de los siguientes hitos: recepción de la solicitud conforme al modelo diseñado (apartados 5.1 y 5.2); gestión y resolución de reconocimiento o denegación (apartado 6.1); pago (apartado 3.6); recursos (apartado 6.3) y devoluciones (apartado 7.3).

Cierto es que la disposición derogatoria única, apartado segundo e), del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia laboral, social y de empleo, ha derogado la disposición adicional centésima vigésima objeto de impugnación, pero el conflicto persiste, pues establece un régimen temporal en la disposición transitoria octava conforme al cual la ayuda controvertida se mantiene en tres supuestos, en los que la gestión continúa correspondiendo al SEPE.

b) El apartado quinto de la disposición final cuadragésima, que modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), incorpora una nueva disposición adicional vigésima séptima al TRLGSS, para regular el subsidio extraordinario de desempleo de gestión estatal, incorporando además el apartado séptimo la disposición transitoria trigésima al TRLGSS, relativa al acceso a dicho subsidio en determinados supuestos. En tanto en cuanto se trata de una ayuda económica que da continuidad al programa PAE y, en cierta medida, al programa “Prepara”, goza de la naturaleza de medida de fomento del empleo, de manera que su inclusión en el TRLGSS y el *nomen iuris* atribuido no es sino un subterfugio que intenta eludir la competencia autonómica²⁸, contrariando, además, el convenio suscrito el 7 de febrero de 2018 con el SEPE (BOE de 19 de marzo y BOPV de 3 de abril).

Subsidiariamente, en caso de encuadrarse esta ayuda en el art. 149.1.17 CE, este precepto abre la posible ejecución autonómica de los servicios de la Seguridad Social, asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco, ex art. 18, apartados 2.b) y 4, y la disposición transitoria quinta EAPV, por lo que la gestión del subsidio de ser igualmente autonómica²⁹, entendida como mera labor aplicativa de los fondos habilitados por el Estado, consistente en comprobar el cumplimiento de los requisitos, librar los pagos y restantes aspectos de la gestión y control, sin posibilidad de influir en la unidad

²⁷ SSTCo 100/2017, de 20 de julio; 153/2017, de 21 de diciembre, y 156/2017, de 21 de diciembre.

²⁸ STC 100/2017.

²⁹ STC 124/1989, de 7 de julio.

económico-patrimonial o la solidaridad financiera de la Seguridad Social, sin consecuencias sobre la caja única y sin engendrar desigualdades entre los ciudadanos, al estar predefinidos por el Estado los requisitos, los beneficiarios y la cuantía de las percepciones.

Cierto es que la disposición derogatoria única 2.d) del Real Decreto-ley 28/2018 únicamente afecta al carácter temporal del subsidio, convirtiendo la ayuda en indefinida, pero esta modificación no altera el régimen de gestión, razón por la cual el conflicto sigue vivo.

2. La posición de la abogacía del Estado

El abogado del Estado plantea, en primer lugar, una objeción de inadmisibilidad, por cuanto del recurso no se desprende crítica competencial a que el Estado pueda, bien regular supuestos transitorios de la ayuda de acompañamiento del sistema nacional de garantía juvenil, bien derogarla. Tampoco se discute el carácter indefinido del subsidio extraordinario de desempleo. Los reproches de la demanda se dirigen únicamente a la gestión por el SEPE de tales ayuda y subsidio, aspecto no regulado en las normas impugnadas en este recurso. Considera que existe una falta de conexión entre la tacha de inconstitucionalidad de la demanda —la atribución de la competencia de gestión al SEPE— y el objeto impugnado.

Entrando en el fondo del asunto, la abogacía del Estado realiza las siguientes consideraciones:

a) Por lo que se refiere a la disposición adicional centésima vigésima, entiende que la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato formativo se encuadra en el título competencial del art. 149.1.17 CE, teniendo en cuenta los siguientes extremos: de un lado, la propia regulación de la ayuda, pues si se tratase de una subvención pública no podría compensarse con otras prestaciones por desempleo, como recoge el apartado séptimo 3; de otro, los fondos de los que se nutre el sistema nacional de garantía juvenil creado por la Ley 18/2014 incluidos en una partida presupuestaria referida a prestaciones a los desempleados; y, en fin, a diferencia de los programas Prepara y PAE, no se regula como una subvención de adjudicación directa en el marco de la Ley de subvenciones.

Subsidiariamente, si se considera que el título competencial aplicable es el art. 149.1.13 CE, entiende la abogacía del Estado que se cumplirían los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la gestión centralizada de esta ayuda, pues el sistema nacional de garantía juvenil deriva de políticas europeas, está cofinanciado con cargo a la iniciativa de empleo juvenil y el fondo social europeo, máxime cuando la gestión centralizada trata de asegurar que ningún tipo de dificultad financiera ponga en riesgo el abono en tiempo y forma de las ayudas a sus beneficiarios, evitando que se puedan crear diferencias en la percepción de las ayudas por razón del territorio.

b) En relación con la disposición final cuadragésima, el abogado del Estado señala que a diferencia de los programas Prepara y PAE, el subsidio extraordinario de desempleo no presenta vinculación con las políticas activas de empleo, pues la mentada disposición se limita a recordar los requisitos exigidos con carácter general para la percepción de las prestaciones de desempleo. Su ámbito de aplicación es mucho mayor que el que resultaría de una mera sucesión de estos programas, y su finalidad no es sino la protección frente al desempleo.

III. DOCTRINA SENTADA

Rechazados los óbices de admisibilidad opuestos por el abogado del Estado, el Tribunal Constitucional entra a valorar la controversia competencial ceñida al régimen de gestión tanto de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato formativo como del subsidio extraordinario de desempleo. Así:

1.- En cuanto a la gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato formativo, la duda a resolver estriba en entender si su encuadramiento competencial se encuentra en el art. 149.1.13 CE o en el art. 149.1.17 CE.

A este respecto, el Tribunal Constitucional considera que esta ayuda constituye una “medida de activación e inserción laboral de jóvenes beneficiarios del sistema nacional de garantía juvenil, regulado en el capítulo I del título IV de la Ley 18/2014, de 15 de octubre” (apartado 1.1 de la disposición adicional 1 centésima vigésima LPGE 2018). Se inserta, por tanto, en el conjunto de medidas integrantes del sistema nacional de garantía juvenil, consistentes en la atención a los beneficiarios y el apoyo a la formación y a la contratación para el colectivo de jóvenes no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación, según el art. 87 de la citada Ley 18/2014”. Considera, en consecuencia, que el encuadramiento competencial correcto se encuentra dentro del art. 149.1.13 CE tal y como ya había sentado la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2018, de 21 de junio³⁰.

Una vez encuadrada la regulación controvertida en el ámbito del art. 149.1.13 CE, el Tribunal Constitucional añade que es doctrina consolidada que la competencia para la ejecución de las normas dictadas en virtud de esta competencia estatal corresponde, en principio, a las Comunidades Autónomas (en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, *ex art.* 10.25 EAPV), salvo que concurren circunstancias que, de forma excepcional, justifiquen la gestión centralizada³¹. Tal excepcionalidad no concurre en el presente caso, pues el diseño normativo no permite “apreciar que la asunción por el Servicio Público de Empleo Estatal de las funciones ejecutivas de concesión y pago de la ayuda económica de acompañamiento resulte imprescindible para garantizar la efectividad de la medida y la homogeneidad en su disfrute”, no en vano los requisitos y condiciones para su disfrute están previamente establecidos por la legislación estatal quedando garantizada una aplicación generalizada³².

Por tales razones, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad de los apartados de la disposición adicional centésima vigésima LPGE 2018 que atribuyen al SEPE la gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato formativo. En concreto, considera que incurren en tales tachas: el inciso “por el Servicio Público de Empleo Estatal” del apartado 4.6; el inciso “en la oficina de prestaciones

³⁰ La doctrina básica de este pronunciamiento puede resumirse en los siguientes términos: “[C]uando la acción de los poderes públicos se dirige a ‘incidir en el mercado laboral desde criterios de política económica incentivadores del acceso al empleo’ (STC 95/2002, FJ 10), esa acción se inscribe en la directriz que le marca el artículo 40.1 CE de ejercitar una política orientada al pleno empleo”, y por lo tanto “la movilización de recursos financieros destinados a regular el mercado laboral y el pleno empleo concierne a ámbitos que no se limitan a lo que se viene entendiendo como régimen o materia laboral, aunque guarden conexión con ésta, sino que se trata ‘de medidas que inciden en el mercado de trabajo globalmente considerado, dando cumplimiento a la directriz contenida en el artículo 40.1 *in fine* CE, y que tienen tras de sí el respaldo competencial del artículo 149.1.13 CE [...] El Estado ostenta pues, al amparo de su competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica [...] la facultad de adoptar medidas en materia de fomento del empleo que, en tanto no incidan en la regulación de la relación laboral, constituyen una materia distinta de la propiamente laboral a la que se refiere el artículo 149.1.7 CE’ (SSTC 95/2002, FJ 11, y 22/2014, FJ 4). En aplicación de esta jurisprudencia, teniendo en cuenta que para ser beneficiario del sistema nacional de garantía juvenil se necesita ser joven y estar sin trabajo [art. 97 d)] y que el objetivo declarado del sistema es que todos esos jóvenes sin trabajo ‘puedan recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleadas’ [art. 90.1 a)], debemos enmarcar el sistema nacional de garantía juvenil, claramente, en el artículo 149.1.13 CE. Ello excluye, en principio, que el Estado pueda reservarse competencias ejecutivas y de gestión, salvo que las mismas sean necesarias para alcanzar los fines perseguidos por el Estado, de acuerdo con la doctrina constitucional ya reseñada más arriba [fundamento jurídico 5 c)] y que no es necesario reiterar (especialmente, para la gestión de un registro, puede verse la STC 223/2000, de 21 de septiembre, FFJJ 10 y 11)”.

³¹ SSTCo 100/2017, de 20 de julio; 153/2017, de 21 de diciembre; 156/2017, de 21 de diciembre, y 40/2019, de 27 de marzo.

³² STCo 100/2017.

del Servicio Público de Empleo Estatal que le corresponda por su domicilio” del apartado 5.1; el apartado 5.2; el apartado 6.1; el inciso “previa reclamación ante el Servicio Público de Empleo Estatal” del apartado 6.3; y el apartado 7.3.

Ahora bien, esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta a las situaciones jurídicas consolidadas, debiéndose considerar como tales las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes o las que, en vía judicial, hayan sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

2.- En lo que se refiere a la gestión estatal del subsidio extraordinario de desempleo, el Máximo Intérprete de la Constitución, considera que “la política de empleo acoge un enfoque integral y sinérgico, que abarca tanto las actuaciones destinadas a la creación de empleo (la ‘política orientada al pleno empleo’ a la luz del art. 40.1 CE) como las dirigidas a la tutela o protección de los desempleados (una de las ‘situaciones de necesidad’ identificadas en el art. 41 CE). Los distintos instrumentos de la política de empleo combinan las dos facetas en grado diverso, pues ni las acciones orientadas al objetivo de incorporación o reincorporación al mercado de trabajo pueden desentenderse de la situación de necesidad, ni las prestaciones por desempleo deben contribuir a desincentivar aquel objetivo. Este enfoque, a la vez que resulta perfectamente comprensible como orientación de la acción de los poderes públicos, tiene una compleja proyección en el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, al combinar medidas de carácter pluridisciplinar y distinta naturaleza jurídica”.

En concreto, “las políticas activas de empleo pueden comprender la concesión de subvenciones públicas y así ha sido en el caso de las ayudas económicas de acompañamiento previstas en los programas de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y de activación para el empleo, (denominados Prepara y PAE)... Por su parte, en la acción protectora de la protección por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, están comprendidas las ‘acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable [...] sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo’ (art. 265.2 TRLGSS)”.

Bajo tal imbricación, “el subsidio extraordinario de desempleo aparece desde su creación incorporado a la acción protectora de la Seguridad Social, lo que se confirma tanto por su ubicación sistemática en el TRLGSS como por su diseño legal, enmarcado en el modelo de protección por desempleo de nivel asistencial”. Es más, el compromiso de actividad que tiene que suscribir el solicitante del subsidio, según el apartado cuarto de la disposición adicional vigésima séptima TRLGSS, es exactamente el mismo que establece el art. 300 TRLGSS para todos los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo, compromiso que incluye ‘buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad’”. Asimismo, “la remisión a lo dispuesto en el título III TRLGSS para todo lo no previsto expresamente en la disposición impugnada confirma que, terminada la vigencia de los programas Prepara y PAE, el legislador ha optado por una alternativa diferente, consistente en un subsidio extraordinario de desempleo que ha pasado a formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social”.

El nuevo subsidio extraordinario responde, pues, a la libertad de configuración del legislador para modular la acción protectora de la Seguridad Social auspiciada por el art. 41 CE, lo que determina que el examen de esta controversia competencial haya de abordarse desde la óptica de las competencias que atribuye al Estado el art. 149.1.17 CE en esta materia: “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”.

Como expuso la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1989, de 7 de julio, “la mención separada del ‘régimen económico’ como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas. En su dimensión o expresión jurídica, el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema”. Corresponde, por tato, al Estado “la gestión de las prestaciones por desempleo, en tanto que integrantes de la caja única de la Seguridad Social”³³.

Por lo demás, aun cuando el art. 18.2 b) EAPV recoge la competencia autonómica para la “gestión del régimen económico de la Seguridad Social”, lo cierto es que tal previsión debe de ponerse en relación con la disposición transitoria quinta del mismo texto normativo que, en cumplimiento del respeto al principio de unidad y solidaridad, exige la suscripción de los oportunos convenios en el seno de la comisión mixta de transferencias creada para la aplicación del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, “según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios”. En la medida en que hasta la fecha no se han suscrito tales instrumentos, no es posible apreciar que la lesión competencial denunciada por el Gobierno vasco se haya producido en grado alguno.

IV. CONTENIDO DEL FALLO

La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2019 estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco, declarando la inconstitucionalidad y nulidad, de los siguientes apartados e incisos de la disposición adicional centésima vigésima de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018: el inciso “por el Servicio Público de Empleo Estatal” del apartado 4.6; el inciso “en la oficina de prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal que le corresponda por su domicilio” del apartado 5.1; el apartado 5.2; el apartado 6.1; el inciso “previa reclamación ante el Servicio Público de Empleo Estatal” del apartado 6.3, y el apartado 7.3. Y ello por entender que corresponde a las Comunidades Autónomas la gestión de la ayuda de acompañamiento para jóvenes inscritos en el sistema nacional de garantía juvenil que suscriban un contrato formativo al quedar ubicada en el art. 139.1 13 CE.

Por el contrario, desestima que se haya producido una invasión en competencias autonómicas en relación con el subsidio extraordinario de desempleo que forma parte de la acción protectora de la Seguridad Social y su encaje constitucional queda amparado en el art. 149.1.17 CE, de manera que no solo la determinación de la prestación constituye una norma básica que corresponde establecer al Estado, sino que la atribución de competencias de ejecución al Estado se justifica en la necesidad de configurar un sistema materialmente unitario.

V. APUNTE FINAL

Como con acierto ha sentado el Profesor Valdés, “la atribución a la Constitución de la doble condición de fuente del derecho, dotada de un principio de supremacía (*lex superior*), y de fuente de las fuentes de derecho, dirigida tanto a reconocer los diferentes poderes normativos en un sistema de pluralismo como a definir los principios que ordenan las relaciones entre dichos poderes”³⁴ constituye un factor de indudable complejidad a la hora de articular de forma coherente y eficaz la acción pública

³³ STCo 104/2013, de 24 de abril.

³⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Las transformaciones de las fuentes de Derecho del Trabajo: una aproximación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, 25, núm. 2, p. 12.

en materia de política de empleo, no en vano la distribución de competencias resultante del reparto del poder político excede del ámbito estrictamente laboral, atribuido en exclusiva al Estado³⁵. Y es que la división de cometidos en materia de empleo no puede resolverse acudiendo al “fácil” esquema dual: exclusividad legislativa para el Estado Central, exclusividad ejecutiva para las Comunidades Autónomas, pues el carácter transversal u horizontal de la materia sobrepasa los límites de un único título de habilitación competencial³⁶, de manera que ha tenido que ser el Tribunal Constitucional, contando con la prestigiosa pluma del Dr. Valdés, quien, a través de la subsunción de las diversas categorías institucionales en las materias constitucionales específicamente contempladas, procediera a afrontar la determinación del título competencial en juego³⁷.

Bajo tales premisas, esta sentencia es una muestra más de la convivencia de una pluralidad de centros normativos y administrativos fruto de la organización territorial del Estado de las Autonomías que la norma suprema reconoce y garantiza, de manera que el tratamiento constitucional por cuanto a asignación y asunción de competencias en materia de empleo se refiere, supone, sin duda alguna, uno de los puntos de fricción más comunes ente el Estado y las Comunidades Autónomas, en los que con incuestionable magisterio y sabiduría el Dr. Valdés aportó luz para la delimitación de sus linderos.

³⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, A.V.: “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, en VV.AA.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Coords.), Madrid, MTSS, 2003, p. 1347.

³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Art. 1. Definición”, en VV.AA.: *El Derecho del Empleo. El Estatuto Jurídico del Empleo. Estudio sistemático de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre*, MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M.N. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dirs.), Granada, Comares, 2011, p. 50.

³⁷ STCo 195/1996, de 28 de noviembre.

Legitimación procesal del sindicato para intervenir en la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa del interés colectivo¹. Comentario a la STC 89/2020, de 20 de julio; recurso de amparo 505/2019 BOE núm. 220, 15 de agosto de 2020

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
 <https://orcid.org/0000-0002-2111-0693>

I. PLANTEAMIENTO

El objeto de estas breves anotaciones es la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, núm. 89/2020, de 20 de julio de 2020, de la que fue ponente el catedrático y magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, por la que se resuelve el recurso de amparo 505-2019 promovido por el Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de esta capital, inadmitiendo su recurso frente un acuerdo de la mesa sectorial de sanidad del Servicio Madrileño de Salud. La publicación de esta sentencia en el BOE de 15 de agosto de 2020 se encabeza con un breve extracto de su contenido que ya presagia la trascendencia del conflicto y el fallo: “Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia) en relación con el derecho a la libertad sindical: resoluciones judiciales que ignoran la dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de determinados intereses (STC 101/1996)”.

Este pronunciamiento, que ahora rescatamos para rendir con su comentario merecido tributo a la excelsa contribución del magistrado Valdés Dal-Ré a la conformación de la doctrina social del Tribunal Constitucional, ya fue objeto de rigurosos y esmerados análisis por la doctrina iuslaboralista en el momento de su publicación², que vino a destacar su importancia por el certero planteamiento, “breve pero claro y contundente, sobre los intereses plurales y diversos que pueden anidar en el seno de una organización sindical y que esta debe tratar de agrupar y ordenar para beneficio de toda la afiliación, por una parte, y de la población trabajadora por otra”³.

¹ Esta publicación es parte del proyecto PID2020-117554RB-I00: “Retos de la garantía jurisdiccional de los derechos laborales de las personas trabajadoras en un contexto socioeconómico cambiante”, financiado por MCIN, incluido en la Convocatoria 2020 del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

² ROJO TORRECILLA, E.: “El sindicato como institución representativa de los (diversos y no necesariamente uniformes) intereses de la población trabajadora. Notas a la sentencia del TC 89/2020, de 20 de julio”, en el blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, lunes, 17 de agosto de 2020, pp. 1-5, disponible en: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/08/el-sindicato-como-institucion.html>; también, ROMERO RÓDENAS, M^a. J. y MORARU, G-F.: “Derecho a la tutela judicial efectiva y libertad sindical: derecho de los sindicatos a acceder a la justicia. STC núm. 89/2020, de 20 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 8/2020, pp. 1-9, disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000001067

³ ROJO TORRECILLA, E.: “El sindicato como institución...”, *cit.*, p. 1/5.

II. CLAVES DEL LITIGIO Y DEL RECURSO DE AMPARO

-En marzo de 2015, el sindicato “Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad” formuló demanda contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, en la que impugnaba la desestimación por silencio administrativo de sendos recursos de alzada interpuestos contra el Acuerdo de la mesa sectorial de sanidad, sobre Criterios para nombramientos de personal estatutario interino en los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) de 18 de julio de 2014, así como contra la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del SERMAS, de fecha 30 de julio de 2014, que establecía Instrucciones para el nombramiento de personal interino en los centros sanitarios de SERMAS, con el objetivo de dotar de mayor estabilidad al personal estatutario eventual de dicho servicio. No se citaban otros colectivos como beneficiarios de esta actuación, como el personal temporal de sustitución o el personal de las bolsas de empleo que no estuviera prestando servicios en determinada fecha, que debían entenderse excluidos pese a que, algunos de ellos, podrían tener mayor experiencia profesional.

-En julio de 2015, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Madrid dictó sentencia en la que declaró la nulidad del referido acuerdo y de la resolución reseñadas, por considerar que vulneraban los principios de igualdad, mérito y capacidad y causaban discriminación al excluir a determinados trabajadores en el proceso de selección de personal temporal.

-La Consejería de Sanidad de la CA de Madrid recurre en apelación, obteniendo sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de fecha 1 de abril de 2016, declarando la nulidad de las actuaciones por falta de emplazamiento al proceso de todos los posibles interesados, con retroacción de aquellas.

-En fecha 3 de mayo de 2017, el Juzgado dicta nueva sentencia, en la que, apartándose de lo que sostuviera en su primera sentencia, acuerda la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, tras entender que la organización sindical recurrente no contaba con legitimación activa para impugnar los actos administrativos referidos. Para ello, razona que, en el caso de autos, no existía un interés exclusivamente de carácter colectivo del conjunto del personal estatutario temporal que podría tutelar o defender el sindicato actuante, añadiendo que, entre los diferentes trabajadores, afiliados y no afiliados al Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad, existían intereses contrapuestos, pues muchos desearían la no revocación del proceso de consolidación temporal, mientras que otros —los que no obtuvieron plaza o quedaron fuera del proceso selectivo— estarían interesados justamente en lo contrario.

-Por el Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad se interpuso recurso de apelación, aduciendo vulneración de los derechos fundamentales protegidos en el art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción) en relación con el art. 28.1 CE (derecho a la libertad sindical). El recurso fue estimado parcialmente por sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, de 2 de marzo de 2018, pero solo en lo referido a que la falta de legitimación *ad causam* del sindicato determinada la “desestimación” del recurso en vez de la “inadmisión” que había decidido en juzgador *a quo*. Continúa entendiendo el tribunal que no puede atribuirse legitimación activa al sindicato recurrente, porque no se pretende la defensa de un interés colectivo o general, sino la defensa de los intereses particulares de aquellos que, mediante la aplicación de los criterios propugnados por el sindicato, van a ser afectados por un proceso de estabilización o consolidación del empleo temporal.

-En mayo de 2018, el sindicato formuló recurso de casación contra la anterior sentencia, el cual fue inadmitido por el TS por carecer de interés casacional.

-En enero de 2019, Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra la providencia que inadmitió el recurso de casación y contra las sentencias de marzo de 2018 (del TSJ) y mayo de 2017 (del JCA), por posible vulneración

del derecho de acceso al proceso, como vertiente de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y, en relación con él, por lesión del art. 28.1 CE, en tanto que la legitimación de un sindicato para acceder al proceso cuando existen intereses económicos o profesionales estaría ligada a la acción sindical y, por consiguiente, al derecho fundamental sustantivo de libertad sindical.

-La Comunidad de Madrid, en su escrito de alegaciones, interesa, frente a lo anterior, la inadmisión por falta de especial trascendencia del recurso y, con carácter subsidiario, la desestimación del mismo, señalando que la demanda de amparo no ataca el criterio interpretativo de la sentencia de apelación y que el sindicato no tenía como propósito defender los intereses profesionales de los trabajadores, sino solo de una parte de ellos ya que defendía los intereses de determinados aspirantes y no de todos los trabajadores afectados.

-En la misma tónica que el Letrado de la CAM, el Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de amparo, por considerar que el sindicato recurrente no ejercía una legitimación institucional, que los argumentos esgrimidos y recogidos por los órganos judiciales son fundados en derecho y que al sindicato se le permitió alegar lo que consideró pertinente al reconocerse legitimación *ad procesum*, a pesar de que después su legitimación *ad causam* fuera rechazada.

-Por el contrario, el Ministerio Fiscal apoya la concesión del amparo al sindicato, por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas, al excluir la legitimación del sindicato recurrente, habrían imposibilitado entrar en el fondo de las cuestiones formuladas mediante la contemplación de la exigencia de legitimación de un modo rígido y desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultando una resolución contraria al art. 24CE y correlativamente al art. 28 CE.

III. EL PROCESO COMO MEDIO O INSTRUMENTO DE ACCIÓN SINDICAL

Una característica del derecho procesal moderno, y más en un Estado Social, ha sido la de admitir progresivamente la legitimación de las asociaciones para la defensa de los intereses colectivos y difusos, precisamente como medio de igualar posiciones frente a quienes puedan tener una posición de fuerza, también en el proceso⁴.

Así se establece, con carácter general, en el art. 7.3 de la LOPJ, que reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para la defensa y promoción de esos intereses colectivos.

En el ámbito de la jurisdicción social, esa legitimación está ampliamente contemplada; así, con fundamento en el art. 7 de la CE⁵, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, ratifica en su art. 17.2 que “los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses sociales que les son propios”, y en concreto, que los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto “están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate”, desarrollando posteriormente dicha capacidad de intervención en los procesos de conflicto colectivo, procesos de ejecución, etc.

El sindicato, pues, se encuentra legitimado para defender procesalmente los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores, legitimación que la LRJS (art. 153.1) ha extendido también, con importantes consecuencias en orden a la ejecución colectiva de la sentencia, a las demandas que afecten “a un colectivo genérico susceptible de determinación individual”⁶. Ahora bien, no basta

⁴ ALFONSO MELLADO, C. L.: “Legitimación sindical en el proceso penal”, *NET21*, núm. 4, junio 2021, p. 4; disponible en: <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/05/La-legitimacion-sindical-en-el-proceso-penal.pdf>

⁵ Donde se dispone que “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (...)”.

⁶ STS/SOC de 10 febrero 2014, rec. 93/2013.

que el sindicato acredite que actúa en defensa del interés colectivo, sino que “debe existir además un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (...) y el objeto del debate en el pleito de que se trate”⁷; o, dicho de otro modo, el sindicato está legitimado para promover procesos de conflicto colectivo cuando, además de implantación en el ámbito del conflicto, exista “una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada”⁸.

Esta legitimación procesal del sindicato para promover la defensa de intereses colectivos de los trabajadores, afiliados o no al mismo, entronca con el derecho de acción sindical que, en ejercicio de su derecho a la libertad sindical, tienen reconocido las organizaciones sindicales en el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, donde el legislador dispone que el ejercicio de la actividad sindical podrá realizarse “en la empresa o fuera de ella”, y comprenderá, en todo caso, además otras facultades (derecho a la negociación colectiva, derecho de huelga, etc.), el derecho “al planteamiento de conflictos individuales y colectivos”, en los términos previstos en las normas correspondientes. De lo expuesto se obtiene que el sindicato puede desplegar su labor de defensa de los intereses colectivos de los trabajadores tanto dentro como fuera del proceso.

Pero esta legitimación amplia que se confiere a las organizaciones sindicales, como instituciones representativas de los intereses colectivos de los trabajadores, no se circunscribe al ámbito de la jurisdicción social en la que habitualmente actúa el sindicato, sino que también se extiende a otros órdenes jurisdiccionales. Así, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 19.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esa jurisdicción (LRJCA), establece expresamente la legitimación de los sindicatos que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, ampliándola luego en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres. En el ámbito civil, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su art. 11 legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos o difusos de estos, y en el art. 11 bis a los sindicatos más representativos para la defensa del derecho a la igualdad de trato, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación. Por otro lado, el art. 171.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal contempla la eventual intervención de los sindicatos en el procedimiento concursal, en representación de las personas trabajadoras, refiriéndose más adelante, en su art. 513.2, a las facultades atribuidas a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales. Incluso en el ámbito penal, según la normativa vigente, un sindicato puede intervenir no solo como acusación particular, en su condición de sujeto ofendido o víctima de un ilícito penal, sino también en el ejercicio de la acción popular que, de conformidad con el art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, corresponde a todos los ciudadanos españoles, salvo para los delitos y faltas enunciados en su art. 104, que solo podrán ser perseguidos por los sujetos ofendidos o por sus legítimos representantes⁹.

IV. EL INTERÉS LEGÍTIMO DEL SINDICATO EN LOS CONFLICTOS SUSCITADOS EN EL ORDEN JUDICIAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: DOCTRINA DE LA STC 89/2020

Como se ha anticipado en el epígrafe anterior, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 19.1 de la LRJCA atribuye con carácter general la legitimación procesal a “(l)as personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo” [apartado a)], de donde se puede colegir la facultad del sindicato para la promoción de acciones en defensa de un

⁷ SSTC 7/2001, de 15 de enero y 159/2006, de 22 de mayo.

⁸ Por todas, resumiendo la doctrina sobre la materia, STS/SOC de 20 julio 2022, rec. 67/2020.

⁹ El citado precepto se refiere a los delitos de estupro, calumnia o injuria y faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves.

interés particular. Además, el art. 19.1.b) LRJCA reconoce expresamente legitimación en el citado orden a los sindicatos que “*resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos*”. Por último, el apartado i) del mismo precepto establece la legitimación del sindicato para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación e intolerancia, tanto cuando los conflictos afecten a personas afiliadas al mismo, y siempre que cuente con su autorización, como cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, para instar acciones judiciales en defensa de derechos o intereses difusos de dicho colectivo, exigiéndose en este segundo supuesto la condición de sindicato más representativo.

De los tres supuestos de legitimación enunciados en el citado precepto, el contemplado en el apartado b), relativo a la legitimación del sindicato para la defensa de derechos e intereses legítimos colectivos, es el que plantea mayor dificultad interpretativa¹⁰. A este respecto, ha generado especial controversia el reconocimiento de legitimación *ad causam* a los sindicatos para impugnar, en el orden contencioso-administrativo, los actos relacionados con la contratación y la carrera profesional de los empleados públicos, al discutirse la prevalencia en estos supuestos de un interés profesional de carácter colectivo o, por el contrario, de una pluralidad de interés particulares diversos, cuya defensa habrían de interesar los concretos sujetos afectados.

No obstante, en los casos de duda, ha terminado por imponerse una interpretación laxa de la legitimación activa de sindicatos y asociaciones en defensa de los intereses de sus colectivos e integrantes, en aplicación del principio *pro actione* para asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los tribunales de justicia¹¹. Tal es la postura que resplandece en la STC 89/2020, cuya doctrina extractamos a continuación.

Al entrar en la resolución del recurso, el TC se propone dar respuesta, con carácter previo, al óbice procesal planteado por el Letrado de la CAM acerca de no proceder la admisión del recurso por falta de “especial trascendencia constitucional”, alegación procesal que es rechazada por un doble motivo: en primer lugar, porque tal trascendencia fue apreciada en el trámite de admisión del recurso y ahora, a la vista de todas las alegaciones formuladas, no se encuentra argumento para modificar esa inicial apreciación; y en segundo término, porque la alegación del letrado de la CAM puede ser calificada como “retórica”, al estar ayuna de una fundamentación que, cuando menos, pudiera llevar a la Sala a cuestionarse su decisión anterior.

Despejado el expresado obstáculo procesal, la Sala manifiesta que está en juego, nuevamente, la cuestión de la legitimación de los sindicatos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la cual el TC ya se ha pronunciado en varias ocasiones —y cuya doctrina sintetizará en el FJ 3—, pero no sin antes recordar, a modo de criterios generales, que si bien “la apreciación de cuándo concurre un interés legítimo habilitante de la legitimación procesal, y por ende legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales *ex art. 117.3 CE*”, la interpretación que deben efectuar estos debe ser lo más favorable posible al acceso al proceso, o dicho con otras palabras, “los órganos judiciales quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso.”

¹⁰ FERRANDO GARCÍA, F^a. M^a.: “Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato más allá del orden social de la jurisdicción”, *Documentación Laboral*, núm. 127, 2022, p. 37.

¹¹ FERRANDO GARCÍA, F^a. M^a., “Interés legítimo...”, cit., p. 42.

A continuación, la Sala sintetiza su doctrina sobre la legitimación activa del sindicato en el orden contencioso-administrativo, sobre la base de lo mantenido en reiterados pronunciamientos anteriores¹². Doctrina que puede resumirse en tres puntos básicos:

- a) Reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Desde la perspectiva constitucional, cuando la Constitución y la ley invisten a los sindicatos con la función de defender los intereses de los trabajadores “les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singuli*, sean de necesario ejercicio colectivo, en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva. Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en el que estén juego intereses colectivos.”
- b) Desde la STC 101/1996, de 11 de junio, “esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos, reconducible a su relevancia constitucional, se proyecta de un modo particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada”. Se trata, en definitiva, “de aplicar a estas personas jurídicas sindicales la misma exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso, a saber: ostentar interés legítimo en él”, que es lo que marca la diferencia entre la genérica legitimación *ad procesum* y la aptitud para ser parte en un proceso concreto o *legitimatío ad causam*.
- c) Síntesis de los dos postulados anteriores es que “para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que este acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores. Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado.”

Llegados a este punto, y tras declarar la Sala que en asuntos como el presente “el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical”, procede determinar si las sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la organización sindical recurrente, en relación con el art. 28. 1 CE, al no reconocerle legitimación para recurrir el acuerdo y resolución de desarrollo que constituían el objeto del proceso. Y la respuesta del TC es que se ha producido efectivamente la transgresión de los referidos derechos fundamentales, en línea con lo patrocinado por el sindicato recurrente y el Ministerio Fiscal.

Tras recordar en qué consistía el conflicto (quedaban fuera del proceso selectivo algunos trabajadores), y trasladando al caso examinado la doctrina constitucional *supra* transcrita, la Sala concluye que “el interés legítimo del sindicato resultaba claramente identificable en el presente

¹² Entre otras, STC 101/1996, de 11 de junio; 112/2004, de 12 de julio; 202/2007, de 24 de septiembre; 4/2009, de 12 de enero; 33/2009, de 9 de febrero; 183/2009, de 7 de septiembre; 58/2011, de 3 de mayo, o 148/2014, de 22 de septiembre.

asunto”, al concurrir la exigible conexión de la organización sindical impugnante con el concreto objeto del proceso contencioso-administrativo.

Afirma asimismo el TC que la razón de dicha conexión no radicaba sólo en el interés general y abstracto del sindicato en defender la legalidad de los procedimientos utilizados para la cobertura de ciertas plazas, que puede sintetizarse en un interés de igualdad en el acceso al empleo público para todos los trabajadores, afiliados o no, que pudieran concurrir a las mismas, sino que se materializaba también en un interés específico en razón del derecho de la organización sindical, precisamente en el ejercicio de tal representación, a defender sus propios criterios y orientaciones en la defensa de los intereses concernidos en el procedimiento de selección dirigido a sus representados.

Particular interés reviste la reflexión jurídica del TC sobre los “intereses plurales y diversos” que puede y debe defender un sindicato en su actuación, y siempre teniendo como norte la defensa de todo el colectivo afectado por un conflicto¹³. Porque, aceptar que un sindicato solo pueda intervenir, procesalmente hablando, cuando haya uniformidad en los intereses en juego de los trabajadores afectados por el conflicto, equivaldría, y así lo manifiesta de forma clara y rotunda la Sala, “a negar al sindicato una tendencia en la representación, uniformizando e, incluso, objetivando de manera única y homogénea la consideración del interés de los trabajadores tutelable por sus organizaciones, hasta el punto de contradecir y obstruir la lógica de la pluralidad sindical. Y supondría además, ahora desde el prisma argumental empleado por las resoluciones recurridas, obstaculizar y suprimir la dimensión sindical de la acción judicial para la defensa de los intereses que son propios de estas organizaciones representativas; y ello por el solo hecho, o siempre que, existieran o pudieran existir —como dicen los pronunciamientos judiciales impugnados— intereses contrapuestos entre trabajadores, como puede ocurrir cuando unos son excluidos y otros incluidos en un proceso de selección de personal, pues es obvio que en cualquier dinámica laboral, sea o no en un proceso selectivo, y sea o no en el ámbito de la administración pública, pueden aparecer distintas sensibilidades, derechos en conflicto o intereses contrapuestos o no siempre iguales y absolutamente coincidentes entre los propios destinatarios de la representación sindical” (FJ 4).

Téngase en cuenta, además, que si el sistema de contratación utilizado para la cobertura de las plazas fuese considerado por los órganos judiciales como contrario a Derecho, “es claro que una, si no la única, de las alternativas con que contaría el SERMAS consistiría en no excluir a ninguno de los colectivos relacionados con ese servicio del proceso de acceso a los puestos de trabajo controvertidos”; o, dicho con otras palabras, “de prosperar la impugnación que no fue enjuiciada en el proceso, un colectivo muy importante del personal estatutario, incluidos afiliados al sindicato, tendrían al menos una legítima expectativa de poder acceder a los puestos de interinos que se ofertaban, en igualdad de condiciones que el personal eventual, garantizándose así, en el proceso concreto y no en una mera concepción abstracta, la defensa de derechos fundamentales que asisten a todos los trabajadores”.

En definitiva, las resoluciones judiciales impugnadas por el sindicato recurrente asumieron una interpretación restrictiva del concepto de interés profesional o económico “incompatible con las exigencias derivadas del art. 24.1 CE, en relación con el art. 28.1 CE”, de modo que, al desestimar el recurso contencioso-administrativo con fundamento en la supuesta falta de legitimación activa del Movimiento Asambleario de Trabajadores de Sanidad, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y en relación con la acción sindical (art. 28.1 CE). Por todo ello, el TC estima la demanda de amparo, anula las sentencias recurridas y ordena retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que se dicte otra resolución en la que se reconozca la legitimación procesal del sindicato recurrente y se entre a analizar el fondo del asunto.

¹³ ROJO TORRECILLA, E.: “El sindicato como institución representativa...”, *cit.*, p. 4.

V. VALORACIÓN FINAL

Como certeramente apuntó Palomeque López recién estrenada nuestra Carta Magna, el art. 7 de la CE, puesto en relación con el mandato constitucional igualatorio contenido en el art. 9.2 de dicha norma básica, deben contribuir a “la remoción de cuantos obstáculos —los de índole jurídico-procesal incluidos— impidan una efectiva atención sindical a los intereses colectivos allí donde su eventual vulneración lo requiera.”¹⁴

La STC 89/2020 viene a reforzar la consolidada doctrina existente sobre la legitimación activa de los sindicatos ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual reconoce, con carácter general, la legitimación del sindicato para reclamar, ante los órganos judiciales oportunos, la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos de los trabajadores. Negar al sindicato legitimación directa en conflictos de relevancia sindical o colectiva, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que dicha legitimación se ejerza, supone dejar carente de contenido la producción normativa de promoción del sindicato como sujeto de relieve constitucional que tiene a su cargo la defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores¹⁵.

Por todo lo anterior, acierta el TC cuando estima la demanda de amparo y reconoce legitimación procesal al sindicato, dado que cualquier opción contraria supondría, como advierte el TC, “soslayar la dimensión del sindicato como institución representativa que constitucionalmente tiene reconocida su función de defensa de los intereses que le son propios, privándole de un medio de acción sindical.”

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALFONSO MELLADO, C. L.: “Legitimación sindical en el proceso penal”, *NET21*, núm. 4, 2021.

FERRANDO GARCÍA, F^a.M^a.: “Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato más allá del orden social de la jurisdicción”, *Documentación Laboral*, núm. 127, 2022.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Sindicato y proceso de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 122, 1979.

ROJO TORRECILLA, E.: “El sindicato como institución representativa de los (diversos y no necesariamente uniformes) intereses de la población trabajadora. Notas a la sentencia del TC 89/2020, de 20 de julio”, en el blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, lunes, 17 de agosto de 2020, disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/08/el-sindicato-como-institucion.html>.

ROMERO RÓDENAS, M^a. J. y MORARU, G-F.: “Derecho a la tutela judicial efectiva y libertad sindical: derecho de los sindicatos a acceder a la justicia. STC núm. 89/2020, de 20 de julio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, BOE, núm. 8, 2020.

¹⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Sindicato y proceso de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 122, 1979, p. 74.

¹⁵ ROMERO RÓDENAS, M^a. J. y MORARU, G-F., “Derecho a la tutela judicial efectiva...”, *cit.*, p. 9.

Limitación de derechos en la crisis económica y negociación colectiva. (voto particular a la STC 8/2015)

JOAQUIN APARICIO Y ANTONIO BAYLOS
Catedráticos Eméritos UCLM

Fernando Valdés ha sido un magistrado del Tribunal Constitucional que ha construido una doctrina sólida a través de los fallos y argumentaciones de las sentencias de las que fue ponente, tal y como se puede seguir en los comentarios a las mismas que aparecen en este libro homenaje. Pero también, a partir de un cierto momento fue especialmente activo en liderar una minoría de magistrados que mantenía una doctrina especialmente valiosa frente a la que sostenía la mayoría del Tribunal Constitucional. Su estilo inigualable y su contundencia argumentativa quedaban claramente reflejadas en los votos particulares que efectuó a numerosas sentencias. De hecho, éramos muchos los que preferíamos comenzar el análisis de las decisiones del Tribunal Constitucional por la lectura de los votos particulares elaborados por Fernando Valdés, que mantenían de manera tan sugerente como eficaz una argumentación impecable y una crítica bien fundada de lo que constituía por el contrario la doctrina mayoritaria de la Sala o del Pleno del Tribunal.

Particular relieve tuvo su intervención en orden a valorar la constitucionalidad de la reforma laboral urgida por el gobierno del Partido Popular victorioso en las elecciones del 30 de noviembre de 2011, que procedió a efectuar sobre la base de las políticas de austeridad resultado de la crisis financiera y de la deuda soberana en Europa a partir del 2010. La excepcionalidad de la crisis alteró elementos esenciales del estado social e introdujo como se sabe profundos puntos de regresión en la regulación de las relaciones laborales. Su consideración por parte de las SsTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero como una reforma plenamente conforme al orden constitucional, dio pie a una quiebra en la doctrina constitucional precedente e impuso, no sin bien fundadas discrepancias de una minoría de magistrados encabezados justamente por los votos particulares redactados por Valdés, una vuelta atrás en este recorrido de afirmación del principio directivo sindical del sistema democrático de relaciones colectivas.

Éste se basa en el art. 7 CE que impone lo que podríamos llamar un principio directivo no tanto del momento asociativo propio de la representación voluntaria que desemboca necesariamente en la pluralidad sindical, cuanto de la institucionalización de una figura social que establece la forma-sindicato como eje y referencia imprescindible de cualquier expresión organizativa del trabajo asalariado y, a su vez, de las posibilidades de acción o actuación colectiva. Atrae hacia el constructo histórico del sindicato, que siempre mantiene un espacio inmune a la regulación jurídica, fruto de una historia y una cultura política propia, a las variadas formas de acción colectiva. De esta manera se evita que éstas se puedan definir exclusiva o principalmente como procesos sociales que están directamente funcionalizados a las políticas económicas definidas por el poder público o a estar garantizadas institucionalmente por la norma estatal, subordinadas por consiguiente a la determinación de su contenido y alcance por ésta.

Este principio directivo de las relaciones colectivas de trabajo conduce desde luego a la declaración del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE, pero también se proyecta de manera específica sobre el art. 28.2 y el 37.1 del mismo texto constitucional. Lo determinante sin embargo es la autonomía y la autotutela de una figura social que es clave en la atribución de facultades y en la consecución de derechos derivados del trabajo o relacionados con él como factor de estructuración social. Una presencia política democrática que actúa dentro de y sobre la regulación del marco

institucional de las relaciones laborales vinculando a los poderes públicos en el respeto a ese espacio de acción.

Más aun, las formas de representación que se abren en la empresa y en los lugares de trabajo que en el modelo estatutario se definen sobre una representación electiva y unitaria, están también vinculadas por este principio directivo de la forma-sindicato. Ciertamente que en una doble dirección, puesto que el propio método por el que se fija la representación en la empresa, un proceso electoral al que concurren los sindicatos para formar el órgano de representación unitario en los centros de trabajo, es el que a su vez garantiza la representación cualificada que se define como la “singular posición jurídica” de la representatividad sindical en sus grados mayor y simple de la LOLS en los distintos niveles en los que estas nociones se articulan territorial y funcionalmente. Pero lo importante es retener que el sindicato en su dinámica compleja tiende a ser la forma general de la representación, dirigiendo e interviniendo tendencialmente en la determinación de todos los aspectos de las relaciones colectivas de trabajo en el sistema español.

El principio directivo sindical derivado del art. 7 CE impregna por consiguiente tanto la forma de la representación de los trabajadores como la expresión de sus medios de acción, pero en esta vertiente donde indudablemente su presencia es más intensa es respecto de su volcado sobre el derecho a la negociación colectiva, facilitado y sistematizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emanada hasta el cambio radical efectuado por la misma ante el ciclo de la crisis del 2010-2014 y las mencionadas sentencias 119/2014 y 8/2015 – precedidas del ATC 43/2014 - frente a las cuales Valdés expuso contundentemente su discrepancia.

De la amplia panoplia de argumentaciones presentes en los sucesivos votos disidentes de dichas sentencias y del auto de inadmisión, nos vamos a centrar en la exposición que Fernando Valdés realiza sobre dos elementos que tienen una mayor validez más allá de las vicisitudes concretas de los preceptos de la reforma del 2012 impugnados por ser contrarios a la Constitución y que hoy en una buena parte han perdido vigencia ante la reforma laboral del RDL 32/2021 y otras normas que han incidido sobre las mismas. Nos referimos en primer lugar a la utilización del paradigma de la crisis económica como justificación de la restricción de derechos constitucionales, de una parte y de otra, sentido y la función de la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios. Ambas cuestiones sostienen un pensamiento muy sólido con vigencia indefinida.

Respecto del primer elemento, el voto particular de Valdés¹ se manifiesta muy contundente:

La STC 119/2014 inauguró en los razonamientos de la doctrina de este Tribunal un novedoso canon de constitucionalidad, que la sentencia de la mayoría hace ahora suyo e integra con normalidad. Por enunciar la idea en términos esquemáticos, aunque no simplificadores, estas resoluciones —y, entre ambas, algunas otras— han decidido elevar a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años. En otras palabras, estas sentencias utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador.(...)

Conforme ya he anticipado, y ahora argumento, es este un canon bien preocupante, de consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales. La premisa implícita en este canon es de rápido enunciado: los derechos sociales constitucionales, aunque no se definan como derechos de prestación, están sujetos a un doble juicio de constitucionalidad: uno primero de carácter ordinario y uno segundo, de naturaleza extraordinaria, que se activa en situaciones de crisis

¹ El voto particular está firmado también por los magistrados Adela Asúa y Luis Ignacio Ortega.

económica. Sin entrar a fondo ni en la crítica a esta premisa-base ni en el análisis de sus consecuencias negativas, no puedo dejar de afirmar que su implantación entre nosotros tiene una devastadora potencialidad sobre el desarrollo y consolidación del Estado Social, al que puede instalar entre paréntesis, poniendo a disposición del legislador ordinario unas facultades que, no es aventurado entender, podrían terminar hermanándose con las atribuidas al legislador constituyente.

Desde luego, la crisis económica puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales. Pero tales limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de esos derechos; aquel contenido que, como dijera tempranamente la STC 11/1981, FJ 8, define «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito», quedando comprendido en otro y, en razón de ello, desnaturalizado. O por enunciar la idea en los términos recientemente expresados por el Comité Europeo de Derechos Sociales (...) «El Comité considera que las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero ‘no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta’», de modo que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que «estos derechos sean efectivamente garantizados...» (comentario al art. 6, pág. 26, de la versión francesa).

El límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser, así pues, único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a resultados del ciclo económico. Ciertamente, el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico. Pero esa maleabilidad no es predicable de su contenido esencial que, por su propia configuración, ha de estar dotado de una estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica.

Se trata realmente de una apreciación de enorme interés, en cuanto establece los límites a las restricciones de derechos fundamentales que pueden válidamente efectuarse ante la irrupción de una crisis económica por los poderes públicos sin que sin embargo esta intervención llegue a desnaturalizar o a dejar prácticamente inoperante el alcance del derecho fundamental afectado. Ante un razonamiento implícito en el que los derechos laborales y las garantías del empleo sólo pueden mantenerse en condiciones de crecimiento y desarrollo económico, pero que pueden por tanto reducirse y anularse como forma de superar la crisis, el razonamiento de Valdés resulta muy esclarecedor de los límites que las políticas de austeridad no pueden sobrepasar.

El segundo tema que cabe rescatar del voto particular a la STC 8/2015 de 22 de enero, que estableció la constitucionalidad de las reformas legislativas operadas en el marco de la crisis financiera por la Ley 3/2012, es la reflexión impecable sobre el significado de la expresión constitucional “fuerza vinculante” del convenio colectivo contenida en el art. 37.1 CE

“El segundo inciso del art. 37.1 CE dispone que «la ley garantizará... la fuerza vinculante de los convenios». En la STC 58/1985, de 30 de abril, el intérprete supremo de nuestra Constitución dejó escrito que la vinculabilidad de los convenios colectivos es una garantía «no derivada de la ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional» (FJ 3). Con ello, el Tribunal Constitucional se inclinaba de manera resuelta por atribuir una eficacia directamente constitucional a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Pero eludía pronunciarse sobre el contenido esencial e indisponible de esta garantía constitucional; de una garantía cuya erosión o desconocimiento viciaría de inconstitucionalidad la regla jurídica dictada por el legislador al amparo del mandato formulado en el art. 37.1 CE. ¿Qué ha de entenderse por fuerza vinculante del convenio colectivo?

Desde una perspectiva estrictamente formal o, mejor aún, lexicológica, la expresión utilizada por el art. 37.1 CE tuvo un carácter innovador; más aún, introdujo en el lenguaje normativo una expresión que resultaba ajena a los usos lingüísticos de nuestro sistema jurídico laboral así como de los ordenamientos jurídicos vecinos, entendida esta vecindad como comunidad de estructuras, principios y valores de un Estado constitucional de Derecho. No obstante, y si apreciada desde una dimensión material, la novedad aportada por el art. 37.1 CE pierde buena parte de su fuste. Sea cual fuere el contenido que se le deba atribuir, la «fuerza vinculante» es un concepto que pertenece y se inserta en la teoría de los efectos del convenio colectivo. O en otras palabras, hablar de fuerza vinculante de los convenios colectivos equivale a hablar de su eficacia jurídica, del despliegue de cambios o transformaciones que, en la realidad jurídica, va a producir la vigencia de esa autónoma reglamentación de intereses que el convenio colectivo comporta. (...) Lo que el texto constitucional hace, desde su superioridad normativa, es, de un lado, garantizar al convenio colectivo un grado razonable y aceptable de efectividad en su cumplimiento, razonabilidad y aceptabilidad que quedan protegidas con la garantía enunciada en el art. 53.1 de la norma suprema. Y, de otro y desde esa misma superioridad y con estos condicionamientos, ordenar al legislador a que, al regular la negociación colectiva, respete dichas garantías.

Una inteligencia de la citada garantía constitucional a la luz del discurrir histórico, de las experiencias jurídicas deparadas por los sistemas jurídicos comparados, de la propia conciencia social sobre la contribución de las instituciones encargadas de encarnar ese pluralismo y de lograr esa igualdad mediante la defensa y promoción de los intereses sociales y económicos que les son propios y, sobre todo, de los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y de los valores que informan el Estado social y democrático de Derecho y que se manifiestan, en lo que aquí importa destacar, en el pluralismo social, en la tensión del ordenamiento hacia la adopción de medidas que aseguren de manera real y efectiva el principio de igualdad entre los individuos y los grupos en que éstos se integran (art. 9.2 CE) obliga a entender que aquella garantía no otra cosa debe significar que **la protección de la función económico-social típica del convenio colectivo**. El contenido esencial de la fuerza vinculante asegura a las reglas y disposiciones de los instrumentos nacidos de la negociación colectiva destinados a regular las relaciones laborales una vinculabilidad más fuerte y diversa de la que resulta de la mera aplicación de los principios rectores de la libertad contractual. La previsión constitucional, en definitiva, asegura a las cláusulas normativas del convenio, acuerdo o pacto colectivo, en todo caso y al margen de otros efectos, una superioridad respecto de los actos procedentes de la autonomía privada individual. O, por decirlo en el lenguaje de la doctrina constitucional, esta garantía «presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual» (entre otras, SSTC 105/1992, de 1 de julio, FJ 6, y 225/2001, de 20 de noviembre, FJ 4).”

Esta es pues el recorrido y las implicaciones que tiene la expresión constitucional contenida en el art. 37.1 CE. Y ello en el contexto del reconocimiento de un derecho a la negociación colectiva que va más allá de la configuración de una mera libertad de negociar. Porque, como afirma en el mismo voto particular Fernando Valdés

“El reconocimiento de la negociación colectiva en el art. 37.1 supone «la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo» (cursiva mía). Ambas garantías, garantía del ejercicio de una actividad contractual colectiva, libre de injerencias de los poderes públicos, mandatados a promocionar de manera real y efectiva esa actividad, y garantía de que los instrumentos nacidos de la

negociación colectiva van a tener reconocidos unos efectos jurídicos imperativos, al abrigo de las derogaciones y mutaciones procedentes de actos unilaterales o de pactos individuales, se incorporan al contenido esencial de la acción sindical. Como lógico consecuente de esta inescindible conexión, la lesión de una u otra garantía violenta simultáneamente la libertad sindical”

Puede mantenerse que se trata de una doctrina constitucional marcada por la “coyunturalidad” de la crisis y de las políticas de austeridad que respaldaban las medidas de reforma de la Ley 3/2012, pero en la rotundidad de su enunciado está contenido la idea de consolidar una evidente limitación del alcance y contenido de los derechos fundamentales de libertad sindical y de negociación colectiva, “poniendo en peligro la propia capacidad normativa de la Constitución”². Para la STC 8/2015, el derecho de negociación colectiva es «un derecho esencialmente de configuración legal», y el legislador “goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva”. Una conclusión coherente con la afirmación, extraída según esta decisión de la observación histórica, de que cada reforma de la negociación colectiva “representa una opción legislativa diferente como un instrumento al servicio de una concreta política económica y social del Gobierno y Parlamento de cada momento”. De esta manera, configuración legal y consideración del derecho como un mero instrumento de política económica son conceptos que describen “un inexistente contenido esencial del derecho de libertad de estipulación y de contratación colectiva”, un derecho “sin contenido ni rango constitucional”³, desgajado de la libertad sindical y alineado por el contrario con la noción preconstitucional que del instrumento de la negociación colectiva tenía el desarrollismo franquista y el DLRT de 1977.

No hay por tanto promoción del hecho sindical ni consideración de un espacio de autonomía que el legislador no debe traspasar, porque sobre la base de un hecho irresistible, la gestión capitalista de la crisis, las garantías constitucionales de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva no pueden ser alegadas para reducir o eliminar la política económica que impone el legislador, en este caso el gobierno legislador por vía de urgencia convalidado por el Parlamento⁴. En realidad no hay para el pensamiento del TC en estas decisiones un “modelo constitucional” de negociación colectiva, lo que hay es el punto de partida de su argumentación asentado sobre una constitución económica basada en la tripleta libertad de empresa, derecho de propiedad y equilibrio presupuestario, que determina directamente la constitución laboral, siempre subordinada a la anterior, y que puede concebirse con mayor autonomía en su vertiente colectiva en la medida en la que las políticas económicas y la situación general de los mercados favorezcan una situación equilibrada. La negociación colectiva tiene por tanto que situarse en una posición adhesiva a la gestión de la empresa y la elevación de su productividad, en el marco a su vez de una economía competitiva en el Estado-nación. Si no lo consigue, o mantiene un espacio de decisión que resiste y se enfrenta a una situación de excepcionalidad como la que se produjo con la crisis financiera y de la deuda soberana, es la ley – la mayoría política que sostiene el gobierno – quien debe corregir ese movimiento, reconduciéndolo a los objetivos de estabilización propuestos, en este caso, mediante una muy importante devaluación salarial como forma de gestionar la salida de la crisis en la que el sometimiento y la degradación de la negociación colectiva era primordial.

Es un discurso éste que deconstruye el principio directivo sindical que da sentido a la representación y acción colectiva del conjunto de las y los trabajadores del país. Intenta una operación de reescritura neoliberal del marco constitucional, que sin embargo responde a parámetros respetuosos

² M^a E. CASAS BAAMONDE, “La negociación colectiva en la Constitución. Balance y retos de futuro”, en AA.VV., *La negociación colectiva: balance y retos de futuro tras 40 años de constitución*. XXI Jornada de Estudio sobre Negociación colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, p. 37

³ M^a E. CASAS BAAMONDE, “La negociación colectiva en la Constitución...”, cit., pp. 47 y 51.

⁴ “La garantía constitucional se ha dirigido a la opción política de la ley limitadora de la negociación colectiva y no a la negociación colectiva” M^a E. CASAS BAAMONDE, “La negociación colectiva en la Constitución...”, cit., p. 68.

de la democratización de las relaciones laborales a través de la promoción del hecho sindical y la acción colectiva. Y ese es precisamente lo que denuncia Fernando Valdés en las partes seleccionadas de su voto particular que hemos recogido.

La irrupción de una nueva y tremenda crisis sanitaria y económica a partir de la pandemia del Covid19 ha demostrado, en la práctica, la inexactitud de esta doctrina, su carácter detestable. La ordenación normativa que se dispuso a partir de la declaración del Estado de Alarma – declarado a su vez parcialmente inconstitucional por la STC 148/2021, de 14 de julio, expresiva de la composición del Tribunal claramente posicionada política e ideológicamente contra el gobierno – vino a impulsar y fortalecer la construcción política del Estado social, con la ampliación de derechos laborales con vistas a respetar un principio de mantenimiento del empleo, y estas normas resultaron legitimadas por los acuerdos obtenidos a través del diálogo social como método de gobierno. Un proceso de reformas y de creación normativa que se corresponde con un correcto entendimiento constitucional de los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. Como sostenía Fernando Valdés en su lucidez crítica de una línea jurisprudencia errónea.

Revista Crítica de Relaciones Laborales

Laborum

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- Editorial (E)
- Estudios Doctrinales (ED)
- Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)
- Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)
- Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)
- Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.

Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.

Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.