VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al Auto dictado en la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 3801-2013, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, y al que se adhieren la Magistrada Doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

1. Como manifesté durante las distintas fases de deliberación del presente proceso constitucional, disiento de la decisión finalmente adoptada. Dentro del máximo respeto hacia el parecer mayoritario de mis compañeros, defendí en su día que la cuestión de inconstitucionalidad debió de haber sido admitida, en lugar de dictarse, en fecha 10 de septiembre de 2013, providencia de apertura del trámite del art. 37.1 LOTC. Y tras la emisión por el Fiscal General del Estado del correspondiente informe, en modo alguno debió inadmitirse mediante su calificación como “notoriamente infundada”, juicio éste que queda ya desmentido a través de la simple observación de la densidad argumental necesitada por el Auto para la fundamentación de aquella conclusión que, adicionalmente, se encuentra privada, a mi juicio, de la obligada consistencia jurídico-constitucional. Tras la elaboración del oportuno informe por el Ministerio Público, el Pleno de este Tribunal debió de haber acordado su admisión a trámite, procediendo en su momento, una vez celebrado el oportuno debate y resuelto el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, interpuesto contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (Ley 3/2012), cuyo objeto resulta parcialmente coincidente con el de esta cuestión, a la aprobación de una sentencia estimatoria por la vulneración, por el art. 18.Ocho y la Disposición Transitoria.5ª, apartado 2, del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (RD-L 3/2012), del art. 86.1 de la Constitución española (CE).

2. El art. 86.1 CE confiere al Gobierno la facultad de aprobar “disposiciones legislativas provisionales”, articuladas a través de la forma de real decreto-ley. No obstante, el dictado por el poder ejecutivo de una norma que, a pesar de no tener la naturaleza de ley, tiene su mismo rango, se encuentra sujeto constitucionalmente a “unos estrictos límites” (STC 6/1983, de 31-5, FJ 5º) destinados, todos ellos, a garantizar un ejercicio adecuado y no abusivo por el Gobierno de este poder legislativo excepcional, pues estos límites aseguran no solo, y desde luego, la preservación del Estado de Derecho. Con una mayor ambición, el uso constitucionalmente

ajustado de esta facultad extraordinaria constituye uno de los índices más efectivos para enjuiciar, en cada momento histórico, la calidad de nuestra democracia.

En concreto, tres son las exigencias para un uso constitucionalmente adecuado del real decreto-ley. En primer lugar, el ejercicio de este poder legislativo excepcional ha de estar justificado por razones de “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 CE); en segundo lugar, su contenido no puede afectar, además de al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general, a los “derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I” (art. 86.1 CE) y, finalmente, ha de someterse al Congreso de los Diputados para su debate y votación de totalidad, en el plazo de los treinta días siguientes al de su promulgación, con vistas a su convalidación o derogación (art. 86.2 CE). Los preceptos cuestionados del RD-L 3/2012 plantean serios y fundados reparos jurídicos en cuanto a la concurrencia de los dos primeros requisitos.

Antes de fundamentar la ausencia por la norma controvertida de los requisitos, formales y materiales, que habilitan al Gobierno utilizar esta competencia legislativa extraordinaria no resultará impertinente traer a colación, aun cuando sea en términos sintéticos, la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional (TC) en relación con la obligada concurrencia de las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad.

En tal sentido, puede convenirse que, desde sus iniciales y ya lejanos pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de ir estableciendo una doctrina acerca del alcance de la “extraordinaria y urgente necesidad”, que el propio TC no ha dudado en calificar como “consolidada” (STC 68/2007, de 28-3, FJ 6º). Como dejara escrito el Supremo Intérprete de la Constitución en el primero de los pronunciamientos en que tuvo ocasión de analizar tan relevante tema, la cláusula constitucional no es una “expresión vacía de significado” dentro de la cual pueda moverse sin restricción alguna el Gobierno (STC 29/1982, de 31-5, FJ. 3º); se trata, antes al contrario, de un requisito dotado de un contenido complejo, que se erige adicionalmente como presupuesto habilitante del ejercicio regular de esta potestad y cuya ausencia, tras la obligada verificación por la jurisdicción constitucional, determina la nulidad de la norma aprobada.

En concreto y como recuerda de manera sistemática la práctica integridad de los pronunciamientos adoptados por el TC respecto del art. 86.1 CE (por citar algunos de los menos alejados en el tiempo, SSTC 182/1997, de 28-10, FJ 3º; 137/2003, de 3-7, FJ 3º; 189/2005, de 7-7, FJ 3º; 329/2005, de 15-12, FJ 5º; 68/2007, de 28-3, FJ. 3º; 137/2011, de 14-9, FJ 4º;

237/2012, de 13-12, FJ 4º y 39/2013, de 14-2, FJ 5º), el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la “extraordinaria y urgente necesidad” ha de superar un doble canon. El primero consiste en la identificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la concurrencia de esa singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter excepcional unas normas dotadas de los atributos del rango y la fuerza propios de las leyes formales. El segundo canon se concreta en la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia, de modo que éstas, como igualmente ha razonado la jurisprudencia constitucional, han de guardar una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar.

Mi disentimiento se traduce, precisamente, en relación con la aplicación que el parecer mayoritario efectúa de los cánones expuestos de valoración del estado de la extraordinaria y urgente necesidad sobre el real decreto-ley enjuiciado; o, por mejor decirlo, sobre los dos pasajes legales a los que la cuestión de inconstitucionalidad reprocha la vulneración del art. 86.1 CE.

Una exacta inteligencia de los razonamientos conducentes a fundamentar con la obligada consistencia jurídico-constitucional la violación denunciada pide, como preliminar útil, efectuar dos observaciones. Como ha tenido oportunidad de señalar la jurisprudencia constitucional [entre otras muchas SSTC 29/1989, de 31-5 (FJ 4º); 182/1997, de 28-10 (FJ 4º); 11/2002, de 17-1 (FJ 4º) y 137/2003, (FJ 3º)], la justificación formal de la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad puede haber quedado reflejada y, por consiguiente, deducirse del examen de la exposición de motivos de la norma, del debate parlamentario de su convalidación y del propio expediente de elaboración de la misma, señaladamente de la memoria. En el presente caso y como no podía ser de otro modo, tanto el Auto del que discrepo (primer párrafo, FJ 4.A.a) como el de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad (FD 7º.1.3) invocan la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 como fuente principal de identificación de las causas justificativas, mencionando ambos, bien que de manera colateral, el debate parlamentario que, como con razón hace notar esta última resolución, no vino a aportar novedad alguna sobre este aspecto; valoración ésta, por cierto, que también resulta predicable de la memoria de la citada norma. Por estas razones, resulta razonable conferir a la citada Exposición de Motivos la condición de primera y principal fuente de análisis de dichas causas, sin perjuicio de evocar, aunque sea de manera circunstancial o accesoria, las restantes posibles fuentes.

Por otra parte y como dijera la sentencia TC 68/2007, citada, - y entro en la segunda observación- las razones explicativas de la urgente y extraordinaria necesidad pueden clasificarse en dos grandes tipos: básicas e instrumentales. La diferencia entre una y otra categoría reside en su ámbito de afectación: mientras la básica ofrece la motivación genérica o general, aplicable a la norma de urgencia en su conjunto, las razones instrumentales pretenden justificar la concurrencia del presupuesto habilitante en relación con los bloques normativos en que dicha norma se estructura.

En línea de coherencia con esta exigencia, en aquellos casos en los que, como sucede en el aquí examinado, la censura de la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad se vierte no sobre la norma en su conjunto sino, de manera más restringida, sobre los preceptos que se encargan de regular una concreta medida, perfectamente diferenciada y diferenciable de las restantes que hubieren podido ser incorporadas al contenido del real decreto-ley, el juicio sobre la justificación de la motivación ha de resultar plenamente congruente con el objeto del proceso. Tal es, y no otra, la premisa que el Auto del que disiento hace suya, al afirmar, en términos acaso algo ambiguos o, al menos, poco precisos, que es en la “Exposición de Motivos en la que se ofrece tanto una justificación general de la adopción de la norma como una justificación específica de las medidas cuestionadas” (párrafo primero, FJ 4.A.a).

3. A pesar del reconocimiento explícito del inesquivable método de análisis que se viene de evocar, el Auto del que me separo no termina de someter de manera real y efectiva el juicio de conformidad constitucional requerido por la presente cuestión a esas bases argumentales. Esta resolución ha procedido, en efecto, a validar la concurrencia del requisito de la expresa y clara formulación de los motivos que amparan el dictado de la norma de urgencia a examen mediante una línea de razonamiento que en modo alguno puedo compartir. En primer lugar, por razones de fondo; pero, adicionalmente, por razones formales, consistentes, en concreto, en una errada y, en mi opinión, interesada elección de las razones instrumentales que se califican como causas justificativas no del dictado del RD-Ley 3/2012, sino, más limitadamente, de los concretos preceptos legales sobre los que versa la eventual queja de lesión del art. 86.1 CE llevada a cabo por el juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad.

Conforme ya se ha hecho constar y ahora se repite, la Exposición de Motivos de la norma de urgencia intenta cumplimentar la exigencia constitucional de dotar de la debida explicación al empleo de la figura normativa del real decreto-ley a fin de reformar el mercado de

trabajo. Tal propósito se acomete en el apartado VII del Preámbulo, aun cuando, con carácter excepcional, algún pasaje del apartado I también cumple este objetivo.

La exactitud de la localización de las causas justificativas del RD-Ley 3/2012 en el *locus* que se viene de mencionar se sustenta, sin margen para la incertidumbre, con el apoyo de un triple criterio hermenéutico. En primer lugar, en una interpretación estrictamente literal, derivada de la lectura del inciso de arranque del referido apartado VII, que reza del tenor siguiente: “En las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que de él exige el art. 86 de la Constitución Española como premisa para recurrir a esta figura del real decreto-ley”. Tras esta aseveración, el citado apartado va desgranando con mayor o menor precisión constitucional, como más adelante ha de exponerse, las razones básicas y las razones instrumentales que, en el decir del legislador de urgencia, vendrían a amparar el ejercicio por el Gobierno del poder legislativo excepcional que ha comportado la aprobación del RD-Ley 3/2012.

La atribución al apartado VII de la tan citada Exposición de Motivos como válido y cuasi exclusivo *locus* en el que se contienen las explicaciones ofrecidas por el legislador de urgencia de las razones determinantes del recurso a la figura del real decreto-ley también se apoya en una interpretación comparada. Una lectura en paralelo de los Preámbulos del RD-Ley 3/2012 y de la posterior ley que derogó a éste, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de idéntica denominación, demuestra que el de ésta última norma, el de la ley, de un lado, reproduce en su práctica integridad los seis primeros apartados contenidos en el preámbulo de aquél, el decreto-ley y, de otro, elimina, por considerarlo con todo acierto ya por completo innecesario, el apartado VII. En suma y como no podía ser de otro modo, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 suprime, precisamente, el capítulo dedicado por la norma de urgencia a enunciar de manera expresa cuáles fueron los motivos justificativos de su adopción, por razones de extraordinaria y urgente necesidad.

La tesis aquí defendida acerca de la correcta ubicación de las razones instrumentales se refuerza aún más, si cabe, con el sostén de una tercera y, en mi opinión, definitiva interpretación, ahora de carácter sistemático. En fecha 13 de febrero de 2012, la Sra. Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia remitía escrito al Excmo. Sr. Presidente del Congreso de los Diputados, a efectos de lo dispuesto en los arts. 86 CE y 151.1 del reglamento de la Cámara, al que se adjunta, además del texto del RD-L 3/2012, la “memoria del análisis del impacto normativo”. En el resumen que precede a la citada memoria (págs. 1-3) y bajo el epígrafe “principales alternativas consideradas”, se hace constar la imposibilidad de haber

estimado “otras alternativas diferentes de la norma jurídica con rango de real decreto-ley, teniendo en cuenta” dos tipos de razones: las de jerarquía normativa y las de “urgencia y necesidad, derivadas de la situación económica y del empleo”.

Más adelante, en las págs. 12 y 13 de la indicada memoria, se desarrollan, mediante la técnica del listado, las razones de “extraordinaria y urgente necesidad”, enunciándose hasta un total de cinco. La que puede con razonable fundamento calificarse como razón básica se formula en el punto primero. Por su parte, los puntos segundo a quinto reproducen, con una notable literalidad, las razones instrumentales primera, segunda, tercera y quinta utilizadas en el apartado VII de la Exposición de Motivos de la norma de urgencia. Por este lado, la memoria transcribe cuatro de los cinco motivos que, agrupados en bloques temáticos – y no en instituciones -, fundamentan, en el decir del legislador excepcional, la aprobación por real decreto-ley de una reforma del mercado laboral. De este listado, queda eliminado el motivo justificativo del cuarto bloque de materias que, al afectar a la intermediación laboral, resulta ajeno a lo que aquí interesa.

4. En un contexto gramatical, comparado y sistemático como el que se viene de describir, yerra el Auto del que expreso mi discrepancia cuando, en el primer inciso del párrafo segundo del FJ 4º.A.a), alude como ubicación de la justificación general de la adopción de la norma a la Exposición de Motivos, “*fundamentalmente*, en sus apartados I y VII”. La utilización de este giro gramatical resulta de todo punto inadecuada desde una perspectiva formal y material, pues, como ya ha sido razonado, dicha ubicación se encuentra, en régimen de casi exclusividad, en el apartado VII. A lo largo de los restantes y extensos apartados en los que se estructura el Preámbulo del RD-Ley 3/2012, solamente uno, el I, contiene una fugaz mención a dicha justificación, que cumple la función de anticipar la razón básica que más adelante ha de explicitarse en el tan mencionado apartado VII.

Pero el desacierto del Auto objeto de mi disenso adquiere tonos más graves desde una perspectiva constitucional al calificar como razones instrumentales o, por decirlo en su lenguaje, como “justificación específica de las medidas cuestionadas” las simples y descriptivas explicaciones que el Preámbulo hace de las novedades normativas introducidas por la propia norma de urgencia en las instituciones objeto de reforma. En concreto y por lo que se refiere a la vigencia de la indemnización por despido (Disposición Transitoria.5ª), el Auto reproduce de manera íntegra hasta tres diferentes párrafos del apartado V del tan citado Preámbulo, metodología ésta a la que también responde la motivación del art. 18.Ocho, relativo a las

modificaciones operadas en los salarios de tramitación, que se asienta en la transcripción de otro párrafo de ese mismo apartado.

Desde luego, con estas explicaciones no cabe, tal y como pretende el Auto aquí objetado, dar “por satisfecho el requisito de que el Gobierno haya explicado las razones de extraordinaria y urgente necesidad que han motivado la reforma mediante Real Decreto-ley” de los aspectos legales constitutivos de la queja de vulneración del art. 86.1 CE. Las explicaciones ofrecidas no merecen, incluso si se maneja el más benévolo test de constitucionalidad, el atributo de razones instrumentales fundamentadoras de la aprobación mediante norma de urgencia ni de la entrada en vigor de la nueva indemnización por despido ni del régimen de los salarios de tramitación en los supuestos de despidos improcedentes. Tales explicaciones cumplen la sola finalidad de suministrar algunas claves para la comprensión de la nueva ordenación jurídica de tales materias. Así se evidencia, sin margen alguno para la incertidumbre, de la simple lectura de las mismas, no resultando posible encontrar referencia alguna, incluso de manera muy colateral, a las razones demostrativas de la extraordinaria y urgente necesidad de la regulación de estas materias por un real decreto-ley en lugar de a través del cauce legislativo ordinario. Pero así se demuestra también, y con idéntica firmeza, con el apoyo de los argumentos ya evocados: a) la ubicación de las tales explicaciones en un lugar del Preámbulo de la norma de urgencia por completo ajeno a donde, el propio Gobierno, decide situar de manera expresa las justificaciones, general y específicas; esto es, en el último apartado, en el VII; b) la supresión de este concreto apartado, en atención a elementales demandas de simple técnica legislativa, del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 y c) la completa identidad entre las razones instrumentales contenidas en el tan citado apartado VII de la Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 y las invocadas de manera expresa en la memoria de esta norma.

5. Los razonamientos anteriores permiten extraer algunas conclusiones relevantes en relación con los desarrollos argumentales utilizados por el Auto del que me separo para fundamentar el juicio de conformidad constitucional del RD-Ley 3/2012 en lo que concierne a la concurrencia formal y material de las obligadas justificaciones específicas de las materias reguladas.

En la medida en que la totalidad de las abundantes y diversas disposiciones aprobadas en nuestro ordenamiento ofrecen a los ciudadanos, en general, y a los operadores jurídicos, en particular, una sumaria descripción, en sus respectivos preámbulos, del sentido y alcance de las reglas jurídicas que se enuncian en cada una de ellas, la atribución a semejante descripción de la

nota de “justificación específica” de las reglas controvertidas en procesos constitucionales, recursos y cuestiones, vaciaría de todo contenido sustantivo la exigencia de motivación por el Gobierno de la urgente y extraordinaria necesidad, reduciendo el control de constitucionalidad ejercido por este Tribunal a una función rutinaria, privada del menor ámbito propio de verificación y vigencia. El requisito de necesario cumplimiento para superar el juicio de constitucionalidad *ex art. 86.1 CE* quedaría disuelto, hasta terminar confundándose, con los criterios definidores de los protocolos de técnica legislativa. Más aún; en caso de aceptar la tesis aquí descartada, la consecuencia es de fácil enunciado: dado que la elaboración de tales protocolos no ha de atenerse a demandas de matriz constitucional, la exigencia de justificación de la extraordinaria y urgente necesidad podría quedar sujeta a los caprichosos avatares del proceso mismo de elaboración de esos códigos de buenas prácticas normativas. Y es que - aun cuando el recordatorio que sigue constituya una solemne obviedad - las causas justificativas del ejercicio por el Gobierno de ese poder legislativo excepcional que le reconoce el art. 86.1 CE no guardan afinidad funcional o conceptual alguna, ni directa ni indirecta, con las exégesis o los comentarios, más o menos completos y certeros, ofrecidos por los titulares de los diferentes poderes normativos. Estos últimos aparecen en los preámbulos de la práctica totalidad de las disposiciones nacidas de actos de soberanía política, sea cual fuere su rango, manteniendo unas reglas de técnica legislativa que, por su carácter contingente, pueden alterarse sin consecuencias apreciables en la vertiente constitucional. Aquellas otras, empero, se vinculan a una muy concreta figura legislativa, formando parte de su control de regularidad constitucional.

En resumen: el Auto del que ahora se discrepa ha efectuado una selección de las razones instrumentales justificativas de la regulación de las reglas contenidas en la Disposición Transitoria.5ª y el art. 18.Ocho mediante real decreto-ley con arreglo a unos criterios constitucionalmente inapropiados y, por tanto, inservibles para formular juicios de constitucionalidad *ex art.86.1 CE*. A partir de esta inapropiada selección, la tarea que de inmediato ha de acometerse, pues, es la identificación de las causas fundamentadoras del dictado por la norma de urgencia de los temas controvertidos en un sentido acorde a la verdadera voluntad explicitada por el legislador excepcional, interpretada ésta a través de los cánones literal, contextual y sistemático a los que ya se ha hecho referencia.

6. La lectura de la tan citada Exposición de Motivos del RD-Ley 3/2012 pone de manifiesto de manera indubitada que la calificación de razón básica o justificación general de la

adopción de dicha norma ha de atribuirse exclusivamente a una sola motivación, que se explicita en dos ocasiones. Razonando sobre la situación del mercado español de trabajo y tras declarar que las medidas adoptadas desde el inicio de la crisis para reformarlo “se han revelado insuficientes e ineficaces para conseguir crear empleo”, los dos últimos incisos del párrafo tercero del apartado VII del Preámbulo argumentan dicha razón del modo siguiente:

“Se requiere la adopción urgente de estas medidas para generar la confianza necesaria para que los agentes creadores de empleo realicen nuevas contrataciones y opten por aplicar medidas de flexibilidad interna antes que por destruir empleo. *Con esta reforma laboral se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y, así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores*”.

En un sentido muy similar y con una expresa invocación al art. 86.1 CE, el penúltimo párrafo del apartado I del tan mencionado preámbulo ya anticipa, como se razonó con anterioridad, esa razón básica, al afirmar:

“La extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española para legislar mediante real decreto-ley se justifica por la situación del mercado laboral español. *Este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores*”.

Como ya se ha hecho constar, las dos restantes fuentes de formulación de los motivos que, en el decir de la jurisprudencia constitucional también pueden ser utilizados por los ocasionales legisladores para acreditar la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, no modifican en nada los términos de esta razón básica. En tal sentido y en primer lugar, la memoria a la que ya se ha hecho alusión argumenta del modo siguiente la justificación general para el dictado del real decreto-ley a examen:

“Los indicadores de coyuntura apuntan que la situación de destrucción de empleo se mantendrá, y en consecuencia no se aprecia a corto plazo el inicio de una fase económica cualitativamente diferente de la atravesada en los últimos cuatro años. *Por lo que para poder alcanzar la senda del crecimiento y de la generación de empleo se requieren medidas completas, útiles, equilibradas, diferentes de las adoptadas hasta este momento, que solo resulta posible implementando con urgencia reformas de calado en el ámbito de las relaciones laborales*”

De otra parte, en fecha 8 de marzo de 2012 tuvo lugar la convalidación por el pleno del Congreso de los Diputados, conforme prevé el art. 86.2 CE, del RD-Ley 3/2012, que fue precedido por el oportuno debate. A lo largo de la defensa de la citada convalidación, la Sra. Ministra de Empleo y Seguridad Social, tal y como se infiere de la simple lectura del acta correspondiente (Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del Pleno y Diputación permanente de 9 de marzo de 2012, núm. 17), se limitó a señalar, de manera bastante colateral, que la norma de urgencia “se enmarca en el conjunto de reformas estructurales que el Gobierno ha puesto en marcha para agilizar la recuperación económica”, calificándola como “más que necesaria, a tenor de la situación actual de nuestro mercado de trabajo” (p. 3), dedicando la mayor parte de su intervención oral a explicar el contenido de la reforma.

7. Las nominadas como razones instrumentales o, por utilizar el lenguaje del Auto del que se discrepa, la justificación específica se contienen en ese mismo apartado del preámbulo, el VII, que enuncia una concreta razón no para cada uno de los cinco capítulos en que se estructura la ley de urgencia sino – y ello es bien diferente – para los cinco bloques normativos siguientes: incentivos para la contratación de trabajadores y para favorecer su empleabilidad, favorecimiento de la flexibilidad interna, mejora de la eficiencia del mercado de trabajo, mejora de la intermediación laboral y reordenación de la negociación colectiva. Así lo demuestra la literalidad del párrafo cuarto del preámbulo, que antecede precisamente al enunciado de las motivaciones singulares y del que también se hace eco la resolución contestada, al afirmar que: “La extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución española para legislar mediante real decreto-ley *resultan predicables (sic) de manera individualizada respecto de cada una de las medidas que se adoptan pero, de manera especial, del conjunto que integran*”.

En breve habrá ocasión de transcribir en su estricta literalidad los motivos específicos aplicables a los aspectos cuestionados y reflexionar sobre los mismos, bastando por el momento anticipar que las reglas relativas a la determinación de la entrada en vigor de la nueva indemnización por despido improcedente (Disposición Transitoria.5ª) y al abono de los salarios de tramitación (art. 18.Ocho) quedan incluidas en el tercero de los bloques enunciados con anterioridad; esto es, en “la mejora de la eficiencia del mercado de trabajo”.

Lo anterior razonado, conviene ahora hacer constar que las razones específicas expresadas no se refieren de manera “individualizada”, como equívocamente argumenta el texto

recién transcrito de la Exposición de Motivos, a todas y a cada una de las abundantes medidas objeto de tratamiento y ubicadas bien en los cinco capítulos en que se estructura formalmente el real decreto-ley a examen bien en alguna de sus numerosas disposiciones adicionales, transitorias y finales. Antes al contrario, la lista de las materias cuya urgente y extraordinaria necesidad se fundamenta es arbitraria o, si se prefiere, selectiva. Un examen meramente formal de las razones instrumentales alegadas “de manera expresa y explícita” como justificativas de la urgente y extraordinaria necesidad muestra que no hay la menor motivación respecto de un buen número de materias reguladas por el propio real decreto-ley, las cuales, por cierto, tampoco toleran una aplicación, incluso laxa, de la justificación general. Tal sucede en los siguientes casos: 1) art. 5: derogación de la prohibición de los trabajadores a tiempo parcial de la realización de horas extraordinarias; 2) art. 6: nueva regulación del trabajo a domicilio, que pasa a denominarse “trabajo a distancia”; 3) art. 9: transferencia de una de las previsiones establecidas en el contenido del anterior art. 85.3.i.1º del ET al art. 34.2 del mismo texto legal; 4) art. 14.4: supresión de los apartados g) y h), números 1º a 4º, del art. 85.3 ET; 5) capítulo V, arts. 20 a 25; 6) Disposición adicional cuarta: control de la incapacidad temporal; 7) Disposición adicional séptima: reglas aplicables a las entidades de crédito y 8) Disposición final primera: modificaciones en materia de conciliación de la vida laboral y familiar.

Cierto es que ninguna de estas materias afecta a las que aquí forman parte del objeto del juicio de constitucionalidad; pero no es menos cierto que, en sí mismo valorado, ese listado ya muestra el escaso esmero habido por el legislador excepcional en el cumplimiento de la carga de justificar de manera singularizada las diversas regulaciones susceptibles de agrupación en atención a la existencia de vinculaciones comunes de orden conceptual, funcional o institucional.

8. En los razonamientos anteriores se han identificado con la debida corrección la razón básica y las razones instrumentales expresamente alegadas para amparar el uso por el Gobierno del poder legislativo excepcional que le confiere el art. 86.1 CE, articulado, en el caso ahora a examen, en la adopción de determinadas medidas reguladoras de las relaciones laborales individuales. Sin embargo y como ya se ha tenido ocasión de recordar, la jurisprudencia constitucional dictada acerca del art. 86.1 CE exige no solo que el legislador de urgencia proceda a enunciar “de manera expresa y explícita” las razones justificativas del ejercicio de ese poder legislativo excepcional en que consiste el dictado de un real decreto-ley. Además de ello, la doctrina consolidada del TC también pide la concurrencia de un segundo requisito,

consistente ahora en la existencia de una conexión entre la situación de urgencia expresamente definida y las medidas concretas adoptadas por esa norma.

Las argumentaciones que a continuación siguen tienen el objetivo de demostrar la inobservancia por la citada disposición legal de esta segunda exigencia constitucional; esto es, la abierta y manifiesta inexistencia de la obligada conexión entre la situación justificativa de la adopción de la norma de urgencia y las medidas elegidas para subvenir a la misma. A estos efectos y en atención a la jurisprudencia constitucional aplicable a aquellos supuestos en los que, como acontece en la cuestión objeto de examen, la violación del art. 86.1 CE se imputa no a la norma de urgencia en su conjunto sino a concretos pasajes de la misma, conviene razonar la falta de conexión que se viene de anticipar de modo diferenciado en lo que respecta a la razón básica y a las razones instrumentales alegadas como causas determinantes del dictado del real decreto-ley y de las medidas ahí establecidas.

9. A) Como ya se ha indicado, la motivación básica invocada por el Gobierno para justificar la aprobación del RD-Ley 3/2012, enunciada en el apartado VII de su Exposición de Motivos bien que anticipada ya en el apartado I, reside en “crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así, generar la confianza necesaria para los mercados y los inversores”. O, en versión anticipatoria del apartado I, “este real decreto-ley pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así generar la seguridad necesaria para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores”.

Lo primero que conviene resaltar de la razón básica esgrimida es la extremada ambigüedad de todas y cada una de las expresiones utilizadas. Distanciándome de manera resuelta de la tesis defendida por el Auto de este disentimiento, entiendo que la apelación, como causa justificativa del dictado del real decreto-ley a examen, a la implantación de “las condiciones necesarias” para crear empleo, mediante la aprobación de un conjunto de medidas que la memoria califica de “completas, útiles y equilibradas”, capaces de generar, por sí mismas, “confianza para trabajadores y empresarios, mercados e inversores” comporta – por decirlo utilizando terminología de la STC 68/2007 – “la utilización de fórmulas rituales de una marcada abstracción y, por ello, prácticamente de imposible control constitucional” (FJ 10).

El establecimiento de unas *condiciones necesarias* para la creación de empleo es un deber al que, por mandato del art. 40.1 CE, han de atender todos los poderes públicos, señaladamente aquél que ejerce la función de dirección de la política interior, gestión cotidiana

de los asuntos públicos, esto es, el Gobierno de la Nación (art. 97 CE), sin que ni el Preámbulo ni el debate parlamentario ni la memoria ofrezcan pista alguna para conocer la identidad y relevancia de los estrechos lazos que se presumen existentes entre las medidas contenidas en el real decreto-ley, en general, y en los aspectos aquí cuestionados, en particular, y el nuevo escenario nacido de esas medidas, el cual, en razón de propiciar la creación de empleo, parece tener una naturaleza económica. De su lado, la atribución a las nuevas reglas reguladoras de nuestro sistema de relaciones laborales de la capacidad de generar confianza en casi todas las vertientes imaginables (trabajadores y empresarios, mercado e inversores) es o, al menos, debiera de ser la lógica y obligada consecuencia de cualquier medida adoptada por los poderes públicos en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho. Expresada la idea en otras palabras, la razón básica manejada por el legislador de urgencia vendría a amparar no solo ni tanto esta concreta y singular decisión sino, más genéricamente y con igual nivel de exigencia, cualquier otra medida legislativa o ejecutiva puesta en práctica en una economía de mercado o, por formular la misma idea con un alcance más omnicompreensivo, aplicada en toda sociedad democrática.

La utilización de unos términos tan intangibles, evanescentes y, por consiguiente, incontrolables, como puede predicarse de expresiones tales como “confianza”, “mercado” o “inversores”, así lo evidencia; confirma, en efecto, la voluntad del Gobierno de privar a la razón justificativa de su acto legislativo de todo margen de razonable verificación constitucional.

Sin intención por mi parte de abrir la puerta a la constelación de interrogantes irresolubles que lega la razón justificativa de la decisión legislativa adoptada, no me resisto a efectuar la siguiente observación: no resulta fácilmente rebatible que el legislador ha optado de manera deliberada y meditada por no facilitar pauta u orientación alguna, ni singular ni genérica, para poder identificar, incluso con un nivel muy bajo de certidumbre, a los beneficiarios de la confianza aportada, en su parecer, por el dictado de las medidas laborales establecidas en la norma de urgencia. Por apuntar algunas preguntas sin respuesta: qué mercados son los beneficiarios de las medidas laborales sobre el abaratamiento de los despidos improcedentes, injustificados o, por utilizar el lenguaje del Convenio núm. 158 de la OIT, “sin justa causa”?; ¿los nacionales, los europeos, los emergentes o, también, los internacionales, sin mayores precisiones territoriales?; ¿los crediticios, los productivos, los comerciales, los bursátiles, los especulativos o, todos ellos, simultánea y acumuladamente?.

B) Pero al margen de la imprecisión extrema de la que se hace gala al enunciar la razón básica, de ésta no son predicables los rasgos que, en el decir de la jurisprudencia constitucional, caracterizan una situación de extraordinaria y urgente necesidad. Aunque ésta ha descartado que la utilización por el Gobierno de la potestad legislativa excepcional solo sea constitucionalmente regular en situaciones de fuerza mayor, la doctrina del TC viene exigiendo la concurrencia de ciertas notas de imprevisibilidad, inusualidad, gravedad e inmediatez. Y son precisamente estas notas las que se encuentran por completo ausentes en el real decreto-ley a examen. O, por formular la idea con un nivel superior de corrección constitucional, no existe conexión alguna entre la situación de urgente y extraordinaria necesidad (*léase*: imprevisibilidad, inusualidad del escenario en que han de aplicarse las reglas reguladoras de nuestro sistema jurídico de relaciones laborales, vigente en el momento de la aprobación del real decreto-ley) y las medidas adoptadas por la norma de urgencia.

De conformidad con una opinión unánimemente aceptada, asentada en una consolidada experiencia, el funcionamiento de las economías de mercado tiene un carácter cíclico: a ciclos de crecimiento económico sostenido, de mayor o menor duración, suceden otros ciclos recesivos que, como aquellos, pueden prolongarse más o menos. No son estos momento y lugar apropiados para razonar esta opinión que, aplicada a la economía española, aunque no solo a la española, es de muy difícil refutación. Por ceñir la referencia al período constitucional, España ha conocido en el curso de los últimos treinta y seis años periodos de intensa bonanza económica y períodos, más breves, de crisis y recesión. El carácter cíclico de nuestra economía es, así, un elemento estructural sobre el que han venido actuando, en su reducido ámbito operativo, las disposiciones reguladoras de las relaciones laborales, individuales o colectivas, que han ido experimentando, de manera continua y permanente, constantes modificaciones y alteraciones a fin de adaptarlas a los igualmente permanentes cambios de la economía y del propio mercado de trabajo. Pero esta necesidad de adaptación del ordenamiento laboral, como tuviera ocasión de razonar la sentencia TC 68/2007, “no es coyuntural, sino estructural”, no alcanzando “por sí misma a satisfacer el cumplimiento de los estrictos límites a los que la Constitución ha sometido el ejercicio del poder legislativo del Gobierno”, ya que – siguen siendo palabras de la citada resolución – ello “supondría excluir prácticamente en bloque, del procedimiento legislativo parlamentario, el conjunto de la legislación laboral y de la de Seguridad Social, lo que obviamente no se corresponde con nuestro modelo constitucional de distribución de poderes” (FJ 10).

La única excepción a una regla como la expuesta, que ha de aplicarse con criterios de generalidad material y temporal, se produce en situaciones especialmente calificadas por las notas de gravedad, imprevisibilidad y perentoriedad. Y son ellas, precisamente, las que no concurren en el dictado del RD-Ley 3/2012. Como ya se ha razonado, la motivación justificativa de esta norma no ha consistido en salir al paso de la constante caída del empleo que padece el mercado español de trabajo desde finales del 2007 mediante la introducción de medidas destinadas, de manera frontal y directa, a fomentar el empleo.

El legislador excepcional es consciente de la falta de correspondencia entre reforma del mercado de trabajo y creación de empleo. De ahí, que la razón básica que alega no se identifica en combatir el paro y facilitar el empleo sino, y ello es bien diferente, en “crear las condiciones necesarias para crear empleo”. Las medidas adoptadas no pretenden pues, y como paladinamente se confiesa, torcer la tendencia negativa del empleo. La norma no busca actuar sobre la realidad presente de nuestra economía, intentando de manera inmediata, como exigiría el poder legislativo del que excepcionalmente se ha hecho uso, invertir su sentido recesivo; muy antes al contrario, pretende operar de manera presuntamente preventiva, de futuro y permanente. Huérfana de la razonabilidad constitucional, la causa justificativa termina así apelando a un futuro hipotético; esto es, a una situación caracterizada por una doble incertidumbre; de un lado, la temporal, pues no se ofrece pista alguna para saber cuándo podrán darse por alcanzadas esas “condiciones” determinantes de la creación de empleo y, de otro, la material, pues tampoco se ofrece garantía alguna de que con las medidas adoptadas, por ellas mismas, se pueda crear empleo.

En un contexto económico como el descrito tan sucintamente, el establecimiento de las condiciones necesarias para la creación de empleo no define en modo alguno una situación imprevisible, inusual o perentoria. Por lo pronto, la crítica situación del paro no puede reputarse como imprevisible, tal y como lo confirma la trayectoria habida en las tasas de paro en el curso de los últimos seis años. Y como igualmente lo corroboran, sin sombra de incertidumbre, las previsiones para el año 2012 de la contabilidad nacional dadas a conocer por el Sr. Ministro de Economía y Competitividad el día 2 de marzo de 2012, en intervención oral habida tras la celebración del Consejo de Ministros, según las cuales las personas que ese año perderían su puesto de trabajo, una vez aprobada la norma de urgencia, serían 630.000, volviendo así a incrementarse por quinto año consecutivo la tasa de paro. Y, de manera aún más señalada, también lo corroboran las cifras oficiales publicadas por el INE (EPA del cuarto trimestre de 2012), de conformidad con las cuales el número de parados se incrementó en ese año en 691.700

trabajadores. Dicha situación, en segundo lugar y por lo ya razonado, tampoco puede calificarse como inusual, ya que se viene padeciendo desde el año 2007. La gravedad de la situación es, desde luego, indiscutible. Pero, como sin disimulo alguno reconoció en su momento el Gobierno, el real decreto-ley – como efectiva y lamentablemente así ha sucedido - no vendría a moderar o a contener esa situación de gravedad; muy antes al contrario, la misma habría de mantenerse y persistir, sin que pudiera resultar viable identificar en el momento de la aprobación de la norma de urgencia, incluso de manera imprecisa, la secuencia en la que la nota de gravedad comenzaría a relajarse. Resumiendo: los defectos crónicos del mercado español de trabajo que la norma de urgencia pretende afrontar y resolver (baja tasa de empleo, alta tasa de paro o dualismo contractual, por citar los más persistentes) no consienten su tratamiento normativo a través de medidas legislativas dotadas de las notas de urgente y extraordinaria necesidad. La situación de ese mercado dibuja, antes bien y lamentablemente, un escenario estructural y previsible.

10. Encarando ahora el examen de las razones instrumentales, el tan mencionado apartado VII del preámbulo, tras fundamentar la extraordinaria y urgente necesidad de todas las materias y del conjunto en que se integran en los términos ya expuestos, sigue razonando del modo siguiente:

“En primer lugar, ha de tenerse en cuenta respecto de las medidas que se refieren a los incentivos para la contratación de trabajadores y para favorecer su empleabilidad, que la dilación derivada de la tramitación parlamentaria de una norma que contuviera estas medidas tendría un impacto negativo en las decisiones empresariales para la contratación y alteraría gravemente el funcionamiento del mercado de trabajo. De ahí que sea necesaria la inmediata instauración de las mismas. (...).

En segundo lugar, las medidas relativas al favorecimiento de la flexibilidad interna de las empresas también demandan una rápida incorporación al ordenamiento, especialmente en las circunstancias actuales de necesidad que tienen las empresas de acudir a las mismas como alternativa primordial a la destrucción de empleo.

En tercer lugar, las medidas dirigidas a mejorar la eficiencia del mercado de trabajo, directamente relacionadas con las medidas de ajuste y reestructuración que deben acometer las empresas, guardan estrecha relación con las dos medidas de los dos grupos anteriores y no pueden entenderse sin ellas, toda vez que un conocimiento integral del conjunto de la regulación laboral que afecta a todas estas materias forma

parte esencial de la formación de la voluntad de las empresas en las decisiones que finalmente toman y que han de conformar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo hacia un mayor crecimiento.

En cuarto lugar, las medidas tendentes a la mejora de la intermediación laboral, (...).

En quinto lugar, las modificaciones incluidas en los aspectos relativos a la negociación colectiva exigen dotar de certidumbre a las bases sobre las que las partes negociadoras deben abordar la negociación y revisión de los convenios colectivos, a la vista de las sustanciales novedades introducidas por este real decreto-ley en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. (...)”.

En lo que concierne a la memoria del real decreto-ley, ya se hizo constar que las razones segunda a quinta se limitan a reproducir, con una notable fidelidad literaria, las razones instrumentales primera, segunda, tercera y quinta del apartado VII de la exposición de motivos de la norma de urgencia, que se vienen de transcribir.

La mera lectura de las razones instrumentales a las que se acaba de hacer referencia permite extraer los rasgos que las caracterizan, rasgos éstos que vuelven a evidenciar su inidoneidad material con las exigencias constitucionales. El primero de los rasgos es la dimensión estrictamente formal de bastantes de las causas alegadas para fundamentar la aprobación de las medidas adoptadas en el campo de las relaciones laborales mediante el ejercicio de ese poder legislativo excepcional en que consiste la legislación de urgencia. En el formalista razonamiento del legislador de excepcional, la inmediatez de la reforma no es el efecto lógico de la situación de urgente necesidad; se erige, curiosa y erráticamente, en causa misma de esa situación. En este sentido y para no razonar en el vacío, la “*rápida incorporación al ordenamiento*” se convierte en la causa justificativa de la regulación de las “medidas referidas al favorecimiento de la flexibilidad interna” y, a resultas del juego de remisiones que la propia Exposición de Motivos efectúa, también en la de las medidas destinadas a “mejorar la eficiencia del mercado de trabajo”. Esta argumentación formalista alcanza su más extremado nivel en relación con las medidas de reforma de la negociación colectiva. La lectura del primer inciso del penúltimo párrafo del apartado VII del preámbulo así como del punto 5º del apartado I.2.b de la memoria evidencia que la necesidad de dotar de certidumbre a la citada reforma se debe “a las sustanciales novedades introducidas por este real decreto-ley en el Título III del Estatuto de los Trabajadores”. La negociación colectiva no solo constituye el objeto de la realidad social revisada normativamente por el real decreto-ley; además de ello, la propia revisión se concibe

como la causa misma que justifica el instrumento excepcional utilizado para su reforma. La argumentación utilizada constituye así un ejemplo, sencillo y primario, de razonamiento de tipo circular, de todo punto extravagante desde la perspectiva constitucional.

Al margen de su dimensión eminentemente formalista, el legislador excepcional pretende utilizar criterios de fondo para justificar la regulación de determinadas medidas por la vía de la legislación de urgencia. Ninguno de tales criterios es capaz de superar el test de razonabilidad constitucional, incluso en una benévola evaluación. Y así, por limitar el examen a los preceptos que aquí importan, las medidas dirigidas a mejorar la eficiencia del mercado de trabajo – que es el bloque normativo al que pertenecen la Disposición Transitoria.5ª y el art. 18.Ocho - precisan una pronta incorporación al ordenamiento por la estrecha conexión que guardan con las medidas de los dos primeros capítulos “y no pueden entenderse sin ellas, toda vez que un conocimiento integral del conjunto de la regulación laboral que afecta a todas estas materias forma parte esencial de la formación de la voluntad de las empresas en las decisiones que finalmente toman y que han de conformar el funcionamiento de nuestro mercado de trabajo hacia un mayor crecimiento”.

En relación con la razón instrumental facilitada, así pues, para justificar la nueva regulación de determinados efectos de los despidos improcedentes, “la eficiencia del mercado de trabajo”, y consistente, como se viene de hacer constar, en la falta de idoneidad mediante una norma sujeta a tramitación ordinaria, no puede pasarse por alto la opción de fondo que late en la misma, con la que, en última instancia, se viene a poner en tela de juicio y a desmentir la razón básica alegada por el real decreto-ley adoptado. Si esta reside, como se ha tenido ocasión de señalar con reiteración, en implantar “las condiciones necesarias para la creación de empleo”, no puede entenderse en modo alguno que el legislador excepcional valore de la misma forma o, lo que es igual, equipare las medidas que incentivan la contratación, las que promueven la flexibilidad interna “como alternativa a la destrucción de empleo” y, en fin, las que facilitan el despido de los trabajadores mediante el expediente de relajar su causa y rebajar su coste. La apelación que hace el legislador de urgencia a la necesidad de ofrecer a los empresarios un “conocimiento integral del conjunto de la regulación laboral que afecta” a tales materias como causa justificativa de la inclusión de los temas relacionados con el despido en la norma a examen no se concilia en absoluto con la causa justificativa básica, mostrando de manera nada fácil de rebatir que la invocación de la necesidad de implantar “las condiciones necesarias para crear empleo” no pasa de ser una fórmula ritual, vacía de todo contenido sustantivo. O enunciada la idea con un mayor rigor constitucional, la motivación instrumental invocada a fin

de modificar determinados efectos del régimen jurídico del despido improcedente carece de toda conexión o enlace con la situación que se pretende afrontar.

El Auto del que discrepo, en fin, no enjuicia la constitucionalidad del fin de la norma, análisis que resulta obligado pues la constitucionalidad de su propósito declarado integra, como es patente, la exigencia de adecuación de las medidas adoptadas. Tampoco ensaya juicios de correspondencia objetiva entre las medidas y su finalidad confesada; esto es, no examina si el contenido normativo se corresponde objetivamente con el fin manifestado, aspecto que igualmente tiene incidencia en su adecuación. Y, por último, no precisa un criterio que permita definir lo que sea la “adecuación de las medidas” en función de sus efectos sobre otras normas constitucionales o derechos constitucionalmente consagrados, ya que no es dable descartar *a priori* un criterio que diferencie el grado de adecuación exigible a las normas de urgencia en función de la naturaleza o carácter de los derechos sobre los que tengan incidencia.

11. La norma de urgencia incorpora a su articulado distintas reglas que, al estar privadas de la nota de la inmediata normatividad, confirman nuevamente la incompatibilidad y contradicción entre la concepción del poder legislativo que maneja el Gobierno que ha aprobado el RD-Ley 3/2012 y la que fue implantada por el poder constituyente y quedó definitivamente reflejada en el art. 86.1 CE. Tal acontece, por ilustrar la idea con algunos ejemplos, con las previsiones establecidas en las disposiciones adicionales cuarta y novena, en la transitoria cuarta o en las finales segunda y tercera. De la nueva ordenación establecida en estos supuestos, no existe ni traza ni rastro alguno de las notas de imprevisibilidad y perentoriedad; no hay ni extraordinaria necesidad ni urgente necesidad. La razón es sencilla: las nuevas reglas jurídicas introducidas por el real decreto-ley a examen carecen de inmediata normatividad o, si se prefiere enunciar la idea en otros términos, su vigencia se reenvía a fechas posteriores a la entrada en vigor de la disposición de urgencia; de ella muy distante. Por ello, estamos ante un supuesto análogo al analizado en la STC 31/2011, de 17-3, FJ 7º, que concluyó afirmando: “Tampoco, en consecuencia, desde el punto de vista de la necesidad de introducir una innovación normativa efectiva (STC 332/2005, de 15-9, FJ 7º), se aprecia la nota de imprevisibilidad que define la existencia de una necesidad extraordinaria a la que ha de hacerse frente a la misma en un plazo más breve del que requeriría la tramitación urgente de una eventual reforma legislativa”

Pero la ausencia de inmediatez normativa no es la única causa determinante de la privación a la norma de urgencia de la exigencia constitucional de urgente y extraordinaria necesidad. En este capítulo, también entran aquellas otras regulaciones cuya tramitación

parlamentaria hubiera generado efectos nimios, alejados de esos graves perjuicios imputables teóricamente a la dilación en la introducción de la medida. De entre las regulaciones constitutivas de estos ejemplos de extremada falta de idoneidad material, me detendré en uno de los preceptos controvertidos: la regla reguladora de la entrada en vigor de la reducción de la indemnización por despido improcedente.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Transitoria. 5ª, la indemnización por despido improcedente pasa a calcularse, en los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del real decreto-ley, del modo siguiente: de un lado, a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a esa entrada en vigor y, de otro, a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior.

En concreto, la medida controvertida no supera el atributo de perentoriedad. Aun aceptando, como hace el Auto del que me distancio, que esa medida pretende disminuir el gasto de las empresas – eso sí y como razona el Auto de promoción de la cuestión, a costa de devaluar la ilegalidad del acto causante – y atribuyendo a ese ahorro de gasto un fin razonable, dado el contexto económico actual; aun dando por bueno todo ello, los efectos derivados de la nueva ordenación no pueden en modo alguno calificarse como perentorios, urgentes e inaplazables. En los escasos meses que podría haber durado la tramitación de la correspondiente ley, la “merma patrimonial” experimentada por el empresario al despedir sin concurrencia de justa causa resultaría nimia; hubiera representado un incremento en la indemnización por despido improcedente o despido “sin justa causa” equivalente, en el más riguroso de los escenarios, a un día suplementario de salario por cada mes de duración de la tramitación de la ley.

12. El ejercicio por parte del Gobierno de ese poder legislativo excepcional que la Constitución le confiere *ex art. 86.1* no sólo requiere la concurrencia de un específico presupuesto habilitante, consistente en una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”. Al margen de esta primera exigencia, el citado art. 86.1 CE añade una segunda exigencia de carácter sustantivo, vedando al decreto-ley, incluso en estados de imprevisibilidad y perentoriedad, “afectar” a ciertas materias, entre ellas y en lo que aquí interesa destacar, “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”.

La jurisprudencia constitucional hubo de encarar prontamente los dos grandes debates doctrinales emergidos en los primeros momentos del período constitucional (el de la acción vedada y el de las materias incluidas en la prohibición de afectación), procediendo a delimitar el

perímetro exterior de la legislación de urgencia. En tal sentido, la sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, descarta las interpretaciones restrictivas, razonablemente amparadas en el sentido gramatical del verbo afectar (“menoscabar, perjudicar o influir desfavorablemente”) y coincidentes, de otro lado, con los usos lingüísticos de esta expresión en el ordenamiento privado (imposición de un gravamen u obligación). Y, en su lugar, opta por una interpretación más vinculada a cánones hermenéuticos de índole contextual y finalista que a los de carácter literal y sistemático; por una interpretación que, en el fondo, atiende al sistema de poderes y contrapoderes constitucionalmente instituidos y a la conveniencia de no impedir al Ejecutivo el uso de un instrumento que puede resultar útil y necesario para la gobernación del país en situaciones de relativa imprevisibilidad. La prohibición de afectación del real decreto-ley sobre las materias mencionadas en el art. 86.1 CE no define, así pues, un campo vedado a la actividad legislativa del Gobierno, una zona excluida de la acción normadora del Ejecutivo; no equivale, en suma, a una prohibición de regulación, sea cual fuere su signo: favorable o desfavorable. La función de la citada prohibición es bien otra, actuando como límite interno tanto de la estructura de la norma como del contenido normado por la disposición legislativa de urgencia.

Esta tesis habría de ser fijada por la ya citada sentencia 111/1983 y reiterada con posterioridad en distintas ocasiones (entre otras, STC 60/1986, de 20-5; 3/1988, de 21-1 y 182/1997, de 28-10). De conformidad con esta interpretación, hoy ya consolidada, la “cláusula restrictiva” del art. 86.1 CE (“no podrán afectar <...>”) impone al real decreto-ley un doble y combinado límite. El primero alude a la extensión de la materia regulada o, en otras palabras, a la naturaleza de la disposición de urgencia: se permiten las ordenaciones singulares, quedando proscritas las ordenaciones generales. El segundo límite atiende al contenido de la materia objeto de ordenación jurídica, consintiéndose las regulaciones sobre los elementos accidentales o secundarios de los mencionados derechos, deberes y libertades y vedándose aquellas otras que alteren sus elementos estructurales o sustanciales. En el diseño elaborado por la jurisprudencia constitucional, ambos límites, aun cuando están dotados de autonomía y sustantividad propias, se superponen, actuando con carácter acumulativo. O por decirlo en los propios términos de la jurisprudencia constitucional, la interdicción de la ordenación por real decreto-ley de los derechos, deberes y libertades “no puede dar pie a entender que el art. 86.1 CE sí permite regular los elementos esenciales de los mismos siempre que ello no comprenda una regulación del régimen general” (sentencia 182/1997, citada, FJ. 6º). No basta, por consiguiente, que la regulación instituida por la norma de urgencia sea singular; es preciso, adicionalmente, que la

singularidad no modifique los elementos esenciales del derecho, deber o libertad afectado por la legislación de urgencia dictada por el Gobierno.

13. Las anteriores consideraciones no han tenido otra finalidad que la de sentar las bases jurídicas imprescindibles para afrontar la tarea de contraste del RD-Ley 3/2012 a los mandatos contenidos en el art. 86.1 CE; esto es, para discernir si esa norma de urgencia ha afectado o no a algún derecho, deber o libertad constitucional de naturaleza o con conexiones laborales o, más en general, sociales, enunciado en el Título I del texto constitucional; y, en caso afirmativo, elucidar si la afectación efectuada es o no conforme con la jurisprudencia constitucional.

Lo primero que conviene señalar, para una mejor inteligencia de cuanto habrá de razonarse más adelante, es que el real decreto-ley a examen es una norma transversal, cuyos contenidos trascienden con mucho el que se ha incorporado a su rúbrica de identificación, pues termina regulando una pluralidad de instituciones laborales y sociales cuya conexión con la situación definida como de urgente y extraordinaria necesidad es muy discutible. Precisamente, la supresión de los salarios de tramitación en los despidos improcedentes, en aquellos supuestos en los que el empresario (o el trabajador, caso de ser representante) opta por la indemnización ilustra de manera ejemplar la anterior conclusión.

La nueva redacción del art. 56.2 ET (y preceptos concordantes), materializada por el art. 18.Ocho de la norma de urgencia, ha llevado a cabo una reforma en profundidad del régimen de los salarios de tramitación. Desde la entrada en vigor de la norma de urgencia, estos salarios solo han de ser abonados en caso de que, tras la declaración judicial del despido como improcedente (o como nulo, bien que es éste un supuesto en el que ahora no es preciso reparar), el empresario o, excepcionalmente, el representante de los trabajadores hubiere optado por la readmisión, en lugar de por el abono de la indemnización a metálico. En relación con el régimen jurídico anterior, el cambio más significativo adoptado consiste en la eliminación de los salarios de tramitación en aquellos supuestos en los que, habiéndose judicialmente declarado el despido como improcedente, el empresario no hubiere reconocido la improcedencia del despido y depositado ante el juzgado de lo social pertinente la correspondiente indemnización. En otras palabras, la supresión por el RD-Ley 3/2012 de la figura del llamado “despido exprés” no ha comportado la vuelta a la regulación anterior a la entrada en vigor del RD-Ley 5/2002, sino la introducción de una nueva ordenación. Pero al margen de la suerte del despido exprés, interesa insistir en que la norma de urgencia ha introducido un nuevo régimen de los salarios de tramitación.

La institución de los salarios de tramitación ha desplegado tradicionalmente un valor estratégico. De ahí que la reforma de su régimen jurídico genera una constelación de consecuencias que se irradian en numerosas instituciones laborales. En tal sentido, dicha reforma incide sobre el coste del despido improcedente, abaratándolo o incrementándolo, sobre la conciliación, incentivando o desincentivando su utilización, sobre los efectos del despido mismo, favoreciendo la readmisión o la indemnización del trabajador, sobre la prestación por desempleo, acortando su duración y, eventualmente, reduciendo indirectamente su cuantía, e, incluso, aumentando el riesgo de fraude en la prestación por desempleo. No son éstas consecuencias de las que pueda predicarse una conexión constitucional. Y sin embargo, la supresión de los salarios de tramitación cuenta con un neto enlace constitucional, que una vez más dota de un consistente fundamento a la violación por el RD-L 3/2012 del mandato establecido en el art. 86.1 de la CE.

La obligación por parte del empresario de abonar los salarios de tramitación en caso de despido improcedente cuenta con una larga tradición en nuestro ordenamiento, que arranca con el Real Decreto de 30 de julio de 1928. Una historia tan dilatada sugiere, sin duda, la presencia de importantes razones justificadoras, que han ido evolucionando en el decurso histórico. En todo caso y con independencia de su naturaleza jurídica (indemnizatoria o estrictamente salarial), los salarios de tramitación han venido cumpliendo una función de garantía del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los trabajadores. Desde la perspectiva del art. 24.1 CE, los salarios de tramitación constituyen un importante instrumento al servicio de la consecución de una igualdad procesal real y efectiva entre las partes del contrato. Como dijera el TC, en su conocida sentencia 3/1983, de 25 de enero, la desigualdad del trabajador en el contrato de trabajo no sólo se corrige a través de normas sustantivas; también se logra esta finalidad a través de “normas procesales cuyo contenido expresa diferencias jurídicas que impiden o reducen la desigualdad material”, facilitando una posición de equilibrio en el proceso laboral (FJ. 3º).

Este objetivo, el de la consecución de una mayor igualdad procesal entre el trabajador y el empresario, es el que, desde la óptica constitucional, satisface el salario de tramitación, pues la garantía de su percepción permite al trabajador acceder a la jurisdicción y obtener una primera resolución judicial fundada en derecho, que es la primera y básica manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con el sostén económico suficiente. Los salarios de tramitación ofrecen al trabajador injustamente despedido el respaldo económico necesario para poder

afrontar el proceso en una posición más equilibrada y, por este lado, ejercer una mejor defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La reforma de los salarios de tramitación llevada ahora a cabo por el RD-Ley 3/2012 trunca esta igualdad procesal, menoscabando de manera sustancial su posición jurídica. O en otras palabras, esta norma de urgencia ha afectado un elemento esencial y estructural del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como, por otra parte, ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional al hacer notar que dicha figura tiene por objeto “proteger al trabajador en su cualidad de parte más débil, agravada por la falta de empleo y salario, que lo hace más vulnerable a actuaciones abusivas o de mala fe que pudieran venir de la parte procesal contraria” (SSTC 234/1992, de 14-2, FJ. 2º; también y entre otras, sentencias TC 104/1994, de 11-4; 191/2000, de 13-6 y 266/2000, de 13-11). Aun cuando la tesis haya sido dictada en relación con los salarios de tramitación percibidos durante la tramitación del recurso, la misma también resulta de plena aplicación, por concurrir un principio de identidad de razón, a los salarios de tramitación del proceso de instancia.

Distanciándome una vez más del Auto del que discrepo, considero que la eventual percepción por parte del trabajador despedido de las prestaciones por desempleo desde el momento de la adopción por parte del empresario de la decisión extintiva es un dato normativo de todo punto irrelevante desde la perspectiva del art. 86.1 CE. Este pasaje constitucional veda al decreto-ley afectar un derecho constitucional; esto es y en el caso a examen, establecer regulaciones que alteren elementos esenciales del derecho a la tutela judicial, al margen y con independencia de cuál sea el efecto, favorable, desfavorable o neutro, de esa afectación. Por lo demás, este efecto no puede en modo alguno calificarse, conforme da a entender el Auto de mi disenso, como neutro sino, muy antes al contrario, como manifiestamente desfavorable; al menos, por las tres siguientes razones. De un lado, por cuanto la cuantía de las prestaciones por desempleo, en la inmensa mayoría de las ocasiones, será siempre inferior a la de los salarios de tramitación. De otro, por cuanto, para un colectivo muy numeroso y vulnerable de trabajadores, la supresión de los salarios de tramitación puede no verse compensada con el percibo de la prestación por desempleo, al no disponer sus integrantes de los requisitos necesarios para acceder a ella. Por último, por cuanto el nuevo régimen de los salarios de tramitación incentiva resueltamente la opción del empresario a favor de la no readmisión del trabajador, contrariando así de manera frontal la confesada voluntad del legislador excepcional de moderar las decisiones empresariales dirigidas a destruir empleos.

14. En atención a lo expuesto, el presente Auto responde a un concepto del ejercicio por el Gobierno de un poder legislativo excepcional que, con todo el respeto que merece la decisión del Pleno del Tribunal, no se corresponde con la concepción del modelo constitucional de Estado Social y Democrático de Derecho que el art. 1º de nuestra Carta Magna proclama con la firme voluntad de dotarle de una validez general y transversal, atribuyéndole el valor y la condición de canon de interpretación de la integridad de su articulado.

En un contexto como el razonado, en modo alguno puedo compartir el fallo del Auto que discrepo, disintiendo por entero del juicio que se vierte sobre el Auto de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, al que se le tilda, sin el debido fundamento y con criterios desproporcionados, enjuiciados a la luz de una inveterada práctica procesal de este Tribunal, de estar “notoriamente infundado”. En mi opinión, la única respuesta constitucionalmente adecuada a dicha cuestión hubiera debido de ser su admisión y, una vez concluido el procedimiento, su estimación, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición Transitoria.5º y del art. 18.Ocho del Real Decreto-Ley 3/2012 por violación del art. 86.1 CE.

Y en este sentido emito mi Voto particular discrepante.

Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.