

PARTE PRIMERA  
LECTURAS DE DERECHO  
LABORAL ESPAÑOL



CAPÍTULO 1

**EL SISTEMA DE FUENTES  
DEL DERECHO DEL TRABAJO**

*Fernando Valdés Dal-Ré*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La norma estatal. – 2.1. La compatibilidad entre la norma estatal y la negociación colectiva. – 2.2. La crisis de la función tradicional de la legislación laboral. – 2.3. El creciente protagonismo normativo del Gobierno. – 2.3.1. El progresivo recurso al real decreto-ley y la crisis de la concertación social. – 2.3.2. El uso y abuso del real decreto ley (2012-2015). – 2.4. El activismo normativo laboral. 2.4.1. Las razones más frecuentemente invocadas. – 2.4.2. Las resistencias o las negligencias político-jurídicas en combatir la inseguridad jurídica. – 3. El convenio colectivo. – 3.1. El paradigma estatutario de negociación colectiva: su vigencia social. – 3.2. La dinámica del convenio estatutario: algunos de sus cambios más relevantes. – 3.2.1. La aparición y consolidación de nuevas funciones convenio colectivo. La exacerbación, por la reforma de 2012, de la función de gestión. – 3.2.2. Los cambios en la naturaleza de las estipulaciones pactadas: a) El protagonismo de las normas secundarias: b) Los desafíos del *soft law* al convenio colectivo. – 4. La autonomía individual de la voluntad. – 4.1. El modelo tradicional de limitaciones al juego de la autonomía de la voluntad como fuente de regulación del contrato de trabajo. – 4.2. La progresiva ampliación de la autonomía de la voluntad como fuente de regulación del contrato de trabajo. – 4.2.1. La equivocidad de la noción “individualización de las relaciones laborales”. – 4.2.2. Las vías para la ampliación, en nuestro ordenamiento, del ámbito regulador de la autonomía de la voluntad: la “des-regulación” y la “re-regulación”.

## 1. *Introducción*

1. El sistema español de fuentes del derecho del trabajo ha estado sometido en el transcurso de las últimas décadas a profundas transformaciones, que han afectado de manera intensa y extensa a sus elementos conformadores. En apretada síntesis, puede convenirse que, al menos en su secuencia germinal, las alteraciones detectables en nuestro sistema de fuentes fueron resultado de dos grandes movimientos.

El primero procede de la instauración de un orden democrático de convivencia política y no cabe reputarlo exclusivo del derecho del trabajo. 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, impone a todo el ordenamiento jurídico una exigencia de adaptación, que habría de manifestarse en la modificación del marco legal y en la interpretación del conjunto de normas, tanto de las que permanecen como de las nuevas que se dictan, en un sentido acorde con los nuevos valores que el texto constitucional encarna y con los derechos y libertades que proclama.

El segundo movimiento que también es dable apreciar en las transformaciones del sistema español de fuentes de las relaciones laborales deriva de la crisis económica que va a marcar, en Europa, el fin de las denominadas décadas “gloriosas”; esto es, del período histórico que arranca tras la terminación de la II Guerra Mundial durante el que, de un lado, la economía se instala en las ruedas de un círculo virtuoso, integrado por un crecimiento económico sostenido, unas moderadas tasas de inflación y un mercado de trabajo próximo al pleno empleo, y, de otro, la política alumbra y pone a punto unas nuevas relaciones entre Estado y sociedad, que proceden a sellar un nuevo pacto social (Estado Social y Democrático de Derecho) y a construir un nuevo sistema de protección social (Estado del Bienestar).

Estos dos grandes procesos de cambio, cuya secuencia temporal se sitúa entre nosotros a finales de la década de los años 70, se encuentran en el origen y en la evolución posterior de lo que cabe calificar como conformación actual de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Es evidente, sin embargo, que en ésta conformación han convergido e incidido otros factores de muy diverso signo, que sólo mediatamente pueden relacionarse con aquellos procesos y que, incluso en ocasiones, no se relacionan en modo alguno con ellos. Se trata de factores políticos, sociales, institucionales, económicos, culturales o tecnológicos, determinantes a su vez de paulatinas evoluciones, de cambios de tendencia, de giros en las tácticas y estrategias de los actores sociales y de los poderes públicos y privados, de nuevas orientaciones, no siempre consolidadas y fáciles de perfilar.

Dicho en otras palabras, el cambio político y la crisis económica forman el sustrato sobre el que se han edificado las transformaciones del sistema español de fuentes del derecho del trabajo. Pero sobre éste sustrato han actuado y actúan otras muchas variables que han ejercido y ejercen una destacada influencia en el desarrollo y maduración del sistema y que ha sido creciente a medida que el orden político democrático se ha ido afirmando y, sobre todo, el orden económico se ha hecho más complejo y diversificado, estructurado por, y estructurador de, mercados abiertos, altamente competitivos y de ámbitos supranacionales, que además cuentan con los potentes utensilios que facilitan las nuevas tecnologías. Alejados en el tiempo

uno y otro, cambio político y crisis económica, nuestro sistema de fuentes del ordenamiento laboral y, más en general, el sistema de relaciones laborales en su conjunto es hoy, en lo esencial, tributario de las formidables transformaciones que las formaciones sociales actuales vienen experimentando y que, en lo esencial, han ocasionado el desmoronamiento y la quiebra de las ideas maestras y fundamentos de la primera modernidad y de la aparición de una segunda modernidad en la que toman cuerpo y surgen “nuevas e inesperadas variedades de lo social y de lo político” (Beck) y, por consiguiente, de su expresión en el campo de lo jurídico.

No es mi intención, ni la ocasión me lo consentiría, dar detallada cuenta ni de la estructura ni de la evolución de nuestro sistema de fuentes de derecho del trabajo, empeño éste que, por superficial que fuere, exigiría pasar revista a los cambios habidos en las dos grandes vertientes que ordenan ese sistema. De un lado, a los acaecidos en la vertiente estática, que obligaría a examinar las distintas fuentes de derecho y de la obligación que operan en nuestro ordenamiento, el ejercicio efectivo de esos poderes y su peso relativo en la regulación de las relaciones laborales. De otro, a los acontecidos en la vertiente dinámica, tarea ésta que conduciría a analizar las mudanzas habidas en las relaciones entre cada una de esas fuentes y los principios que rigen su aplicación. Con bastante mayor modestia, me limitaré a reflexionar sobre algunos de los cambios operados en ese sistema, sin más propósito que el procurar ofrecer una visión general, de trazos necesariamente impresionistas, de las transformaciones del sistema de fuentes del derecho del trabajo apreciadas en las que, de seguro, constituyen las tres principales fuentes de la relación laboral, por utilizar la ambigua expresión de la rúbrica del art. 3º del Estatuto de los Trabajadores (ET); esto es: la norma estatal, la negociación colectiva y la autonomía de la voluntad.

## *2. La norma estatal*

### *2.1. La compatibilidad entre la norma estatal y la negociación colectiva*

Desde una perspectiva histórica, el sistema español de relaciones laborales se ha construido y desarrollado a través de fórmulas de intervencionismo del Estado. O enunciada la idea en otras palabras, la norma estatal ha actuado como cauce exclusivo o preferente de regulación del trabajo por cuenta ajena. La tradicional prioridad conferida a la legislación como método de ordenación de las relaciones laborales obedece a una muy concreta lógica, que puede describirse en términos de la lógica de tutela de los trabajadores en su condición de sujetos de una relación obligatoria que se concierta, en la inmensa mayoría de las ocasiones, en una abierta posición de asimetría de poder contractual. En este modelo de intervención, que no se

formula como modelo teórico, sino como modelo analítico de explicación de nuestra realidad, la función básica de la mediación normativa del Estado reside y sigue residiendo en la protección de la parte contratante más débil, expresada mediante la sustracción o la limitación al juego de la libre contratación, de la individual pero también de la colectiva, de la determinación de los aspectos más significativos del contenido de la relación obligatoria.

Este modelo de intervención tan brevemente descrito va a resultar plenamente compatible con los imperativos constitucionales derivados del cambio político. Es ésta una conclusión sobre la que no vale la pena polemizar. La mediación de los poderes públicos en el campo de las relaciones laborales puede deducirse sin violencia alguna de numerosos pasajes constitucionales (arts. 35, 37, 38 y 40 CE, entre otros), sin olvidar la cobertura que a esa presencia estatal brinda la cláusula general enunciada en el art. 9.2, que impone a los poderes públicos el deber de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos sociales en que se integran sean reales y efectivas”.

Promulgado el texto constitucional, el debate no se centrará – aun cuando en ocasiones así haya sucedido, manejando un arsenal de argumentos más interesados que interesantes – en discernir si el Estado puede intervenir en el campo de las relaciones laborales o ha de permanecer ajeno a él, en posición de neutral observador. El núcleo fuerte de la discusión residirá en precisar el modo como esa intervención debe instrumentarse y los límites de su ejercicio. La concurrencia del Estado y de las organizaciones de representación y defensa de intereses de los trabajadores y empresarios en la tarea de ordenar las relaciones laborales exige, en efecto, arbitrar fórmulas apropiadas con vistas a garantizar que uno y otros puedan desempeñar las funciones que les son propias, y que el texto constitucional les asigna y asegura, en modo tal que ni la acción estatal transforme la autonomía colectiva en un instrumento subalterno de gobierno del fenómeno laboral ni ésta pretenda tratar las relaciones laborales como un mero negocio “interprivado”, infranqueable a la mediación del Estado.

Enjuiciada desde esta perspectiva, la consagración constitucional de la autonomía colectiva en su vertiente de autonomía negocial (art. 37.1 CE) no ha llevado aparejada la atribución a los grupos sociales organizados de un monopolio en la regulación de las relaciones laborales, individuales y colectivas, de suerte que legislación y negociación colectiva son instrumentos socialmente típicos de ordenación de dichas relaciones. Tampoco existe principio constitucional alguno que fundamente la idea de que la norma estatal y la norma pactada son categorías identificables, cada una de ellas, en función de la otra; es decir, en razón de los espacios que, en un hipotético reparto de competencias, deja la categoría contraria. Sin perjuicio de que el Estado pueda retener para sí y con carácter excepcional la reglamentación de determinadas materias, en el sistema español de relaciones labo-

rales ni hay una regla de distribución *rationae materiae* entre ley y convenio colectivo ni puede sostenerse con un mínimo de rigor que la norma estatal está llamada a regular cuestiones de destacada importancia y el convenio colectivo, empero, lo haga respecto de materias privadas de ese elemento cualificador o viceversa.

Sin embargo, el texto constitucional ha consagrado lo que, hace ya tiempo y en otro lugar, he denominado “reserva en favor de la autonomía colectiva de una función normadora de segundo grado” (Valdés Dal-Ré). Este principio comporta la primacía, que no el monopolio, de la negociación colectiva para reglamentar las condiciones de trabajo en el interior del grupo y su realización requiere la abstención normativa del Estado en los ámbitos profesionales, salvo situaciones de necesidad. Norma estatal y norma colectiva, sustantivamente indiferenciables en atención a criterios materiales, pueden distinguirse, no obstante, en razón de los campos de actuación: aquella tiene una vocación de generalidad, estableciendo mandatos aplicables genéricamente a todos los empresarios y trabajadores incluidos en el ordenamiento laboral; esta otra, en cambio, enuncia sus reglas para grupos determinados de unos y otros, definidos en atención a ciertos rasgos de identidad espacial, funcional o profesional. Con todo, ha de quedar claro que se trata de una descripción natural o típica de los destinatarios de esas normas, compatible, desde luego, con la existencia de normas estatales particulares o normas colectivas generales. Las denominadas “Ordenanzas de necesidad” (Disp. Adic. 7ª ET), hasta el presente no utilizadas, y los Acuerdos Interprofesionales de ámbito nacional (art. 83.2 y 3 ET) constituyen manifestaciones de esta compatibilidad que, en el primer caso, viene a moderar la función de aquella reserva y, en el segundo, la potencia y refuerza, identificando al grupo con una abstracta categoría de trabajador y empresario, sin referencias singulares.

## 2.2. *La crisis de la función tradicional de la legislación laboral*

A lo largo de su dilatada vigencia, el ET ha sido objeto de muy numerosas reformas, las cuales, no obstante ello, no le han hecho perder su relevante posición en el ordenamiento laboral. Antes al contrario, el devenir histórico ha venido a acrecer y realzar la significación del ET, que en la actualidad puede calificarse como estratégica en el doble plano político y jurídico.

No es mi propósito intención entrar en el examen de las intensas y extensas reformas habidas en el ET a lo largo de las casi cuatro décadas de su vigencia, debidas, en última instancia, a los no menos intensos y extensos cambios de toda índole (ideológicos, culturales, económicos, organizativos, tecnológicos, sociales, políticos e institucionales) que han tenido lugar en el curso de estos años. Lo que me interesa destacar es que, descartada pues la

incompatibilidad del cambio político con el modelo dualista de ordenación de las relaciones laborales, el *humus* que ha nutrido en origen los cambios en el sistema de fuentes del derecho del trabajo y que ha actuado, también en origen, como cimiento de su legitimidad social ha sido el brusco reencuentro del ordenamiento laboral con el compañero que siempre viaja con él: la crisis económica y sus devastadoras repercusiones sobre el empleo, más acentuadas entre nosotros que en los países de nuestra vecindad económica.

Si la lucha contra la crisis económica y su principal secuela, el paro, han proporcionado la levadura en el trayecto que ha acompañado a los cambios en el modelo histórico de regulación de las relaciones laborales, en un modelo que atribuye a la norma laboral estatal una preferencia normativa, la flexibilidad ha aportado el lema, el objetivo y el contenido. O enunciada la idea en términos menos sumarios, la flexibilidad ha suministrado, a este proceso de mudanzas, el soporte ideológico, el móvil político y la traducción normativa. No son éstos, desde luego, momento y lugar adecuados para abrir un debate sobre la flexibilidad; ni siquiera limitadamente para examinar su concreción en el ET y demás normas laborales. No me resisto, sin embargo, a dejar constancia de los cambios que la propia noción de flexibilidad y su práctica han experimentado en el transcurso, señaladamente, de las de dos últimas décadas.

En sus inicios, las medidas de flexibilización del mercado de trabajo se presentan y se utilizan como meros instrumentos para combatir el paro; simples medios para preservar, en el conjunto de la economía, un volumen de empleo aceptable. En la actualidad de nuestros días, sin embargo, la flexibilidad se ha despojado de su carácter instrumental para convertirse en un fin en sí mismo. De una flexibilidad del sistema se ha transitado de manera abierta hacia un sistema flexible, tesis ésta que, a menudo, queda ocultada de modo interesado por una nueva noción: la flexiseguridad.

Una conversión en el concepto y función de la flexibilidad, en los términos tan sumariamente descritos, es el resultado, en realidad, de una conversión más profunda, que también afecta a la causa misma de los cambios ocasionados en los ordenamientos laborales en las últimas décadas. Tales cambios ya no sólo se entienden y perciben como una obligada respuesta para combatir el paro o, expresada la idea desde otro ángulo, como una medida necesaria para proteger el conjunto de empleos de una concreta economía. El factor principal que a partir de la última década del anterior siglo anima y fomenta esos cambios es la protección del mercado; o por decirlo en términos menos concisos y más precisos, la protección de un nuevo orden económico, el orden económico globalizado, que trastoca de manera brusca y acelerada, hasta terminar sustituyendo, las bases institucionales del orden hasta entonces dominante.

El formidable crecimiento de los intercambios comerciales internacionales de bienes, servicios y capital, hecho posible en gran medida como

consecuencia de la aplicación de los principios de liberalización del comercio adoptados en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha producido una “desterritorialización” de los mercados y de la economía dando jaque al control que los Estados han ejercido tradicionalmente sobre unos y otra. Por decirlo sin rodeos, la globalización pone en crisis a los propios Estados, la cual arrastra tras de sí a los ordenamientos jurídicos nacionales en general y, de manera muy singularizada, al más nacional de los sectores jurídicos: al derecho del trabajo. La extremada movilidad de las inversiones y de las localizaciones productivas modifica tanto las competencias normativas de los Estados sobre el trabajo como las condiciones materiales sobre las que el derecho del trabajo, en general, y la legislación laboral, más en particular, han sido construidos.

Una situación semejante de desequilibrio entre economía y política ofrece el caldo de cultivo para la aceleración y profundización de la crisis de los ordenamientos laborales de dimensión nacional. La facilidad de las empresas transnacionales de decidir el destino de sus inversiones productivas comprime los márgenes de disposición de los Estados, alterando tanto las funciones clásicas de los tradicionales poderes normativos (Estado y grupos sociales organizados) sobre las relaciones laborales como las técnicas a través de las que dichos poderes han venido hasta ahora expresándose.

Es en este contexto económico tan brevemente descrito en el que van tomando cuerpo las transformaciones más significativas que se han venido produciendo en el sistema español de fuentes del derecho del trabajo, aunque no solo en él. La primera y probablemente la más importante, ya que actúa como causa desencadenante de buena parte de los cambios, afecta a la función atribuida a la intervención del Estado en el campo de las relaciones laborales. La mayoría de las reformas que han ido teniendo lugar en el ET no sólo han levantado acta de la formidable y creciente *vis atractiva* que sobre la legislación laboral ejercen las políticas económicas, tendiendo nexos, más o menos visibles o perceptibles, entre el derecho (el trabajador como sujeto de relaciones jurídicas), la economía (el mercado de trabajo como espacio de encuentro de ofertas y demandas de trabajo) y la sociedad (los ciudadanos como sujetos que acceden, a través del empleo o de mecanismos sustitutorios de protección social, a un nivel de ingresos económicos para asegurar su desarrollo personal y social). Esas reformas han puesto en crisis las funciones más típicas, canónicas y tradicionales de la legislación laboral; es decir, de la intervención del Estado en el campo de las relaciones laborales.

La norma laboral estatal ya no se concibe prioritariamente como un medio de igualación de posiciones contractuales asimétricas; es, también y en parte nada desdeñable, un instrumento de gobierno del mercado. Las medidas de política de empleo diseñadas, en un primer momento, para combatir los problemas derivados del paro y, más tarde, para ajustar la realidad laboral al nuevo orden económico globalizado ya no expresan una

voluntad política de utilizar la regla jurídica con fines de reequilibrio de la asimetría de poderes contractuales entre los sujetos que intercambian salario por trabajo dependiente y por cuenta ajena y de protección de los trabajadores. La pérdida del control político sobre el orden económico globalizado transforma la función de la regla jurídico-laboral, que se percibe ahora, en lo esencial, como un medio para moderar o para eliminar las disposiciones limitativas al juego de las leyes ordinarias del mercado. En suma, el canon primero de valoración de la legislación laboral ha dejado de ser ya la tutela del trabajo mismo, para atender a la eficiencia del mercado o, más sencillamente, a las leyes del mercado.

### *2.3. El creciente protagonismo normativo del Gobierno*

En un marco del pluralismo político, como el que enuncia el art. 1º de la CE, el poder normativo al que corresponde la aprobación de las normas laborales, aunque no solo de ellas, es, con criterios de tipicidad, el legislativo; es este poder el que adopta aquellas normas que, además de instalarse en una posición de superioridad jerárquica respecto de las restantes disposiciones, solamente pueden ser controladas por un órgano especializado, el Tribunal Constitucional, mediante un juicio de conformidad con el propio texto constitucional.

Una superficial evolución de la legislación laboral española evidencia, sin embargo, que el protagonismo normativo en la materia no ha correspondido al poder legislativo sino a otro poder, al ejecutivo, que ha venido ejerciendo de forma progresiva este protagonismo a través de tres vías que, a pesar de resultar formalmente diferentes, a menudo se han entrelazado, actuando como técnicas complementarias. Son ellas: el real decreto-ley, el texto refundido y el reglamento. No es mi intención, ni la ocasión me lo permitiría, entrar a examinar con detalle los términos en que los sucesivos Gobiernos las han utilizado. En las reflexiones que a continuación siguen intentaré fundamentar este rasgo de la legislación laboral, centrando la atención, bien que en epígrafes diferenciados, en las dos primeras de las vías citadas: el real decreto-ley y el texto refundido.

#### *2.3.1. El progresivo recurso al real decreto-ley y la crisis de la concertación social*

Con independencia de la polémica que sistemáticamente ha acompañado a la promulgación de los abundantes reales decretos-leyes en materia laboral dictados a lo largo del presente siglo, y que se inicia con el RD-L 5/2001, el persistente y progresivo uso de esta excepcional norma dictada por el Gobierno y dotada de rango y fuerza de ley ilustra de manera ejemplar un doble fenómeno: de un lado, la preocupante descomposición en la

que se encuentran determinados valores y principios políticos predicables del orden civil democrático y, de otro, la inquietante deconstrucción que padece el ordenamiento jurídico, en general, y el laboral, en particular. Tres son, en concreto, las crisis que aquella disposición evidencia. La primera, apreciable en el ámbito de las relaciones laborales, es la crisis de la concertación social, de la concepción de la norma laboral como expresión de un consenso social básico, alcanzado por el poder público con las organizaciones de representación de intereses de trabajadores y empresarios. La segunda, visible en el espacio político-constitucional, es la crisis del principio de separación de poderes o, por mejor decirlo, de la configuración del poder normativo del Gobierno como un poder de excepción. La tercera, en fin, detectable en el terreno de las estructuras del propio ordenamiento laboral, es la crisis del racionalismo jurídico; de la concepción de la regla de derecho como manifestación de un orden racional y sistemático. Me referiré, en concreto a la primera de las crisis citadas.

Hace ya tiempo que legislación y negociación colectiva han dejado de concebirse como procedimientos estancos de adopción de reglas de ordenación tanto de las relaciones laborales, individuales o colectivas, como de la protección social. En las últimas décadas, la tipología legislativa se ha enriquecido con una modalidad de ley, la ley negociada, a través de la cual se ha logrado fundir las dos grandes técnicas normativas de regulación de esas relaciones sociales y, por encima de ello, se ha conseguido la convergencia de las dos grandes voluntades (la soberanía política y la autonomía privada) que ejercen el poder normativo en los ordenamientos pluralistas. La legislación negociada o la negociación prelegislativa nace de un proceso de adopción de decisiones en el que participan poderes públicos y representaciones de intereses socio-profesionales (sindicatos y asociaciones empresariales); nace, en suma, de la denominada concertación social.

La concertación social no tiene ni una noción unívoca ni una aplicación práctica uniforme; desde una perspectiva tanto teórica, como modelo encargado de explicar las complejas relaciones entre Estado y Sociedad, como analítica, la concertación social es un fenómeno complejo, proteiforme, que se concreta a través de una variada escala, persigue objetivos diversos y se desarrolla mediante múltiples fórmulas, cuyo único común denominador es el intercambio político entre el poder público, de un lado, y las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales, de otro. La experiencia española así lo confirma.

A través de alguna de sus numerosas variantes, la concertación social ha sido una práctica política ampliamente utilizada en nuestro sistema de relaciones laborales por Gobiernos de muy diverso signo, habiéndose transfundido a cuerpos legislativos de naturaleza laboral o de Seguridad Social el contenido de un buen número de acuerdos sociales cooperativos, alcanzados en negociaciones trilaterales, así como de acuerdos interprofesionales, suscritos por los interlocutores sociales de manera bilateral.

La promulgación del Real Decreto-Ley 5/2001 significó una primera crisis de esta práctica política, que las posteriores normas de urgencia, señaladamente las del ciclo 2012-2015, no han hecho sino profundizar. ¿Cambio en el modelo de adopción de la norma laboral o forzado paréntesis de carácter transitorio? La respuesta al interrogante formulado no es fácil de predecir. No obstante, algunos síntomas apuntan hacia el fin de la concertación social como el método de elaboración de las leyes laborales, de generalizada práctica, en el período constitucional, durante más de dos décadas.

La argumentación política tradicionalmente invocada para justificar ha venido siendo idéntica: la ausencia de acuerdo con los interlocutores sociales no puede paralizar el ejercicio por parte del Gobierno de sus responsabilidades. En un principio, pudiera pensarse que este razonamiento no hace sino traducir al lenguaje político el lógico corolario del modelo implícitamente consagrado en nuestro sistema de relaciones laborales; esto es, de un modelo que degrada la concertación social a simple “diálogo social”, cuyo fracaso en modo alguno puede impedir la acción del Gobierno. La promulgación de esta categoría de normas no habría introducido así quiebra alguna en nuestra práctica de concertación social, que lleva inscrita en su lógica una neta separación entre la fase de diálogo social y la de adopción de decisiones políticas.

Es esta una inteligencia que no puede aceptarse o, al menos, que no puede aceptarse sin serias objeciones. Nuestra experiencia de concertación social, como ya se ha hecho constar, no ha respondido a un patrón uniforme. Un examen incluso superficial de la misma evidencia que la legislación negociada ha nacido tanto de las fórmulas del diálogo social bipartito como de las del diálogo político tripartito. El Gobierno no siempre se ha limitado a asumir el compromiso de hacer suyo el resultado de los pactos o acuerdos alcanzados, extramuros de la esfera política, por los interlocutores sociales; también ha participado de manera directa en procesos de negociación, suscribiendo en calidad de parte acuerdos cooperativos con los mencionados interlocutores que, con posterioridad, han obtenido el respaldo necesario para poder aplicarse con las garantías que aporta la legislación estatal.

Desde luego, ninguna de las dos fórmulas de concertación social implica la necesidad de alcanzar acuerdo ni, menos aún, entraña el reconocimiento de poderes de veto. Pero cada una de ellas tiene sus propias reglas de juego, que es preciso respetar. El diálogo social se pone en marcha bajo la convicción de que, de no obtenerse acuerdo entre los interlocutores sociales, el Gobierno adoptará, en su caso, las medidas que estime necesarias; el método del diálogo político tripartito es, sin embargo, más exigente, pues su intención es crear las condiciones necesarias para lograr un consenso real y efectivo con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Como ya se ha señalado y ahora se repite, la concertación social, entendida como método de toma de decisiones en el que el Gobierno llama a los sindicatos y a las asociaciones empresariales para la formación de la voluntad política, posee sus reglas de juego. La concertación pide algo más y algo distinto que una presencia compartida en derredor de una mesa con vistas a permutar pareceres sobre la conveniencia o inconveniencia de la adopción de determinadas medidas de interés socio-económico; es preciso que las voluntades concurrentes se hallen listas para crear espacios de intercambio político que distribuyan y repartan recíproca y equilibradamente costes y beneficios. La resolución de cualquiera de las partes de colocar en el proceso negociador contenidos estrictamente concesivos no es compatible con la idea misma de concertación social; priva a ésta de su lógica interna, reubicando el proceso en el escenario propio de las meras consultas; del trueque de opiniones que, de antemano, se sabe que ni van a condicionar sustancialmente el fondo de la medida, ya predeterminada, ni van a suspender o paralizar la toma de decisiones.

En verdad, las normas de urgencia que se han ido aprobando no representan una simple crisis de resultados en las políticas de concertación social y de diálogo social utilizadas en el curso de los últimos años; lo que se ha quebrado es la propia idea de concertación social como método o procedimiento de adopción de decisiones normativas. A un nivel más profundo de ideas, la crisis de la concertación social que este tipo de normas escenifica traduce un profundo cambio de orientación política en la ordenación del mercado de trabajo. Acaso y hasta el momento, la formulación teórica más acabada se encuentra en el “Libro Blanco sobre el mercado de trabajo en Italia”. Sin miramiento alguno, este documento postula el entierro del modelo de concertación social, por considerarlo inidóneo para “afrontar las nuevas dimensiones de los problemas económicos y sociales”, los cuales ya no se sitúan en el terreno de las políticas de rentas sino en el campo de las políticas de competitividad o, por enunciar la idea en términos más amplios, en el ámbito de las políticas del mercado.

Por lo demás y desde una perspectiva más próxima, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ilustra de manera ejemplar esta opción de política de derecho que instrumenta ese poder normativo excepcional atribuido al Gobierno *ex art. 86.2 CE*. De manera solemne, la exposición de Motivos de esa norma de urgencia declara que uno de sus objetivos es “procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa” (apar. IV). No obstante, pocos días antes de su aprobación, el 25 de enero de ese mismo año, los interlocutores sociales a nivel estatal (CC.OO y UGT, de un lado, y CEOE y CEPYME, de otro) alcanzaron un acuerdo (AENC 2012-2014) en el que manifiestan su voluntad de que los convenios colectivos procedan a

“incorporar la flexibilidad interna (...), como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas”, proponiendo a tal efecto diversas medidas. El Real Decreto-Ley no solo prescindió de tomar nota de las medidas acordadas, mediante su incorporación a su contenido normativo; más aún, mostrando un nivel superior de indiferencia hacia ese acuerdo interprofesional, algunos de los cambios introducidos colisionaron de manera frontal y sin miramiento con dicho acuerdo. El nuevo régimen sobre inaplicación de las condiciones pactadas en acuerdos o convenios extraestatutarios, sobre el despido colectivo y, muy significativamente, sobre la ordenación de los convenios colectivos estatutarios constituyen prueba plena de esa indiferencia; es decir, de la crisis de la concertación social como vía convenida para la reforma del mercado de trabajo.

### 2.3.2. *El uso y abuso del real decreto ley (2012-2015)*

a) La legislatura que transcurre entre los meses de diciembre de 2011 a 2015 constituye, sin sombra alguna de incertidumbre, la del mayor activismo normativo acaecido a lo largo de nuestra no corta etapa constitucional, en dos concretos y muy relevantes sectores del ordenamiento jurídico: el laboral y el de protección social. Durante estos años, la legislación reguladora del mercado de trabajo ha experimentado, sobre todo en sus inicios, unas constantes sacudidas de una intensidad hasta entonces desconocida. En concreto y salvo error u omisión, entre el 10 de febrero de 2012 y el 22 de marzo de 2015 se ha promulgado un total de veinte (20) disposiciones con rango y fuerza de ley. Y todo ello, al margen del muy abultado número de normas reglamentarias, algunas de ellas de una notable importancia.

En este lapso de tiempo, el Gobierno del partido popular ha aprobado, al amparo de ese poder normativo excepcional conferido por el art. 86.1 CE para situaciones de “urgente y extraordinaria necesidad”, un total de catorce (14) reales decretos-leyes<sup>1</sup>. Y en este mismo lapso temporal, se

---

<sup>1</sup> RDL 3/2012, de 10-3, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo; RDL 20/2012, de 13-7, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; RDL 23/2012, de 24-8, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agotan su protección por desempleo; RDL 29/2012, de 28-12, de mejora de gestión y protección social en el sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social; RDL 1/2013, de 25-1, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agotan su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas; RDL 4/2013, de 22-2, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación del empleo; RDL 5/2013, de 15-3, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral y promover el envejecimiento activo; RDL 11/2013, de 2-8, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social; RDL 16/2013, de 20-12, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores; RDL 3/2014, de 29-2, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida; RDL 8/2014, de 4-7, de apro-

han promulgado otras seis (6) leyes reformadoras<sup>2</sup>, de las que exclusivamente tres (Leyes 3/2013, 11/2013 y 1/2014) han venido no solo ni tanto a convalidar sino, a menudo, a revisar, modificando o innovando, el *corpus* normativo de las precedentes disposiciones de idéntica denominación dictadas por la vía de urgencia (respectivamente, de los RD-L 3/2012, 4/2013 y 11/2013).

Una sencilla operación aritmética evidencia que, en el período anteriormente mencionado, el BOE ha publicado una norma con repercusión en lo que ha venido a denominarse “legislación reguladora del mercado de trabajo” cada menos de dos meses. Sin pretender fundamentar la aseveración que sigue mediante su cotejo con los repertorios legislativos al uso, no me parece en modo alguno atrevido afirmar que dicha legislatura pasará a la historia de nuestro sistema jurídico laboral como la de la más intensa y extensa “laboriosidad” normativa en el campo de las relaciones laborales y del empleo a lo largo de los cuarenta años de vigencia del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Pero se recordará, además y en lo que ahora me interesa destacar, por cuanto esa “laboriosidad” ha sido protagonizada por el Gobierno mediante un uso y un abuso del real decreto-ley.

Como ya se ha hecho constar, en efecto, la mayor parte de las disposiciones que, con distinta intensidad y alcance, han venido articulando la reforma del mercado de trabajo ha adoptado la vestidura del real decreto-ley; en concreto, a esta singular categoría de disposiciones pertenecen catorce de las veinte normas dictadas con fuerza de ley. Por enunciar la idea en términos relativos, el Gobierno ha utilizado esta concreta modalidad normativa en el setenta por cierto de las ocasiones.

b) El dictado por el Gobierno de una norma que, a pesar de no tener la naturaleza de ley, tiene su mismo rango, se encuentra sujeto constitucionalmente a determinados límites que tienden, todos ellos, a garantizar un

---

bación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia; RDL 16/2014, de 19-12, por el que se regula el programa de Activación para el Empleo; RDL 1/2015, de 27-2, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y, en fin, RDL 4/2015, de 22-3, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

<sup>2</sup> Ley 3/2013, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; Ley 13/2012, de 26-12, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social; Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; Ley 14/2013 de 27-9, de apoyo a los emprendedores y su internalización; Ley 1/2014, de 28-2, para para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes de orden económico y social y, finalmente, Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. En este cómputo no incluyo las leyes de presupuestos generales del Estado para los años 2013 (Ley 17/2012), 2014 (Ley 22/2013) y 2015 (Leyes 36/2014), aun cuando todas ellas contiene regulaciones en materia de Seguridad Social, incluida la protección del desempleo.

ejercicio adecuado y no abusivo de este poder legislativo excepcional. En última instancia, estos límites preservan uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, cual es el adecuado ejercicio de sus respectivas funciones por cada uno de los tres poderes básicos, señaladamente en lo que concierne a las de los poderes legislativo y ejecutivo. Por este lado, el modo de utilizar esta facultad ofrece un buen observatorio político y jurídico para enjuiciar, en cada momento histórico, la calidad de nuestra democracia.

Tres son las exigencias para un uso constitucionalmente adecuado del real decreto-ley. Por lo pronto, su ejercicio 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). De estas tres exigencias, la que ha venido suscitando, y lo sigue haciendo, el mayor número de controversias constitucionales, en su doble vertiente política y jurídica, es la enunciada en primer lugar.

Desde sus iniciales pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional ha ido elaborando 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 6). Como razonara este Tribunal en la primera de las resoluciones en la que abordó tan relevante tema, la regla 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. 3); se trata de un requisito dotado de un contenido complejo, que actúa como presupuesto habilitante del ejercicio regular de esta facultad y cuya ausencia determina la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad, total o parcial, de la norma aprobada.

Como recuerda de manera sistemática la práctica totalidad de los pronunciamientos adoptados por el TC respecto del art. 86.1 CE, el juicio sobre la conformidad de la exigencia constitucional 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, exigiendo la jurisprudencia del citado tribunal que las razones explicativas de la urgente y extraordinaria necesidad tengan una doble dimensión: la general, aplicable a la norma de urgencia en su conjunto, y las específicas, alusivas a las distintas materias que dicha norma puede haber regulado. 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 han de guardar una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar<sup>3</sup>.

c) El TC ha tenido oportunidad de someter a juicio de constitucionalidad la concurrencia del presupuesto habilitante en relación con diversos reales decretos-leyes – entre otros, los RDL 3/2012 y 11/2013 – que se han encargado de manera sistemática de revisar a fondo la ordenación jurídica del mercado de trabajo.

Por lo pronto, el ATC 43/2014, de 12 de febrero, entendió que en la norma que inaugura el intenso y extenso proceso de reforma laboral concurría el requisito constitucional ahora a examen. En el decir de esta resolución, la exposición de motivos ofrece “tanto una justificación general de la norma como una justificación específica de las medidas cuestionadas”. En relación a la acreditación genérica, “la incidencia de la grave crisis económica por la que atraviesa España, que ha destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas” (segundo párrafo, FD 4a) se califica como causa bastante para que la “apreciación por el Gobierno de la situación de extraordinaria y urgente necesidad” no resulte “abusiva o arbitraria”, encajando “dentro de los supuestos que este Tribunal ha considerado legítima la utilización del real decreto-ley” (último párrafo, FD 4a). En cuanto a la acreditación de la medida expresamente cuestionada en el proceso constitucional sustanciado, y que fue la supresión de los salarios de tramitación en caso de declaración judicial de la improcedencia de despido, el mencionado ATC 43/2014 también la entendió cumplimentada, al razonar el preámbulo de la norma debatida que la medida se considera necesaria “para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, (acercando) los costes del despido a la media de los países europeos” (FD 4a)<sup>4</sup>.

Bien diferentes son el razonamiento y el fallo de la STC 27/2015, de 19 de febrero, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 7 y 8.5 del RDL 11/2013, que procedieron a revisar y dar una nueva redacción,

---

<sup>3</sup> Por citar algunas resoluciones recientes, vid. SSTC 182/1997, de 28-10, FJ 3; 137/2003, de 3-7, FJ 3; 189/2005, de 7-7, FJ 3; 329/2005, de 15-12, FJ 5; 68/2007, de 28-3, FJ 3; 137/2011, de 14-9, FJ 4; 237/2012, de 13-12, FJ 4; 39/2013, de 14-2, FJ 5; 96/2014, de 12-12, FJ 5 y 142/2014, de 11-9, FJ 3.

<sup>4</sup> Opinión radicalmente contraria mantiene el primero de los votos particulares emitidos al ATC 43/2014, que entiende que el RD-L 3/2014 no supera ninguno de los dos cánones del juicio de constitucionalidad de la situación de extraordinaria y urgente necesidad. De un lado, las fuentes para la identificación de las causas justificativas de esta situación (exposición de motivos, debate parlamentario de convalidación y memoria explicativa, principalmente) no ofrecen las razones específicas de la medida que el órgano judicial cuestiona; de otro, la razón general invocada no reúne las notas de imprevisibilidad, inusualidad, gravedad e inmediatez, de modo que no existe conexión alguna entre la situación invocada para dictar el real decreto-ley y las medidas adoptadas.

respectivamente, a los arts. 27 de la Ley de Empleo (LE) y 48.5 de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (LISOS). El TC hace constar que la justificación general ofrecida para adoptar la norma, consistente en la situación de crisis económica por la que está atravesando España, adquiere sentido en relación con el conjunto de la norma de urgencia; pero “no resulta suficiente a la hora de apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante respecto” de los dos preceptos que fueron impugnados. En relación con ellos, el Gobierno ni ha ofrecido razón justificativa del dictado de la norma de urgencia ni “tampoco ha explicitado la concreta relación existente entre la situación de crisis y la modificación de los tipos infractores y, como consecuencia de esa modificación, de la Administración competente para sancionar su comisión” (segundo párrafo, FJ 5). En definitiva – sigue argumentando la citada sentencia –, “nada se ha alegado sobre la necesidad de una acción normativa inmediata como la llevada a cabo a través de los preceptos impugnados, en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes (...), sin que tampoco en momento alguno se haya justificado, ni a ellos se haya aludido siquiera, cuáles podrían ser los perjuicios u obstáculos que para la consecución de los objetivos perseguidos se seguirían de la tramitación de la modificación normativa que llevan a cabo los preceptos recurridos por el procedimiento legislativo parlamentario” (último párrafo, FJ 5).

d) Al margen del mayor o menor esmero mostrado a la hora de explicitar las causas justificativas, generales y específicas, que amparan la decisión política de recurrir a la figura normativa del real decreto-ley, la legislación dictada por la vía de urgencia a fin de reestructurar el régimen jurídico del mercado de trabajo ha incurrido de manera sistemática en algunas prácticas más propias del ejercicio de un poder legislativo ordinario que del excepcional, regulado por el art. 86.1 CE.

Por lo pronto, la inmensa mayoría de los reales decretos-leyes reformadores del mercado de trabajo ha introducido, con mayor o menor densidad, modificaciones de diferentes reglamentos<sup>5</sup>. Los RDL 29/2012 y 5/2013 ilustran de manera ejemplar esta práctica normativa discutible. En el primero de ellos, las revisiones reglamentarias se contienen no ya en las disposiciones adicionales o finales sino, y ello resulta más llamativo aún, en el articulado de la propia norma<sup>6</sup>. El segundo de ellos, de su lado, procede a revisar

---

<sup>5</sup> Solamente tres de los catorce reales decretos-leyes dictados no incurren en esta práctica. Se trata de los RDL 3/2014, 8/2014 y 1/2015.

<sup>6</sup> En concreto, los arts. 2, 3 y 4, incluidos en el Capítulo I, intitulado “medidas en el ámbito del sistema especial para empleados del hogar”, modifican, respectivamente, las tres siguientes normas reglamentarias: a) RD 84/1996, de 26-1, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en el Seguro Social; b) RD 2064/1995, de 22-12, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y c)

un total de cinco disposiciones reglamentarias, dando una nueva redacción o suprimiendo uno o varios preceptos de las mismas. Por lo demás, esta práctica se cierra con las correspondientes deslegalizaciones, habilitándose al Gobierno para que las modificaciones futuras se puedan ya instrumentar mediante el dictado de normas con rango reglamentario.

En relación con esta práctica, resulta oportuno recordar que nuestro ordenamiento no atribuye al Gobierno la posibilidad de aprobar “reglamentos de urgencia”; antes al contrario, el dictado de los mismos está sujeto, en todos los supuestos, a una determinada tramitación que, no obstante, puede abreviarse o acelerarse, pero cuya inobservancia puede determinar la declaración de nulidad por los tribunales del orden contencioso-administrativo. Por este lado, la incorporación de estas reformas reglamentarias a la legislación de urgencia tiene un doble efecto: de un lado, “oscurece el verdadero fundamento” del uso de este poder normativo excepcional, que es reconocido al Gobierno cuando, en situaciones “de extraordinaria urgencia y necesidad”, no resulta posible la adopción de medidas en el *tempus* de tramitación parlamentaria de una ley; de otro, impide el control judicial ordinario “sobre la parte reglamentaria de la reforma, obviando adicionalmente el procedimiento propio de elaboración de los reglamentos” (Rodríguez-Piñero/Valdés/Casas).

En otro orden de consideraciones, la inmensa mayoría de las normas con rango de Ley dictadas por el Gobierno al amparo de la previsión establecida en el art. 86.1 CE no se ha limitado a modificar una concreta ley; su eficacia normativa se ha extendido a una pluralidad de leyes, proyectando pues una nota de transversalidad. Como ya se ha hecho constar, y ahora se reitera, el TC somete el presupuesto habilitante de esa previsión constitucional a un doble y combinado canon de constitucionalidad; de un lado, la presencia, deducida de una pluralidad de fuentes de conocimiento, de una justificación clara, explícita y razonada de la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad; de otro, la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia.

La sistemática práctica del Gobierno de utilizar la facultad que le es atribuida *ex* art. 86.1 CE como una herramienta normativa para la reestructuración jurídica de los más diversos sectores del ordenamiento, incluido el laboral, o, por enunciar la misma idea con otras palabras, la tendencia a convertir los reales decretos-leyes en las que en su día fueran denominadas las “leyes ómnibus” ha llevado asociada, en diversas ocasiones, una notable laxitud y relajación en la concreción de la relación de correspondencia entre la medida adoptada y la causa justificativa del dictado de una norma de urgencia.