

02/02/2024 (corregida)

PONENCIA GENERAL 1ª DEL SEGUNDO PANEL:

EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRAS LA ÚLTIMAS REFORMAS LABORALES

José Luis Monereo Pérez

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

Sumario: Introducción. 1. La garantía constitucional *ex* artículo 37.1 de la Constitución en la dinámica de la negociación colectiva. 1.1. Perspectiva de conjunto. 1.2. Identificación de nuestro sistema de negociación colectiva: una aproximación. 2. El impacto de las reformas laborales en el Modelo Legal (señaladamente, RDL 32/2021, de 28 de diciembre). Contrarreforma de corrección no de cambio radical de modelo normativo de negociación colectiva. 3. Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de “*lege ferenda*” de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria

“Toda la elaboración del derecho sindical posterior a la Constitución, y toda la creación de un nuevo derecho del trabajo, tiene en su fundamento la elaboración de una noción clave: la de “interés colectivo””

GIOVANNI TARELLO¹

“La lucha por el nuevo Derecho del Trabajo es, ante todo, una lucha por mantener e impulsar la idea de negociación colectiva, la rama más importante del autónomo Derecho del trabajo”

HUGO SINZHEIMER²

Introducción

El tratamiento de esta temática del modelo normativo de negociación colectiva tras la reforma laboral se puede hacer legítimamente desde distintas perspectivas. Se podría acometer a través de un estudio analítico –más o menos detallado- de las grandes reformas recientes que se han realizado en materia de negociación colectiva (ultraactividad convencional; preferencia legal de los convenios de empresa; convenio aplicable en las redes de subcontratación; modelo de cláusulas convencionales de “jubilación forzosa” en atención a la edad; aparte de las muy numerosas remisiones que efectúa el Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva como fuente e instrumento idóneo de regulación de una multiplicidad de materias de la más variada índole)³; o se podría llevar a cabo desde una perspectiva de conjunto que dé cuenta –tomando en consideración esas reformas legislativas concretas- de las transformaciones del modelo de negociación colectiva en el marco de un renovado sistema de relaciones laborales, y muy especialmente en el marco de

¹ TARELLO, G.: *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, trad. y Est.prel., a cargo de J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pág. 27.

² “La reorganización del Derecho del trabajo” (1919) y “Acerca de las ideas fundamentales y la factibilidad de un derecho unitario del trabajo en Alemania” (1914), en *La lucha por el nuevo Derecho del trabajo* (Berlín, 1919), BENÖHR, Hans-Peter, “Hugo Sinzheimer (1875-1945)”, Valparaíso, Ed. Edeval, 2017, pág. 66

³ Estudio que la doctrina –entre la que me incluyo y a cuyos trabajos remito- ha venido realizando desde la promulgación del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, y la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que en su disposición adicional primera da nueva redacción a la Disposición Adicional décima del Estatuto de los Trabajadores (“Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”), Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

un “Nuevo Estatuto de los Trabajadores”⁴, para afrontar los cambios estructurales que se están produciendo ya en los mercados laborales, en las empresas, en las formas de trabajo y en las mismas orientaciones de las políticas del Derecho del Trabajo. Y será difícil que alguien dude de que el nuevo sistema de relaciones laborales va a exigir la doble presencia de la legislación pública –ineludible e inherente a la forma constitucional de Estado Social de Derecho y encaminada a centrar las bases mínimas- y la negociación colectiva –promovida por nuestra Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico-, como las instancias de poder llamadas a protagonizar autónomamente y en permanente interrelación la renovación autorreflexiva del modelo de negociación colectiva precisamente en la renovación y (re)construcción de ese nuevo sistema de relaciones laborales. Se trataría de reflexionar sobre el modelo de negociación colectiva atendiendo a las tensiones dialécticas que se han venido produciendo en los sucesivos procesos de reforma, en un movimiento diacrónico entre continuidad y renovación permanente como expresión de la respuesta a las transformaciones en curso de los actores implicados –y auténticos protagonistas- del sistema de relaciones laborales. Este último enfoque es el que preside ante todo esta investigación.

1. La garantía constitucional *ex* artículo 37.1 de la Constitución Española en la dinámica de la negociación colectiva

1.1. Perspectiva de conjunto

Diversas fuentes de producción de carácter internacional han llevado a cabo la configuración y garantía del derecho a la negociación colectiva, entendido como un derecho social fundamental

⁴ Puede consultarse, por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores”, Conferencia inaugural del Congreso; DEL REY GUANTER, S.: “El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”; SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, y MENÉNDEZ CALVO, R.: “Una nueva ordenación del sistema de negociación y conflictos colectivos”, Conferencia inaugural y ponencias recogidas en VV.AA.: *El Estatuto de los Trabajadores 40 Años después. XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41-102, 385-445, y 447-469, respectivamente; MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; ALFONSO MELLADO C.L.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021”, en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), 1–33. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360>; ALFONSO MELLADO C.L.: “Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021”, en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (2), 1–33. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7360>; MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27 (2022), pp. 45-71. <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/8202/7098>; TOMÁS JIMENEZ, N., “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), *La Edad de Jubilación*, Granada, Comares, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L., “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº33, 200; MONEREO PÉREZ, J.L., “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, VV. AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), Granada, Ed. Comares, 2010; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10ª ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº53, 2019; LÓPEZ INSUA, B.M., “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirs): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

de libertad⁵. La negociación colectiva se configura en las normas internacionales como un proceso dinámico de encuentro bilateral entre los actores sociales para llevar a cabo una regulación conjunta de las condiciones de trabajo y de las reglas imperantes en sus relaciones colectivas y cuya finalidad esencial es la gestión del conflicto por representantes de los trabajadores y de los empleadores a través de la codecisión negocial⁶. La negociación colectiva es expresión de la autonomía privada colectiva que emana de la sociedad civil, y es, al mismo tiempo, una manifestación cualificada de la actividad sindical y asociativa, que remite a la facultad de los grupos sociales de darse a sí mismos un conjunto de reglas jurídicas encaminadas a gobernar, regular y gestionar los intereses que le son propios con base a una realidad conflictual y en orden a la búsqueda de un equilibrio de poder entre las distintas fuerzas sociales; el cual por definición es siempre inestable (en nuestro país, paradigmáticamente, esta concepción se recoge afirmativamente en los artículos 7, 28, 37 y 103.3, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución Española). El ejercicio del derecho a la negociación colectiva es esencial para el disfrute y efectividad de otros derechos (genéricos y específicos de la persona) garantizados en las Constituciones Sociales y en las Cartas de derechos fundamentales europeas (Carta Social Europea Revisada de 1996; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007 –ambas con rango de Tratado- y la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989, con rango de Declaración político jurídica e institucional del Consejo Europeo⁷).

El Convenio OIT, núm. 154 de 1981, sobre la negociación colectiva, se preocupa de fomentar la negociación colectiva y de evitar los obstáculos institucionales a la libertad de negociación colectiva. El art.2 del Convenio de la OIT trata de acotar una definición y el alcance de la negociación colectiva, indicando que “A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Comentario al art. 37.1 de la Constitución”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M.ª N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, espec., págs. 625-683, espec., págs. 671-688, sobre las funciones de la negociación colectiva; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, y SALA FRANCO, T.: “La revisión del modelo legal de negociación colectiva”, ambos en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 77-131, y 133-160, respectivamente; RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, Á.L.: “Derecho a la negociación colectiva: Reconocimiento constitucional y garantías legales”, en VV.AA.: *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, SEMPERE NAVARRO, A. V. (DIR.) Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.), Madrid, Ed. MTAS, 2003; SALA FRANCO, T.: “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 385-445; CASAS BAAMONDE, M.E.: “El derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental autónomo”, en CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.): *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, LAHERA FORTEZA Y MURCIA CLAVERÍA, A. (Cords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2022, págs. 439 y sigs.; CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.): *La negociación colectiva en Europa: una perspectiva transversal*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2019. Imprescindibles, los ensayos de VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012.

⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 628-629.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea”, en *Civitas. Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

Es así que la negociación colectiva remite al diálogo social entre los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus representantes para regular las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores y a las correspondientes entre sus respectivas organizaciones representativas. Desde esta perspectiva, la negociación colectiva es ejercicio de libertad colectiva (y, por tanto, de carácter estrictamente voluntario y libre de toda coacción), pero también de democracia en el ámbito de las relaciones laborales, a través de la autorregulación de los conflictos laborales, de las condiciones de trabajo y, en general, de las relaciones existentes entre trabajadores y empresarios.

Por otra parte, dentro de la función promocional que corresponde a los poderes públicos, éstos deben establecer medidas para que “la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas” (art.5.d); “Las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores” (art.7); y muy especialmente se realza que “las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva *no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*” (art.8).

Asimismo, la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) reconoce el derecho de negociación y acción colectiva (art. 28 de la CDFUE), los derechos de asociación y de libertad sindical (art.12) y el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en las empresas (art.27). Derechos sociales de libertad y de participación sin los cuales se hace irreconocible el derecho a la negociación colectiva, pues sólo alcanza su plenitud en el marco de un sistema integrado de derechos sociales colectivos o sindicales. Aunque cabe matizar que la construcción de un Derecho Sindical Europeo encuentra una limitación significativa en la exclusión expresa de la competencia normativa de la Unión del derecho de sindicación (art.153.5 del TFUE). Ello no obstante, el reconocimiento de tales derechos en la Carta (y recuérdese que el derecho de libertad sindical está garantizado en la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, art. 11)⁸ impone una obligación de respeto por parte de la Unión en el ejercicio de sus competencias.

Desde una perspectiva general, se puede advertir que el art.28 CDFUE (“Derecho de negociación y acción colectiva”)⁹ reconoce derechos sociales fundamentales, que, en consonancia con la normativa internacional, se atribuyen bilateralmente a los “los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Son típicamente derechos colectivos o sindicales que contemplan a los trabajadores y empresarios como personas socialmente y colectivamente “situadas” en el mundo del trabajo. En el caso de la negociación colectiva es un derecho de titularidad eminentemente colectiva y la huelga es, más complejamente, un derecho de titularidad individual de ejercicio colectivo, que, en calidad de tal, comprende facultades individuales y facultades colectivas. Desde esta perspectiva, el derecho de huelga es tanto un derecho humano fundamental, como un medio de presión colectiva. Aunque formulado unitariamente, en el art.28 CDFUE (“Derecho de negociación y acción colectiva”) se

⁸ Art. 11 (“Libertad de reunión y de asociación”): “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otros sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses” (Apartado 1). Resolución de 5 de abril de 1999 de la Secretaria General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Protocolo adicional al Convenio, y el Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Ministerio de Asuntos Exteriores. BOE núm. 108, de 06/05/1999. Texto Consolidado. Véase VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: (Dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017.

⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

garantizan, en realidad, dos derechos sociales fundamentales de libertad estrechamente vinculados: el derecho de negociación colectiva (que comprende el derecho a estipular acuerdos colectivos) y el derecho de acción colectiva de tutela de los respectivos intereses. El art.28 CDFUE, en todo caso, ha querido reforzar la intrínseca interrelación entre ambos derechos, pues el derecho de huelga (el derecho más emblemático dentro de ese general derecho de acción colectiva) *autentifica* no sólo el derecho de negociación colectiva sino también a los derechos colectivos y sindicales en su conjunto. La negociación colectiva refleja una situación y encuentro de poderes sociales, y precisamente la huelga es el instrumento de poder más determinante del movimiento obrero y sindical. La interconexión y relación funcional entre ambos derechos es innegable, toda vez que el conflicto y el pacto son aspectos inmanentes de los sistemas de relaciones laborales. Por otra parte, esta fórmula de reconocimiento está influida, a su vez, por la orientación unitaria que le confiere la Carta Social Europea revisada de 1996 (pero ya presente en la versión originaria de 1961), aunque con un enfoque algo más limitado de lo que se acaba de anotar.

En una correlación lógica se puede afirmar que en el plano de la política del Derecho todo el sistema de diálogo y de negociación colectiva europea está preordenado a la realización de prácticas neocorporativas democráticas (que técnicamente remiten a las formas de decisión político-jurídica que hace partícipes a las organizaciones de intereses profesionales). Interesa tener en cuenta la idea de democracia deliberativa, vinculada a la acción comunicativa en las sociedades avanzadas. También el impulso hacia formas de Derecho *reflexivo* estatal de apoyo a la autorregulación de los grupos socio-económicos. La proyección de ese enfoque comunicativo (“dialógico”) en el ámbito de las relaciones laborales -y, más ampliamente, de los procesos de autorregulación de los grupos organizados en la “sociedad del trabajo”- se expresa nítidamente en el art.28 CDFUE y en los artículos 152 a 155 del TFUE. Es harto significativo que el art.152 TFUE disponga que “la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo social entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”.

Se nota así fácilmente que estamos ante un derecho social fundamental de libertad colectiva, toda vez que el art.28 CDFUE está inserto en el Título IV (“Solidaridad”), como derecho de solidaridad social, reflejo de la identidad colectiva de los trabajadores. Esa identidad colectiva es reconocida por la Carta al atribuir a la negociación colectiva un poder bilateral de autorregulación de sus respectivos intereses y relaciones interasociativas. La misma normativa internacional (señaladamente, la Carta Social Europea, art.6, lo configura como derecho social fundamental). Es un derecho de libertad colectiva, que incorpora ante todo un deber de respeto y de no intromisión por parte del Estado. De manera que la constitución jurídica europea suministra las garantías de libertad convencional. Pero esa *libertad negativa* lleva anexa una dimensión positiva, porque la Carta impone a los Estados un comportamiento *activo* de carácter promocional, es decir, un determinado modo de intervención de los poderes públicos. La abstención del Estado y de los terceros no constituye el contenido del derecho de libertad sino la consecuencia jurídicamente relevante, de la existencia de una *facultas agendi*, y resolviéndose su contenido en la posibilidad de ejercicio de tal facultad de negociación. La negociación colectiva supone un proceso dinámico de encuentro –comunicativo y dialógico- entre los actores sociales para llevar a cabo una regulación conjunta de las condiciones de trabajo y de las reglas imperantes en sus relaciones colectivas. La negociación colectiva es un encuentro de poderes sociales y una *forma de gestión bilateral del conflicto y de codecisión negocial*. En este sentido, el art.28 CDFUE se atiene a un *modelo de autorregulación colectiva voluntaria* (poder bilateral jurídico-social de autorregulación de sus propios intereses contrapuestos). Pero es un derecho de autonomía que, atendiendo al referente al art.6.2 de la Carta Social Europea, impone una intervención en términos de “garantismo social” (que lo es del pluralismo social en el mundo del trabajo) de los Estados o poderes públicos de carácter típicamente promocional.

1.2. Identificación de nuestro sistema de negociación colectiva: una aproximación

Nuestro sistema de negociación colectiva (basado en un garantismo fuerte de la autonomía colectiva¹⁰ al más alto nivel a través de grandes Acuerdos Marco y la centralidad de la institución del convenio colectivo sectorial) ha estado en continuo desarrollo diacrónico en respuesta a las transformaciones del ambiente y sirviendo a distintas opciones de política legislativa y estrategias de los propios interlocutores sociales en el ejercicio de su derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante del convenio colectivo. En el conflicto inherente a las relaciones de trabajo, que son relaciones de poder, se han producido cambios en el modelo de regulación que han supuesto rupturas de los equilibrios de fuerzas en una dialéctica entre garantismo y flexibilización de la eficacia, descentralización hacia la empresa y enriquecimiento de sus contenidos, y el reforzamiento de los poderes empresariales (como realidad subyacente y ocultada dentro de la mayor presencia de la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo). Lo cual ha ido afectando a las bases del modelo normativo que se había diseñado inicialmente a partir del bloque constitucional sindical y su desarrollo en el Título III del RD-Leg. 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, ET) y en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS), cuyo eje pivota sobre la institución del sindicato más representativo, artículos 6 y 7 LOLS.

La negociación colectiva es una columna vertebral del Derecho del Trabajo y el convenio colectivo es una fuente reguladora, que, junto a la heteronomía estatal, ha sido y continua siendo una base constitutiva existencial de la dinámica de las relaciones de trabajo; siendo expresión –por excelencia– del pluralismo social y jurídico en una democracia avanzada (Sinzheimer; Webb; Kahn-Freund, Gallart, Giugni)¹¹. El pluralismo es el contexto institucional más apropiado para la negociación colectiva en un sistema democrático de relaciones laborales. El convenio colectivo siempre supuso la materialización de un fenómeno de formación social del Derecho, un fenómeno de normación social extraestatal, al cual el sistema jurídico establecido ha dado una formulación específica y cambiante¹². Paradigmáticamente, con elevado poder de convicción, Hans Kelsen puso de relieve, la naturaleza esencialmente normativa de las “convenciones colectivas de derecho social”¹³. Una simple lectura atenta de cualquier convenio colectivo de referencia pone de relieve que no estamos ante un tipo contractual privado, sino ante un tipo de normación de origen privado colectivo.

Una primera lectura del precepto muestra nítidamente que el art. 37.1 CE consagra una doble garantía constitucional unitariamente configurada: por un lado, la garantía sustantiva (derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos) y, por otro, una garantía formal (reconociendo esa garantía sustantiva ésta se formaliza en una norma constitucional de aplicación directa e inmediata, e impone al legislador garantizar ese derecho y la fuerza vinculante de los convenios colectivos). Todo lo cual se traduce no sólo en una legislación ordinaria sin más, sino en una legislación de carácter *promocional* (la función promocional de política del Derecho es

¹⁰ El sistema sindical, por decirlo de manera simplificada, se manifiesta como un fenómeno de autorregulación de intereses entre grupos contrapuestos, que se denomina con la expresión “autonomía colectiva” reflejo de un poder de autodeterminación y autorregulación colectiva. Para los caracteres de la autonomía colectiva, véase GIUGNI, G.: *Derecho Sindical* (1980), con la colaboración de M.G. Garofalo y F. Liso, trad. y estudio preliminar, a cargo de J. Vida Soria y J. Montalvo Correa, Madrid, 1983, págs. 139 y sigs. En sentido dinámico el convenio colectivo no es un documento que se agota en sí mismo, o que puede ser estudiado aisladamente en relación al contexto de las relaciones laborales vigentes en un determinado momento histórico, en un determinado país o en un determinado sector de la producción. El convenio colectivo es una realidad que forma parte de un fenómeno más amplio que es la negociación colectiva como proceso. Y ella se resuelve en la compleja actividad que desarrollan las partes interesadas en el conflicto siguiendo, a veces, modelos explícitamente convenidos, y otras atendiendo a prácticas sedimentadas con el tiempo, que delinean ciertas constantes de comportamiento de las mismas en la realización de su actividad normativa. Por lo demás, dicha actividad no se agota sólo en la formulación de verdaderos y propios documentos contractuales, sino que abarca a una porción bastante más amplia de tipos de relación entre los interlocutores sociales.

¹¹ Al respecto, véase la construcción elaborada, desde hace tiempo, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, estudio preliminar, a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII.

¹² MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, estudio preliminar a GALLART FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII. En particular, sobre la fundamentación doctrinal del convenio colectivo en los orígenes del Derecho del Trabajo, véase XXXVII y sigs. Para la configuración del convenio colectivo en el Derecho español, *Ibid.*, págs. LXXXVII y sigs.

consustancial al constitucionalismo democrático social con Estado social de Derecho¹⁴; función promocional en el sentido de Norberto Bobbio¹⁵) de este derecho fundamental de libertad y de su producto más típico que no es otro que el convenio colectivo. Nuestro modelo es típicamente *garantista*, como se infiere del art. 37.1 CE (en relación con el bloque constitucional formado por los artículos 7, 28.1, 53.1, 93 a 96 y 10.2 de la Norma Fundamental), que llama a la ley para garantizar y promocionar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, a la par que garantiza un espacio vital para la autodeterminación colectiva de las relaciones entre los interlocutores sociales y la potestad de autorregulación colectiva. Lo que concierne también a los límites de la legislación pública, pues ésta no puede conducir a negar la virtualidad real del espacio vital de la autonomía colectiva. La negociación colectiva no es sólo una institución que regula y ordena el sistema de relaciones laborales y ciertos aspectos de la gestión del “sistema de empresas”, es al propio tiempo una institución sociopolítica y jurídica que contribuye a establecer la “democracia industrial” y las relaciones de poder entre las organizaciones profesionales en conflicto estructural y con ello se constituye en un cauce de vertebración fundamental del sistema democrático y pluralista de relaciones laborales.

El art. 37.1 CE garantiza el derecho a la negociación colectiva como un típico derecho fundamental autónomo de libertad y autonomía colectiva (derecho de autonomía en la esfera de la sociedad, en el sentido de Luigi Ferrajoli)¹⁶. Estamos ante un derecho de autodeterminación colectiva. Es suficiente dar cuenta de su ubicación sistemática y de la formulación constitucional de su reconocimiento en nuestra Norma Fundamental: Sección 2ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución. La garantía multinivel nos ofrece el mismo resultado calificador y la configuración de la negociación colectiva como derecho fundamental de libertad colectiva (reténgase el bloque normativo constitucional integrado por los artículos 10.2 y 93 a 96, en relación con el art. 53.1, de la Constitución, que consagra aquella apertura y nivel de protección multinivel). Si esto es cierto, es manifiesto que este derecho no es de estricta o esencialmente de configuración legal (pese al criterio en contrario de algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, como por ejemplo, SSTC 8/2015, de 22 de enero, 85/2001, de 26 de marzo), toda vez que conforme al art. 53.1 CE ha de respetarse su contenido esencial que lo hace reconocible como tal derecho (contenido que no sólo está presente en el art. 37.1 CE, sino también materializado en los Tratados y Acuerdos Internacionales que hayan sido ratificados por España y conforme a su interpretación por los órganos encargados de velar por su aplicación e interpretación). Esto supone que cabe para su garantía efectiva ejercer el control de convencionalidad por los órganos judiciales ordinarios competentes de nuestro país, teniendo en cuenta que estos órganos de Derecho interno están obligados a realizar una “interpretación conforme” de nuestra regulación con los Tratados y

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”, *Ibid.*, págs. LII-LIV. La obra de Kelsen citada es *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, México D.F., Ed. Nacional, 1943 (reimpresión, 1974), págs. 145-150. El mismo Kahn-Freund hacía referencia a que “un convenio colectivo es un tratado entre fuerzas sociales. Es un tratado de paz y al propio tiempo un acuerdo normativo”. Cfr. KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, “In Memoriam” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 181 y 119. Por más que luego en el sistema del derecho anglosajón aclare que “en nuestro país no son, por lo general, ni contratos exigibles ni (salvo excepciones) normas dotadas de obligatoriedad jurídica” (*Ibid.*, pág. 219). Para él la función obligacional se conecta, fundamentalmente, no de manera exclusiva, con el mantenimiento de la paz laboral: la “obligación de paz”. Por su parte la “función normativa de los convenios, es decir, su función de creación y codificación de normas”, sirve para asegurar que las estipulaciones convenidas van a ser aplicadas en la empresa o centro de trabajo o sector a los que el convenio se refiere. De este modo, “el convenio, en cuanto norma, determina el contenido de los contratos de trabajo en vigor y predetermina el de los que se celebren el futuro.” (*Ibid.*, págs. 220-221, y 234 y sigs.). Del “convenio colectivo como norma” hace derivar el “efecto automático” y el “efecto obligatorio” (ambos efectos son operativos en la mayoría de los países del continente europeo).

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Constitucionalismo de Derecho privado “social” y “constitución del trabajo” frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert”, en *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum*, núm. 1 (2021), págs. 197-264.

¹⁵ En el Estado contemporáneo se utiliza cada vez más las técnicas de “alentamiento” público institucional. De manera que bajo este enfoque se tiene la imagen preclara de una dimensión del ordenamiento jurídico como ordenamiento con función típicamente promocional. Paradigma de esta dimensión promocional de carácter general del Derecho es, entre nosotros el art. 9.2 CE, que utiliza expresamente el término “promover”. Sobre la función promocional del Derecho, véase BOBBIO, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Madrid, Fernando Torres-Editor, 1990, págs. 367 y sigs.

¹⁶ FERRAJOLI, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Ed. Trotta, 2011, págs. 701 y sigs.

Acuerdos internacionales que han sido incorporados ya en nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello sin perjuicio de que el legislador ordinario ostente una amplia libertad de configuración de política del Derecho dentro del margen de discrecionalidad limitado que se impone deducir de la garantía del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Como ha sido realizado, con brillantez, “el reconocimiento de la negociación colectiva en el art. 37.1 supone “la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo”. Ambas garantías (garantía del ejercicio de una actividad contractual colectiva, libre de injerencias de los poderes públicos, mandatados a promocionar de manera real y efectiva esa actividad, y garantía de los instrumentos nacidos de la negociación colectiva) van a tener reconocidos unos efectos jurídicos imperativos, al abrigo de las derogaciones y mutaciones procedentes de actos unilaterales o de pactos individuales, que se incorporan al contenido esencial de la acción sindical. Como lógica consecuencia de esta inescindible conexión, la lesión de una u otra garantía violenta simultáneamente la libertad sindical¹⁷.

La negociación colectiva y sus productos jurídicos no pueden ser incluidos en los conceptos, categorías e instituciones individualistas del Derecho contractual civil, que, en nuestra tradición y cultura jurídica, contiene lo que se suele denominar el derecho común de la contratación privada, el cual es extraño a la idea de “interés colectivo” (y de autonomía privada colectiva/sindical en el sentido técnico de esta expresión), pues preside la idea del interés individual en su regulación, particularmente a partir del principio dogmático de autonomía privada individual como eje vertebrador de los negocios jurídicos contractuales¹⁸. Los convenios colectivos son las fuentes de expresión jurídica de la autonomía colectiva de los interlocutores sociales (típicas relaciones mediatizadas por las relaciones de poder y la correlación de fuerzas en cada momento histórico) tras un proceso de diálogo y de intercambio de posiciones contrapuestas en las que se resuelve la dinámica de la negociación colectiva. La autonomía colectiva negocial expresa un poder bilateral entre organizaciones con intereses contrapuestos que puede tener como resultado jurídico el convenio colectivo como fuente pactada de regulación de las relaciones laborales (artículos 3.1.b) del ET y 85 del ET, que los incluye como fuente colectiva de regulación de la relación laboral) y asimismo los pactos o acuerdos colectivos. No se ha de olvidar que la norma ex art. 37.1 CE contiene un directivo que corresponde, de una cierta manera, a ciertos hechos sociales¹⁹. Las normas laborales que integran el Derecho Social del Trabajo son un complejo entramado de leyes y convenios colectivos. Ese complejo de reglas (normas sustantivas, normas de organización, normas

¹⁷ Voto particular a la STC 8/2015, de 22 de enero, declarando la constitucionalidad de la reforma de la Ley 3/2012, que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, al que se adhieren la Magistrada Doña Adela Asúa Batarrita y el Magistrado Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Véase STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad; constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular.

<https://www.boe.es/boe/dias/2015/02/24/pdfs/BOE-A-2015-1896.pdf>

También: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2015_006/2012-05610VPS.pdf

¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico* (1971), Introducción de J. Vallet de Goytisolo, Madrid, Ed. Civitas, 1985, reimpresión, 1991, espec., págs.11 y sigs.; FLUME, W.: *El negocio jurídico*, trad. J.M. Miguel González y E. Gómez Calle, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, espec., págs. 23 y sigs.; BETTI, E.: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, revisión, edición y estudio preliminar sobre “El negocio jurídico como categoría problemática” (pp. XIII-XLIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho) 2000, espec, págs. 43 y sigs.,

¹⁹ En general, ROSS, A.: *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, edición y estudio preliminar, “Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho” (pp. XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. 106 y sigs.

procedimentales, normas de principio y valores, etcétera) varía atendiendo a las épocas y los espacios geopolíticos que conforman los ordenamientos jurídicos de los distintos países y sus respectivas culturas jurídicas.

Como todos los derechos fundamentales, el derecho a la negociación colectiva no es estático, pues depende del desenvolvimiento de la cultura de los derechos, que comprende las ideologías jurídicas y las praxis del derecho en su realización social y asimismo la interpretación de los operadores jurídicos en cada momento histórico. También estos factores influyen en la conformación de las relaciones entre legislación pública y negociación colectiva, como fuentes de regulación de ordinario complementarias y no alternativas. Y todo ello mediatizado también por los estándares internacionales que inciden en el derecho a la negociación y en general en el Derecho Colectivo/Sindical.

En el sistema multinivel de garantía del derecho a la negociación colectiva, este derecho fundamental autónomo es considerado como un derecho vinculado a la libertad sindical; y en prácticamente todas las normas internacionales la norma de garantía internacional impone el carácter promocional de la legislación estatal que regule el derecho respetando el principio de autonomía colectiva, en la determinación del objeto y la estructura de la negociación colectiva. (Convenios OIT, núm. 98, sobre aplicación e interpretación del principio del derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio OIT, núm. 154, sobre la negociación colectiva; art. 6 de la Carta Social Europea Revisada²⁰; art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etcétera). Además, esta función promocional subyace a la propia norma constitucional de reconocimiento ex art. 37.1 CE (norma constitucional de reconocimiento de fuentes de producción de normas jurídicas paccionadas), cuando establece que “*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios*”. Este mandato no es aséptico de mera regulación, sino de compromiso activo (acción positiva) de carácter promocional, lo que se impone deducir también si se pone en relación con las Normas Internacionales (sería suficiente retener aquí el tenor literal del art. 6 de la CSEr; los Convenios de la OIT, citados). La STC 208/1993, de 28 de junio, fj. 3, deduce de la fórmula constitucional un papel activo en la efectividad y apoyo a la negociación colectiva, otorgando facilidades y la ayuda que se estime necesaria y recuerda que es la Constitución la que impone a la ley garantizar el derecho que no puede sino serlo con el obligado respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE).

La autonomía colectiva es un derecho de libertad colectiva/sindical y el convenio colectivo tiene la conformación típica de una *norma pactada*, que, en cuanto tal, presenta una doble faz inescindible: es un negocio jurídico “*sui generis*” y una norma “*sui generis*”, atendiendo a su función y a su estructura jurídica unitaria, ya que estamos ante una norma pactada colectivamente. El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos sólo pueden entenderse plenamente si se conecta con el pluralismo social y la libertad sindical consagrada, básicamente, en los artículos 7, 28, apartados 1 y 2, y 103.3 de la Constitución, preceptos que –junto con el art. 37 CE– conforman el bloque normativo constitucional que consagra la autonomía colectiva como poder de autodeterminación social y fuente material de ordenación de los conflictos del trabajo y de gobierno del sistema de relaciones laborales.

A ellos hay que añadir al Estado (y otros poderes públicos supranacionales) como tercer actor –tercera fuerza– dentro del sistema de relaciones industriales (bastaría hacer referencia a los artículos 1 y 9.2 CE para comprenderlo, pues por mandato constitucional el Estado no puede optar por un “*laissez-faire*” absoluto, sino que ha de intervenir necesariamente y estar involucrado en la regulación legal general de las relaciones industriales y en el apoyo de la actividad sindical y la negociación colectiva; por más que sean los propios interlocutores los

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N.: “Derecho a la negociación colectiva (Artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)”, en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dirs.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 519-532. Asimismo, SALCEDO BELTRÁN, C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.

que tienen mayor interés en promover la negociación colectiva como reflejo de una cultura que se vence a resolver diferencias integrando fuerzas opuestas en el mercado de trabajo y dentro de las organizaciones productivas; cfr. artículos 7, 28 y 37 CE)²¹. La Constitución se constituye en fuente primaria de aplicación directa e inmediata de reconocimiento y garantía de este derecho de libertad colectiva/sindical. A la ley no le corresponde propiamente una “función constitutiva” en el desarrollo de las previsiones constitucionales, sino que, al contrario, le incumbe una función de garante *promocional* de la plena efectividad del derecho sin que pueda desnaturalizarlo vulnerando su “contenido esencial” a cuyo obligado respeto ordena el art. 53.1 CE. El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de precisar que “la facultad que poseen “los representantes de los trabajadores y empresarios” (art. 37.1 CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad que *no deriva de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional*” (STC 58/1985; doctrina seguida por SSTC 73/1984, 108/1989, entre otras posteriores). Ciertamente, otras sentencias posteriores del TC han declarado que el derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica vinculante de los convenios es un derecho de estricta configuración legal (señaladamente, por su contundencia, SSTC 119/2014 y 8/2015²²). Pero hay fundadas razones jurídicas para afirmar que se trata de una interpretación discutible desde el punto de vista técnico-jurídico.

La negociación colectiva forma parte de la libertad sindical y lo es tanto la negociación colectiva estatutaria (Título III del ET) como la negociación colectiva extraestatutaria, ambas amparadas directamente en la garantía constitucional ex art. 37.1 CE²³. ¿ Realmente se puede aceptar como fundada jurídicamente la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual se sitúa al convenio colectivo en el ámbito del art. 3.1.c) ET, que hace referencia a la autonomía individual expresada en el contrato de trabajo? (así, las STS 542/2017, de 21 de junio, y otras que en ellas se citan)²⁴. No parece que ello encaje con la garantía del art. 37.1 CE, pues supone degradar su misma naturaleza y fuerza “colectiva”, si se acepta, en términos de principio, para todo convenio colectivo el doble efecto de eficacia inmediata y directa y de inderogabilidad singular “in peius”, que es más propio de un instrumento normativo que de una fuente de las obligaciones individuales (de manera que los contratos individuales de trabajo no tienen que

²¹ Ya en una perspectiva más amplia se puede afirmar que “[...] el Derecho del Trabajo asegura la transformación de los antagonismos de clase en conflictos sociales dependientes de reglas de juego preestablecidas; reglas de intercambio y de negociación formalizados como fuerzas en presencia en el sistema de mercado”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España (CES), 1996, pág. 27.

²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “El derecho a la negociación colectiva en el voto disidente a la STC 8/2015”, en VV.AA.: (CRUZ VILLALÓN, J., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dirs.): *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, LAHERA FORTEZA Y MURCIA CLAVERÍA, A. (Coords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.

²³ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, ACARL, 1988, págs. 26 y sigs.; ALFONSO MELLADO, C.L.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. (DIRS.) Y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (COORD.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

²⁴ Asimismo, con ese criterio, STC 121/2001, SSTS de 6 de octubre de 2009, R.3012/2008, 9 de febrero de 2010, R.105/2009, 29 de marzo de 2010, R. 37/2009, 29 de marzo de 2010, R.37/2009. Tampoco se impone para estos convenios de eficacia limitada un deber de negociar (STS de 24 de febrero de 2005, R.46/2004. Se afirma, pues, sin mayores reservas la plena contractualización de los convenios extraestatutarios y su sometimiento al Derecho privado general (señaladamente artículos 1254 y siguientes del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil). Los convenios extraestatutarios pueden ser impugnados judicialmente por el cauce procesal del procedimiento de conflicto colectivo regulado en los artículos 153 y siguientes de la LRJS. Pero no se deberá olvidar, en cualquier caso, que para ellos se aplica el art. 37.1 CE (norma de aplicación directa e inmediata) y que para ellos también les resulta aplicable la garantía del contenido esencial establecida imperativamente ex art. 53.1 CE. Además, del sistema multinivel de garantía internacional de la cual goza el derecho a la negociación colectiva por el juego del bloque normativo constitucional formado por los artículos 7, 28.1, 93 a 96, y teniendo en cuenta la norma de apertura hermenéutica que se impone categóricamente en el art. 10.2 CE (“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”). Lo que, entre cosas, permite el control de convencionalidad realizado por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Cfr. STC 140/2018, de 20 de diciembre (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019), f. 6°. (Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal).

interiorizar o incorporar en sunexo obligacional los contenidos del convenio, limitándose a respetarlos y cumplirlos en sus propios términos).

Ese carácter promocional no supone que la Constitución contemple un modelo acabado, totalmente prefigurado de negociación colectiva, sino su garantía dentro de un margen de discrecionalidad no absoluta (véase SSTC 11/1981, de 8 de abril, fj.7; 201/1990, fj.2, 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, 119/2014, de 16 de junio, fj. 4.A). Ello es tanto más claro cuanto que es el propio art. 37.1 CE el que contiene la garantía del derecho y ordena su efectividad promocional al legislador ordinario: la garantía del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza jurídicamente vinculante de los convenios no deriva de la ley infraconstitucional sino de la propia Constitución como norma fundamental constitutiva del ordenamiento jurídico en el que ella misma se inserta (art. 9.1 CE) (STC 58/1958, fj.3; y SSTC 119/2014, de 16 de julio, fj. 4.A), 2017/1991, de 14 de noviembre, 92/1992, de 11 de junio, fj.4, ATC 85/2011, fj.7, 8/2015, fj.2.f)).

Pero, nótese que lo que no puede quedar totalmente abierto es el propio contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Lo impide el art. 53.1, en relación con el bloque normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución, que remite, como canon hermenéutico de interpretación obligatoria, al sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales. Y este canon hermenéutico de apertura hay que tenerlo en cuenta tanto para el “control de convencionalidad” llevado a cabo por los órganos de la jurisdicción ordinaria como para el “control de constitucionalidad” realizado por el propio Tribunal Constitucional. En efecto, como ha señalado nuestro Alto Tribunal, el art.10.2 CE no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita –dentro de su gran relevancia jurídica- a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del Título I de la Constitución. Tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por la jurisprudencia de este Tribunal, el art. 10.2 CE tampoco supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas. Tal y como fue expresado, entre otras muchas, en la STC 38/2011, de 28 de marzo, «aunque el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 30 CE (sic.) deban interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE, esa función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales» (FJ 2). Los textos y acuerdos internacionales, a que se refiere el artículo 10.2, son una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [STC 64/1991, FJ 4 a)], así como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2)²⁵.

Admitido que el derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos tiene un “contenido esencial” (art. 53.1 CE), éste será un núcleo resistente para el legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales, pues el contenido esencial del derecho fundamental determina un ámbito del derecho que se reserva para sí el constituyente y que ha de garantizar y respetar el legislador estatal. El contenido esencial no tiene sólo una dimensión defensiva frente a interferencias de los poderes públicos y privados inaceptables para el contenido esencial del derecho, sino también una dimensión ofensiva de exigibilidad y de imposición de obligaciones a los poderes públicos, incluidos los

²⁵ STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, fj.5^a. Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso frente a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular. Respecto al control de convencionalidad en sentido estricto, véase el fj. 6 de esta STC Pleno 140/2018.

jueces en el ejercicio de su labor interpretativa de sentido o de recreación²⁶. Esto no significa que más allá de ese núcleo no haya límites respecto a otros aspectos que forman parte del contenido esencial, dentro de un equilibrio sometido a los principios de ponderación y proporcionalidad entre los bienes jurídicos en juego. Los contenidos esenciales de cada uno de los derechos constitucionales no están desvinculados entre sí y se determinan recíprocamente. Para esto debe reclamarse la apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, a las declaraciones, tratados y acuerdos internacionales ratificados por nuestro país (artículos 10.2, 93 a 96 de la Constitución). Y no se olvide también que la garantía del contenido esencial actúa igualmente “como restricción a las restricciones” (sean éstas directa o indirectamente constitucionales). La advertencia es importante, porque, en efecto, los derechos fundamentales están restringidos y son restringibles, pero también cabe decir que su restricción y restringibilidad son restringidas. Y esto no es un juego de palabras o un exceso en el lenguaje jurídico, sino una técnica de precisión interpretativa.

En este sentido una restricción de los derechos fundamentales (se insiste en el sentido de la concepción jurídica amplia de *fundamentalidad* de esta expresión que se puede deducir, paradigmáticamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [“derechos fundamentales comunitarios”]²⁷, o del Título I [“De los derechos y deberes fundamentales”] y Capítulo IV [“De la garantía de las libertades y derechos fundamentales”] del referido Título II de nuestra Norma Fundamental) son “restricciones a su restricción y restringibilidad”. Cuando la Constitución estatuye la garantía del contenido esencial viene a establecer, entre otras inferencias, una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales en el sentido de que se impide que la vigencia de una disposición iusfundamental (por ejemplo, ex artículo 37.1 en relación con el art. 53.1 CE) sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para los sujetos titulares en el ejercicio del derecho conforme a su finalidad en la vida social. En cualquier labor de ponderación, de proporcionalidad o juicio de razonabilidad cabe *ponderar* la existencia de un límite intrínseco que ha de ser tomado siempre en consideración, a saber: el respeto a un núcleo de cada derecho fundamental que no puede ser afectado sin más por restricciones legislativas, pues se trata de un núcleo absolutamente protegido por la Constitución sirviendo a los designios que el poder constituyente ha estatuido en el orden constitucional, y que, en consecuencia, pone un límite infranqueable (ámbito intangible) para el legislador legitimado para desarrollar las previsiones constitucionales.

Ahora bien, es posible pensar en situaciones excepcionales o extremas donde ese núcleo pueda ser afectado atendiendo a probadas razones superiores, de manera que ciertos elementos del mismo sean desplazados. Siendo así que los derechos fundamentales no pueden ser considerados como “derechos absolutos genuinos” o en sentido estricto, porque esto sería aceptar que serían ilimitados –bien que sean referidos a la garantía de su núcleo esencial. En este sentido puede operar válidamente el principio de proporcionalidad para que en una situación extrema pueda producirse una restringibilidad de los derechos fundamentales. Así, y

²⁶ Véase HÄBERLE, P.: “El legislador de los derechos fundamentales” y “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional”, en LÓPEZ PINA, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Ed. Civitas, 1991, págs. 99 y sigs., págs. 260 y sigs., respectivamente; HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. Jürgen Saligman y César Landa, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 95 y sigs., 188 y sigs., y 322 y sigs.

²⁷ Explicación del Praesidium de la Convención relativa al artículo 1 (Dignidad humana), se indica que la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra la dignidad humana en su Preámbulo: «...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.» En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77, el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho. Resulta expresivo, al respecto, lo establecido en los artículos 51 a 54 de este instrumento comunitario con rango de Tratado de la Unión, atendiendo al art. 6.1 TUE.

de manera fundada y con carácter extraordinario, puede producirse una exclusión de la protección iusfundamental que pueda afectar al contenido esencial y su núcleo principal²⁸.

Con todo, ningún derecho fundamental –el derecho a la negociación colectiva lo es en la concepción jurídica y constitucional amplia de esta expresión²⁹- es absoluto si se entiende por tal ilimitado, pues en su ejercicio los derechos fundamentales se transforman en derechos relativos hasta cierto límite que supondría la desnaturalización del mismo por la intensidad de las limitaciones y restricciones que se le imponen y por el juego inadecuado del principio de proporcionalidad (ante todo por afectar al considerado núcleo del derecho fundamental). Al tiempo la proporcionalidad es una categoría jurídica diseñada (construida) por el legislador competente para resolver conflictos entre derechos fundamentales o conflictos entre los derechos fundamentales y el interés público (a veces calificado de “bien común” general). Pero el núcleo del derecho no tiene que identificarse necesariamente con su contenido esencial, lo que conduciría a convertir a todos los derechos fundamentales en derechos absolutos³⁰. La determinación se debe basar en los valores y principios que el mismo derecho está llamado a promover. Y es posible afectar a ese núcleo a través de una restricción limitada con arreglo al principio de proporcionalidad. Por ejemplo, cuando dos derechos fundamentales entran en conflicto. El problema de fondo es verificar si las restricciones a los derechos fundamentales son justificables. De manera que la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) no impediría la realidad del posible conflicto entre derechos fundamentales y la necesidad de utilizar técnicas de ponderación para resolverlos³¹. La aplicación de la teoría del abuso de los derechos fundamentales ya supone restricciones que son intrínsecas a los mismos derechos, cuya aplicación a los derechos fundamentales se hace explícita: “Prohibición de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”³².

Llevado al extremo máximo de los límites está el supuesto de la suspensión de los derechos fundamentales (aunque para esa afectación en supuestos de normalidad jurídica no sería, desde luego, necesario acudir al supuesto específico extraordinario de la suspensión de los derechos y libertades)³³, porque, como es obvio, esa suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales afecta al núcleo del contenido esencial de los mismos, pues, en tal caso, supone la imposibilidad “ope legis” de su ejercicio efectivo.

El art. 37.1 CE –en relación con la garantía del “contenido esencial” ex art. 53.1 CE- no establece un deber constitucional de negociar entre los sujetos colectivos o “partes sociales”

²⁸ Véase ALEXI, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 267 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prohibición de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1423-1456; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales”, estudio preliminar a JOSSERAND, L.: *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. IX-XL.

²⁹ Paradigmáticamente, Título I (“De los derechos y libertades fundamentales”) y Capítulo Cuarto (“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”) de la Constitución y la misma “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, art. 28 (“Derecho de negociación y acción colectiva”).

³⁰ Es cierto que, paradigmáticamente, el art. 19.2 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana establece que “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (*Wesensgehalt*). Pero esto ha sido objeto de grandes debates entre teorías absolutas y teorías relativistas del contenido esencial del derecho y su sentido político constitucional.

³¹ ALEXI, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs.286 y sigs.

³² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Prohibición de abuso de derecho (artículo 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 1423-1456; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Teoría del abuso de derecho: el abuso de los derechos fundamentales”, estudio preliminar a JOSSERAND, L.: *El Espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012, págs. IX-XL. Este art. 54 corresponde al art. 17 del CEDH, que reza lo siguiente: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en el mismo”.

(teniendo en cuenta que la titularidad del derecho es bilateral, esto es, que corresponde a los representantes de los trabajadores y empresarios), sino que dicho deber deriva del legislador infraconstitucional (artículos 89.1, párrafo 2, del ET) dentro de su función promocional de garantía de la efectividad del derecho a la negociación colectiva. Un desarrollo garantista de este tipo es perfectamente admisible como parte del contenido posible legal dentro de la textura relativamente abierta del art. 37.1 CE. Este aspecto forma parte del contenido posible legal, siendo la ley la que establezca las condiciones de exigibilidad de ese derecho (para los convenios estatutarios “erga omnes” ex art. 89.1, párrafo 2, del ET). Este deber de negociar responde a una opción legislativa constitucionalmente legítima a través de la cual se trata de dar cumplimiento al mandato de “garantizar” el derecho a la negociación colectiva, que el art. 37.1 CE le encomienda. Ahora bien, la Ley no puede imponer la distinta obligación de llegar a un acuerdo, ya que ello se opondría a la libertad inherente a la autonomía colectiva de las partes sociales. Por tanto el deber de negociación ha de entenderse como un deber de conducta (es, en sentido técnico-jurídico, una típica “obligación de medios”) y no de resultado, con una actitud abierta al acuerdo, aunque este sólo dependa finalmente de la libre voluntad de las partes negociadoras (véase SSTs 17 de noviembre de 1998, de 10 de diciembre de 2002, 21 de abril de 2005 y 14 de marzo de 2006). En cualquier caso, la obligación de negociar ex art. 89 ET se refiere exclusivamente a los convenios colectivos estatutarios, pero no alcanza a los de eficacia limitada, los cuales se rigen solo por la voluntad de las partes negociadoras, sin que quepa obligar a su celebración. En defecto de posible establecimiento legal “ad hoc”, preside en este aspecto la plena libertad de negociación colectiva/sindical (STS de 28 de marzo de 1994, Ar. 2544)³⁴. Por otra parte, las partes negociadoras estarán obligadas legalmente a negociar bajo el principio de la buena fe (ex art. 89.1, párrafo 3º, del ET) (SSTC 107/2000, de 5 de mayo, 85/2001, de 25 de marzo). El deber de negociar, de base legal, puede tener una dimensión sindical cuando en la negociación colectiva queda implicado el sindicato, dando lugar a una demanda de amparo ex artículos 7, 28.1 y 53 CE, vinculado al deber legal de negociar (STC 107/2000, de 5 de mayo).

El Tribunal Constitucional ha legitimado la preferencia legal de política del Derecho por el convenio colectivo de eficacia normativa personal generalizada, considerando que es una dirección coherente para buscar una homogeneidad de las condiciones de trabajo y la apuesta por la institución de la mayor representatividad sindical como eje de nuestro sistema de relaciones laborales³⁵. Con este punto de partida ha afirmado el carácter normativo del convenio estatutario y, no sin cierto exceso verbal, ha hecho referencia al valor “cuasi-público” del convenio colectivo regulado en el Título III del ET; y relegando, además, al convenio colectivo de eficacia limitada al campo de la regulación del Derecho común de la contratación (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, fj.4, 171/1989, de 19 de octubre, fj. 2, 119/2002, de 20 de mayo, fj. 6, 27/2004, de 4 de marzo, fj.4, 280/2006, de 9 de octubre, fj.5, 36/2011, de 28 de marzo, fj.2, 112/2017, de 16 de octubre, fj. 4), lo cual ha permitido legitimar, a su vez, que el empresario pueda modificarlo unilateralmente a través del art.41 del ET; admisibilidad que es, sin embargo, de muy dudosa constitucionalidad, toda vez que la garantía mínima de cualquier convenio colectivo ex art. 37.1 CE es (más allá de que se esté o

³³ Conforme al art. 55.1 del Capítulo V del Título I de la CE: “Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción”. Entre los derechos que pueden ser suspendidos se encuentran el derechos de huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (artículos 28.2 y 37.2 CE), facultando la ley a la autoridad gubernativa para decretar la prohibición de los mismos. Cfr. art. 116 CE.

³⁴ RIVERO LAMAS, J., y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tramitación (artículo 89)”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed.Comares, 2012, págs. 1096-1104.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España (I y II)”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 16 y 17 (2016), págs. 110-143, y págs. 14-31, respectivamente. Sobre la institución de la mayor representatividad sindical, véase, ampliamente, GARCÍA MURCIA, J.: *Organizaciones sindicales más representativas*, Madrid, MTSS, 1987; NAVARRO NIETO, F.: *La representatividad sindical*, Madrid, MTSS, 1993.

no de acuerdo con la garantía constitucional de la fuerza normativa de todo convenio colectivo) precisamente la garantía de eficacia directa e inmediata y la indisponibilidad unilateral por parte de los sujetos pactantes y de sus destinatarios. De lo contrario no tendría ningún sentido la garantía constitucional de la eficacia de todo convenio colectivo (y que no es capaz de garantizar sin más el derecho privado común de la contratación) y desde luego sería contraria al contenido esencial del derecho y a la cultura jurídica del derecho constitucional a la negociación colectiva. Los convenios de eficacia limitada “extraestatutarios” están amparados por la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, en relación con los artículos 7 y 28.1 de la Norma Fundamental, que acoge el derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica de todos los convenios “sin adjetivos” como parte del contenido esencial de la libertad sindical³⁶. El contenido esencial del derecho de libertad sindical comprende instrumentos lícitos de acción colectiva³⁷. Para este tipo de convenio ordinario de eficacia limitada (“extraestatutario”) debe presuponerse también lo que es la garantía mínimamente deducible del art. 37.1 CE y sin la cual queda desnaturalizado el convenio colectivo, es decir, su eficacia inmediata y directa (sin necesidad del reclamo de la teoría de la interiorización en los contratos individuales) y su carácter inderogable unilateralmente por parte de sus destinatarios (véase SSTC 108/1989, de 8 de junio, y 121/2001, de 4 de junio). Pese a ello, en la STC 8/2015, se declara la constitucionalidad del poder unilateral del empresario para modificar el contenido de los convenios colectivos de eficacia limitada “extraestatutarios”. La jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria consideran que los llamados convenios “extraestatutarios” tienen una naturaleza contractual, aunque pueden ser objeto de registro y depósito³⁸.

El desarrollo de las previsiones constitucionales a través del Estatuto de los Trabajadores (artículos 37.1 y 35 CE), no agota dichas previsiones –el alcance de las mismas– porque se limita a garantizar un modelo normativo de negociación colectiva extraordinario, esto es, de fuerza normativa y eficacia personal generalizada (“erga omnes”, eficacia extraordinaria que es aplicable a la regulación normativa del convenio, pero no a las cláusulas obligacionales en sentido estricto, pues éstas tan sólo vinculan a los sujetos negociadores) en todo su ámbito de aplicación (de manera que someten a imperio de sus normas a los trabajadores y empresarios a los que deben ser aplicados por ser sus destinatarios), dejando fuera, señaladamente, a los convenios de eficacia jurídica limitada a los sujetos negociadores y a los trabajadores y empresarios directamente representados en la negociación, es decir, los llamados convenios de eficacia limitada ordinarios y extraestatutarios en tanto que no regulados por el ET, aunque aludidos indirectamente por él (art. 82.3 in fine del ET)³⁹.

³⁶ Este conjunto de disposiciones, artículos 7, 28, 37 –en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 CE–, forman un bloque de constitucionalidad regulador *teleológicamente unitario* de la libertades colectivas/sindicales, a pesar de que el constituyente optó –criticablemente– por separar en artículos dispersos lo que en rigor constituye un bloque de constitucionalidad cuando se trata de derechos de libertad colectiva/sindical íntimamente vinculados y entrelazados en sus respectivos contenidos esenciales.

³⁷ SSTC 107/2000, de 5 de mayo, 308/2000, de 18 de diciembre, 121/2001, de 4 de junio, 198/2004, de 15 de noviembre, entre otras.

³⁸ Disposición adicional 2ª (“Depósito de convenios y acuerdos de eficacia limitada y acuerdos de empresa”) del Real Decreto 713/2010, de 18 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, a cuyo tenor: “Cuando se solicite el depósito de convenios o acuerdos colectivos de eficacia limitada o acuerdos de empresa *no incluidos en el art. 2.1.h*) de este real decreto en los registros de las autoridades laborales, deberá remitirse por medios electrónicos el texto del mismo, así como cumplimentar los datos estadísticos e identificativos que figuran en los anexos 1 y 2...”.

³⁹ Según se ha dicho múltiples veces en este capítulo, y conforme al art. 82.3 ET, «los convenios regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». El convenio se aplica de manera inmediata y directa y despliega su fuerza inderogable en las relaciones individuales de trabajo, estando prohibida también una desvinculación plural o «en masa» (principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo), por entrar en contradicción con el carácter vinculante del convenio colectivo (art. 37.1 CE y 82.3 ET). La inderogabilidad que le es connatural es la inderogabilidad «in peius», pero no impide la mejora de sus condiciones a través de la autonomía contractual individual, en el bien entendido de que un contrato de mejora no lo deroga sino que mejorando realiza su finalidad, al constituirse el convenio en ordenación convencional mínima imperativa en su ámbito de aplicación.

Por el contrario –y con *excepción normalizada*–, el mismo ET permite la inaplicación colectiva (“derogabilidad *singular* colectiva”, pues el convenio colectivo objeto de inaplicación queda vigente para su ámbito de aplicación “minorado”, por así decir) del convenio colectivo «erga omnes», a través de los procedimientos de inaplicación del mismo (con mayor flexibilidad operativa) (art. 82.3 y 84 del ET).

Este tipo legal de convenio es, por consiguiente, de eficacia normativa y personal generalizada dentro de su ámbito de aplicación (STC 105/1992). Llama la atención el hecho de que en los países europeos predomina, por el contrario, el convenio ordinario o de eficacia normativa y personal limitada. El TC ha considerado legítima dicha opción de política legislativa, con indicación de que el criterio de selección de los sindicatos negociadores no es arbitrario, ni lesivo de la libertad sindical de los demás sindicatos, y que todo sindicato por el hecho de serlo tiene el derecho a negociar un convenio de eficacia limitada al margen del sistema normativo del ET, porque el derecho a la negociación colectiva forma parte, recuérdese, del contenido esencial de la libertad

El modelo legal estatutario ha venido siendo objeto de reformas legislativas, algunas de las cuales han supuesto una redefinición significativa de sus piezas maestras originarias (o rasgos constitutivos) que presidieron su primera versión en el momento de su aprobación en 1980. Sin embargo, dos grandes reformas incidieron en la fisonomía del modelo legal, y por extensión de manera muy relevante respecto a la conformación jurídica del Título III del ET. Estas reformas no son otras que la reforma de 1994 (a la que le siguieron varias parciales, intermedias por así decir, como las de 2010 y 2011) y la reforma de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes de reformas del mercado laboral (una nueva vuelta de tuerca en ese sentido flexibilizador, pero añadiendo “ex novo” elementos de intervención reguladora autoritaria sobre la negociación colectiva), que consolidaron un más flexible modelo normativo de negociación colectiva y de eficacia jurídica del convenio colectivo estatutario. La reforma de 2012 (RD-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado, convalidada con algunas modificaciones por la Ley 3/2012)⁴⁰, debilitó a la figura jurídica del convenio colectivo sectorial de fuerza normativa y eficacia personal generalizada; y supuso una intromisión estatal en espacios antes reservados a la negociación colectiva (reténgase la regulación del principio de primacía legal indisponible del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior -sectoriales o supraempresariales), y sin necesidad de alegar un justificado motivo (a diferencia de los acuerdos colectivos de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo); la regulación imperativa de derecho necesario absoluto de la ultraactividad de los convenios colectivos, etcétera. Al tiempo, se trató de mermar el poder sindical, aumentar la flexibilidad laboral, reducir los costes laborales, y potenciar la negociación colectiva de empresa al servicio de “sus” necesidades de funcionamiento bajo una lógica de mercado, dejando en segundo plano la lógica social de los ajustes y reestructuraciones organizacionales (ahí están las reformas que se emprendieron en relación a la inaplicación de convenios colectivos estatutarios, la preferencia aplicativa del convenio de empresa respecto al convenio sectorial o supraempresarial en materias de enorme relevancia y la regulación de la ultraactividad convencional; artículos, 82.3, 84. 2 y 85.3 del ET, en la versión dada por la reforma de 2012).

El Tribunal Constitucional pudo legitimar sin tacha de inconstitucionalidad las medidas restrictivas del derecho a la negociación colectiva con base a la facultad del legislador para tomar en consideración otros derechos y bienes protegidos; y lo hace partiendo de la consideración de que el derecho a la negociación colectiva es un derecho de estricta o esencialmente configuración legal, con ignorancia del contenido esencial deducible de la garantía multinivel de los derechos fundamentales (STC 119/1914, de 16 de julio y 8/2015). Y precisamente el Tribunal Constitucional tendría que atender a si efectivamente se garantiza la efectividad de la negociación colectiva por la ley y si esta regulación del derecho ha respetado el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 53.1 CE). Esto determinaba en la práctica que el derecho a la negociación colectiva es un derecho *vacío* de contenido esencial y sin virtualidad relevante pues su garantía la encuentra exclusiva o esencialmente en la legislación ordinaria del derecho del art. 37.1 CE. De derecho “esencialmente de configuración legal” habla explícitamente la STC 8/2015, f.j. 2.e) y 10.a). Así

sindical (SSTC 12/1983; 98/1985). Y, en efecto, el ET da entrada a otras formas de negociación colectiva no reguladas expresamente en el mismo (arts. 82.3 y 90.1 ET), haciendo posible la realización práctica de la garantía constitucional abierta contenida en el art. 37.1 CE. Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en VV.AA.: *Constitución y Derecho del Trabajo*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1992; GARCÍA BLASCO, J.: “La jurisprudencia constitucional relativa al derecho de negociación colectiva”, en *Temas Laborales*, núm. 76 (2004); SALA FRANCO, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981; SALA FRANCO, T.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, en SALA, T., PÉREZ DE LOS COBOS, F., y GOERLICH, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, 1989; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Los convenios colectivos extraestatutarios”, Ponencia en VV.AA.: *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Murcia, 17 y 18 de mayo de 2002, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; LAHERA FORTEZA, J.: “La eficacia jurídica y personal de los convenios colectivos estatutarios”, en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

⁴⁰ Un estudio completo, en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.) y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.): *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

una tras otra se legitima la libertad de configuración del legislador intervencionista para introducir todas las limitaciones del derecho a la negociación colectiva que estableciera la Ley 3/2012.

El resultado de estas dos grandes reformas (que, reténgase que fueron acompañadas por un conjunto muy amplio de reformas concretas de más reducido alcance) fue lo que la doctrina denominó el “Nuevo Derecho Flexible del Trabajo”⁴¹, como cambio de paradigma decididamente orientado hacia la flexibilidad laboral en un sentido liberalizador, cuya vuelta de tuerca se realizaba a través del concepto de “flexiseguridad”; noción que ha dado lugar a un gran debate doctrinal distinguiendo entre “flexiseguridad neoliberal” (que avanza hacia la “constitución flexible del trabajo”, introduciendo una mutación legal de la constitución social y de su programa normativo)⁴² y “flexibilidad garantista” (que se corresponde con la “constitución del trabajo garantista”; esto es, el Derecho del Trabajo garantista propio del constitucionalismo social). La constitución flexible del trabajo es la idea-fuerza que impregnó las dos grandes reformas de la negociación colectiva de 1994 y 2012 (que, como se ha indicado, dan una vuelta de tuerca sobre los parámetros flexibilizadores de 1994, que, pese a todo, eran más respetuosos –aunque problemáticos- con el principio de autonomía colectiva negocial), mediando entre ellas la reforma del RDL 7/2011, en la dirección flexibilizadora que culminaría en el RDL 3/2012 y su convalidación y consolidación en la Ley 3/2012. En este modelo normativo el intervencionismo se hace más penetrante y limitador de los espacios de autodecisión autónoma colectiva. Se aduce la rigidez de la regulación y la falta de dinamismo de la negociación colectiva para actualizar sus contenidos y afrontar –se expresaba- las peculiaridades de la empresa. Por ello se apostaba por una mayor “empresarización” de las relaciones laborales a través tanto de la ley como de la negociación colectiva como elemento descentralizador y de potenciación de la flexibilidad interna (que supone una flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo; se trate de una flexibilidad interna impuesta unilateralmente o establecida con carácter colectivamente negociado) y de “creación” de empleo (porque se parte de la premisa –nunca verificada científicamente- de que existía una pretendida rigidez en el marco institucional que conducía manifiestamente al declive de las tasas de empleo).

Se puede explicar que una reforma limitadora –y no sólo racionalizadora y de fomento- de la negociación colectiva fuera contestada por los interlocutores sociales y que, en consecuencia, no se tratase de una “legislación (pre)negociada” (que constituye una de las expresiones típicas de la concertación social, como intercambio de política del Derecho entre el Gobierno y los interlocutores sociales). Era necesario “intervenir” en el sistema de negociación colectiva a través de una reforma limitadora de sus espacios de autonomía para alcanzar los objetivos de las políticas liberalizadoras y precarizadoras del mercado de trabajo que, en la perspectiva de política del Derecho, eran consideradas necesarias para el buen funcionamiento de los mercados y la mejora de la competitividad de las empresas. Enfoque flexibilizador contrario no sólo al principio de autonomía colectiva, sino también al principio de trabajo “decente” o “digno” de la persona que trabaja: pues es verificable que estas reformas no mejoraron los niveles de empleo, pero sí incrementaron la inseguridad y la precariedad laboral; aparte de que propiciaran una visible lucha empresarial por la competitividad basada en la reducción de costes del trabajo y la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector de actividad.

Más allá de los aspectos decididamente negativos del modelo resultante de estas dos grandes reformas legislativas flexibilizadoras (y en parte liberalizadoras), cabe destacar el aspecto positivo de apertura del modelo normativo hacia un carácter de negociación colectiva *más dinámica*, sobre

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

⁴² Exponente nítido de esta última es la explícita finalidad perseguida por el legislador de la reforma laboral efectuada a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio (antes RDL 3/2012), en cuya Exposición de Motivos, tras afirmar que “el objetivo es la flexiseguridad” (apartado II), señala que “en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. *Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa*” (apartado IV). La unilateralidad de este planteamiento reconduce la negociación colectiva desde un instrumento autónomo de equilibrio entre los intereses implicados, a un instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de las empresas. Este no es precisamente el modelo del garantismo jurídico de la negociación colectiva.

todo porque en cualquier momento se puede renegociar el convenio colectivo y es posible aprobar Acuerdos de Empresa en materia de descuelgue o inaplicación de cláusulas del convenio colectivo vigente de que se trate para atender a las circunstancias específicas sobrevenidas de la empresa⁴³.

El Tribunal Constitucional no siempre ha estado a la altura en el enjuiciamiento de las reformas legales de la negociación colectiva, siendo especialmente significativos sus pronunciamientos sobre aspectos cruciales de la reforma de 2012 (SSTC 119/2014, de 16 de julio). La jurisprudencia establecida se aparta, a menudo, de la ya consolidada anteriormente con reiteración por el Alto Tribunal. Esta doctrina está marcada por un factor de coyunturabilidad (en ese momento, el crack de 2008 y su impacto en el orden económico y social), como en el fondo lo está siempre, ya que el Tribunal Constitucional se mueve en las tierras movedizas de circunstancias cambiantes que pueden condicionar sus pronunciamientos atendiendo a los juicios de valor y a las interpretaciones teleológicas que adopte en cada momento; y, como es obvio, a la legislación que pueda dictarse tanto en el derecho de la emergencia como en el derecho de la normalidad político jurídica. Es la incidencia del “momento o realidad constitucional” lo que puede hacer modular la doctrina del Alto Tribunal. Conviene recordar que cualquier limitación de los derechos fundamentales exige un justificado motivo y que no haya ningún otro cauce razonable para alcanzar los fines pretendidos por el legislador y cuya razonabilidad deberá enjuiciar el propio Alto Tribunal. En cualquier caso, las medidas restrictivas o limitativas del derecho a la negociación colectiva se normalizaron no sólo con el transcurso del tiempo post-crisis, sino también con la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en el año 2015.

La STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015 (Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral), no se limita a afirmar que el derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE es un derecho de estricta configuración legal (ignorando los límites que impone al legislador ordinario el “contenido esencial del derecho” ex art. 53.1 CE), sino que justifica las limitaciones al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos con base a una canon interpretativo que hace prevalecer las razones económicas (vinculadas a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) sobre este derecho fundamental y otros derechos sociales constitucional e internacionalmente garantizados⁴⁴. Al no existir condicionamientos fuertes del modelo relativamente abierto de negociación colectiva (absolutamente abierto no puede ser en pura lógica jurídica, toda vez que hay una zona resistente frente al legislador ordinario representada por el “contenido esencial del derecho” a la

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996.; *Ibid.*, “Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.) Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Coord.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017; OJEDA AVILÉS, A.: “Los acuerdos de empresa en la estructura de la negociación colectiva”, en VV.AA.: “Los Acuerdos de Empresa en la estructura de la negociación colectiva”, en OJEDA AVILÉS, A. (Coord.): *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1998; GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2006; SAEZ LARA, C.: “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales* nº 140 (2017); FABREGAS MONFORT, F.: “El descuelgue del convenio colectivo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.À. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G., y MARÍN ALONSO, I. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2022. En un enfoque de conjunto, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Civitas, 1999; ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, CES, 2000; MERINO SEGOVIA, A.: *Régimen legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid, Ed. La Ley, 2001.

⁴⁴ Véase el Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré a la STC Pleno 8/2015, de 22 de enero de 2015.

negociación colectiva ex art. 53.1 CE), se degrada el derecho fundamental de negociación colectiva frente al derecho constitucional de libertad de empresa ex art. 38 CE, lo cual resulta en verdad paradójico, porque está ubicado sistemáticamente en la misma sección que el derecho fundamental a la negociación colectiva (Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución). Y ello a pesar del mandato explícito que se establece imperativamente al legislador en el sentido de que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)” de la Norma Fundamental. Esto es, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes⁴⁵.

En esta sentencia se afirma (partiendo del derecho fundamental a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado) que la constitución económica se hace prevalecer sobre la constitución sociolaboral, de manera que lo que procede es la subordinación de ésta en caso de conflicto entre las mismas, es decir, entre sus respectivas racionalidades. La interpretación última del TC conlleva una des-sustancialización del derecho fundamental a la negociación colectiva como derecho de libertad y autonomía, pues decididamente, lleva a cabo dos operaciones jurídicas entrelazadas: primero devaluar el derecho a la negociación colectiva declarando que es de estricta y esencialmente de configuración legal, por un lado, y por otro, afirmando, en todo caso, que este derecho debería decaer paradójicamente ante el derecho de libertad de empresa (que al parecer sí sería un derecho constitucional fundamental dotado de un contenido esencial que se impone con fuerza vinculante bilateral, y ante todo, al derecho a la negociación colectiva). Tras ello subyace la preferencia de la constitución económica (una de cuyas piezas nucleares es significativamente la libertad de empresa) sobre el grupo normativo que diseña la constitución social.

Importa destacar que el derecho a la negociación colectiva forma parte inseparable del bloque de constitucionalidad regulador de los derechos colectivos/sindicales (artículos 7, 28, 37, 103, 129, 131, etcétera, de la CE). La libertad sindical constituye un *derecho fundamental fuente*; un derecho complejo dotado de apertura hacia otros derechos fundamentales que forman parte de su contenido esencial⁴⁶. Ello permitió afirmar que el legislador ostenta un poder activo en la garantía, concreción y desarrollo del derecho (SSTC 73/1984, 80/2000). La orientación disgregadora entre libertad sindical y negociación no se corresponde con la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE). Sin embargo, paulatinamente el Tribunal Constitucional ha acentuado la consideración del derecho de negociación colectiva como un “derecho esencialmente de configuración legal” (STC 85/2001, 8/2015).

La referida conexión entre libertad sindical y negociación colectiva lejos de minorar su relevancia, lo que hace es realzarla, porque es una de las armas de las que disponen constitucionalmente los sindicatos (junto con las asociaciones empresariales) como instituciones básicas del sistema de democracia constitucional pluralista (art. 7 CE). De manera que las vicisitudes de cada uno de estos tres grandes derechos fundamentales de libertad colectiva/sindical (libertad sindical, derecho de huelga y derecho de negociación colectiva) inciden inmediatamente sobre los demás al conformar un bloque de libertades públicas indisociables que se necesitan mutuamente y que se encuentran en constante interrelación, interdependencia y comunicabilidad, partiendo ya de sus respectivos “contenidos esenciales” (art. 53.1 CE). El Derecho estatal reflexivo y el Derecho social de

⁴⁵ Teniendo en cuenta la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE) y el art. 10.2 CE, conviene no olvidar el cambio de paradigma en el Derecho constitucional. “La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta” [la Constitución como norma fundamental del ordenamiento]. Cfr. ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. cast. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pág.40.

⁴⁶ Los grandes pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal convinieron en considerar que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, no obstante, su respectiva autonomía jurídica y funcional, son teleológicamente derechos inseparables y que permiten argumentar que la negociación forma parte del núcleo intangible de la libertad sindical. Así, SSTC 4/1983, fj.4,73/1984, fj.1, 58/1985, fj.3, entre otras muchas posteriores. Resulta hartamente significativa la conexión –que no se agota en sí misma– entre negociación colectiva y huelga ex art. 6 de la Carta Social Europea (tanto en su versión originaria de 1961 como en la versión revisada y ampliada de 1996); y el art. 4 del Convenio OIT, núm. 98, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

autonomía constituyen, dentro de la dinámica del conflicto laboral institucionalizado, una expresión jurídica de la *interconexión sistémica relacional* de aquellos dos derechos de libertad.

En una reflexión de conjunto, se puede decir que la autonomía colectiva se consagra en la Constitución en toda su plenitud, es decir, como cauce *comunicativo y deliberativo* de interlocución, punto de encuentro y diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales (o, si se quiere, entre los respectivos representantes de los trabajadores y empresarios, en los términos utilizados en el art. 37.1 CE). Pero también se garantiza como fuente de producción de normas y reglas jurídicas paccionadas que regulan las condiciones de trabajo y las relaciones existentes entre los sindicatos y las asociaciones empresariales (situándola, en esta dimensión, en el campo de las fuentes de producción y de las fuentes jurídico-positivas). En ambas dimensiones sobresale la idea de una autonomía colectiva concebida (captando tipológicamente la realidad preexistente de un fenómeno social) como un fenómeno comunicativo y de autorregulación de intereses colectivos, que se diferencia de la autonomía individual privada de autorreglamentación contractual de intereses propios y también de la heterorregulación a través de la legislación públicamente actuada. En este marco la negociación colectiva (autonomía colectiva en sentido dinámico, es decir en la lógica de la acción colectiva) aparece (ya desde el mismo art. 37.1 CE, en relación con los artículos 7 y 10.2 CE) como un instrumento fundamental de ordenación del sistema de relaciones laborales, situado en la dialéctica entre el conflicto presupuesto y su institucionalización.

La autonomía colectiva, implica aquí, por decirlo, con Santi Romano, en el significado más amplio y genérico, toda posibilidad de autodeterminación y, en consecuencia, las capacidades activas, los derechos subjetivos. En un significado más técnico y específico, supone, subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y, objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros. Implica un despliegue comunicativo e institucional (ordinamental), y no limitándose a establecer normas jurídicas. La autonomía colectiva es en la terminología de la OIT un método o procedimiento de negociación que permite establecer relaciones de diálogo y de intercambio de pareceres entre los interlocutores sociales⁴⁷, pero también de reglas y decisiones que permiten estructurar sus relaciones colectivas y las normas convencionales reguladoras de condiciones de trabajo por las que se han de regir las relaciones individuales de trabajo.

Es criticable la posición según la cual, mirados desde el punto de vista de un determinado ordenamiento, por ejemplo, el estatal, todos los demás ordenamientos no tendrían, desde ese punto de vista, el carácter de juridicidad –que realmente tienen-, sino que tendrían, desde ese punto de vista interno, el valor de meros hechos. Ello daría a entender la premisa previa de que todo ordenamiento considere jurídico (por ejemplo, el estatal) tan solo a sí mismo. Por ello se puede hablar de normas públicas y de normas privadas. Santi Romano precisó que de los convenios colectivos surgen normas que establecen derechos y deberes subjetivos, y que cuando estas normas no se encuentran en las leyes del Estado, esto es, cuando éste no hace más que atribuir en general eficacia a la autonomía privada colectiva, no puede ella entonces más que dotarse de instrumentos jurídicos que, antes de ser fuentes de derecho subjetivo, son fuentes de normas de derecho objetivo. Así cuando se habla de normas jurídicas, se acota la expresión aludiendo a “normas jurídicas públicas”, es decir, a las leyes en sentido material, que emanan de sujetos de derecho público; ello sólo quiere decir que aquellas palabras han asumido, por antonomasia, un significado más restringido que el que de lo contrario tendrían y que es siempre legítimo atribuirles, con tal de que se distinga entre una norma y otra (normas jurídicas públicas y normas jurídicas privadas) y sería exorbitante inferir de ello, como con frecuencia se hace, la exclusión de ciertos instrumentos de

⁴⁷ Significativamente el art. 155.1 TFUE expresa que “El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos”. Sitúa en primer plano la acción comunicativa entre los interlocutores sociales y la atribución de un poder jurídico de textura abierta. Por su parte, el art.152 dispone que “La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”. Cfr. Artículos 153.3, 154.1. “La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado...”.

derecho privado de las categorías de las normas. De este modo la autonomía privada –una de cuyas expresiones cualificadas constitucionalmente es la autonomía colectiva que se expresa jurídicamente en los convenios colectivos- es manifestación de esa concepción de autonomía entendida como capacidad de darse un ordenamiento jurídico propio. Ese carácter de la autonomía se localiza no sólo en la voluntad de sus artífices, sino ante todo en el hecho normativo objetivo de la formación de un ordenamiento que tenga ciertos requisitos de independencia y al mismo tiempo de dependencia, es decir, de limitada independencia, de otro ordenamiento. El Estado –lejos del positivismo legalista- no es el principio y fin de toda la vida social y jurídica; y admitir lo contrario supone renunciar a comprender muchos fenómenos de normatividad jurídica realmente existentes⁴⁸.

En esa perspectiva la autonomía colectiva no puede contemplarse desde un positivismo legalista (que ni siquiera es el defendido por el mismo Hans Kelsen, cuyo positivismo es mucho más abierto que otras formas de positivismo petrificado), el cual conduce a una visión estatalista y formalista del fenómeno jurídico que no permite vislumbrar que en los ordenamientos jurídicos construidos desde las Constituciones contemporáneas (como normas fundacionales de los ordenamientos jurídicos) existen fuentes de ordenación jurídica extraestatales (“extralegislativas”) a nivel interno y a nivel internacional. Y que la existencia de una sociedad pluralista conlleva, de suyo, el reconocimiento de la realidad existencial de un pluralismo social y jurídico que está realmente en la vida social del Derecho. El positivismo legalista desemboca en un monismo jurídico estatalista, que es refractario a los postulados de una sociedad abierta y pluralista, pero tanto más en sociedades complejas como las actuales donde la pluralidad de los ordenamientos preside el entramado de las reglas jurídicas. Lo cual ha supuesto también, entre otras cosas, una revolución en la percepción y conformación de las fuentes de producción jurídica. En otras palabras: la autonomía colectiva aparece como fenómeno originario de juridicidad extraestatal (que presupone la existencia de normas jurídicas extraestatales con efectividad real) y eso es lo que reconoce –pero no crea- la Constitución, que, eso sí, aparte de ello, obliga al legislador infraconstitucional a que garantice y promueva la efectividad *a través de la legislación estatal* de su ejercicio y la fuerza vinculante de los convenios colectivos que constituyen la fuente típica de expresión formal de un poder sustancialmente normativo, aunque no se agote, desde luego, en esa función, pues se trata de un vehículo de acción comunicativa.

En este sentido la autonomía colectiva, garantizada por la Constitución, es reforzada por una legislación de fomento y apoyo, que comprende las garantías del derecho a la negociación y la eficacia vinculante de los convenios colectivos que nacen de ese poder de autorregulación colectiva bilateral. Pero el convenio colectivo no por ello tiene que perder su condición de *normación pactada*, y por tanto no puede resolverse en una suerte de asimilación/absorción en el ordenamiento estatal y al servicio de los fines del Estado, como si fuera una norma suya, de origen y dinámica estatal, porque esa asimilación desconocería y socavaría el propio reconocimiento, con todas sus consecuencias legítimas, del derecho fundamental a la autonomía colectiva y el obligado respeto legal a su *propio* “contenido esencial” (art. 53.1 CE, en relación con el bloque constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental; y repárese que el art. 53, apartados 1, 2 y 3, de la Constitución se inserta en un Capítulo IV del Título I, que lleva la rúbrica “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, utilizando, así, una noción constitucional amplia de “fundamentalidad” de todos los derechos comprendidos en el Título II de la Norma Fundamental, en análoga dirección plasmada en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con rango de Tratado Europeo ex art. 6.1 TUE)⁴⁹. Esa

⁴⁸ ROMANO, S.: “Autonomía”, y “Realidad jurídica”, en ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs.15-35, y págs. 259-277, respectivamente.

⁴⁹ Explicación del Praesidium de la Convención relativa a la Explicación relativa al artículo 28 (Derecho de negociación y de acción colectiva): Este artículo se basa en el art. 6 de la Carta Social Europea revisada de 1996, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el art. 11 del CEDH. En lo referente a los niveles adecuados en los que puede tener lugar la negociación colectiva, véanse las explicaciones dadas en relación con el artículo anterior...”

concepción amplia de “fundamentalidad” se ha de conectar, de suyo, con el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos de la persona, cuyo eje es la garantía de la dignidad humana.

De ese contenido esencial se infiere, primeramente, que estamos ante un típico derecho de autonomía y de libertad colectiva compartida o conjunta con capacidad de actuación y autodeterminación de los sujetos colectivos, y que ese reconocimiento ex art. 37.1 CE no se limita a reconocer la dimensión normativa que la materializa como fuente de normas paccionadas. Tampoco la legislación estatal debe limitarse a eso, pues tiene que garantizar las condiciones adecuadas para la efectividad de este derecho de autonomía colectiva y, también, por supuesto, la garantía de la eficacia vinculante del convenio. La actividad desplegada por la negociación colectiva durante la vida del convenio colectivo no queda difuminada por la garantía legal del derecho y de la fuerza vinculante del convenio: ese carácter pactado del convenio no desaparece durante la vigencia del convenio cual si fuera integrada dentro del ordenamiento estatal, tanto más si éste puede ser renegociado y revisado dinámicamente, en un continuum donde el convenio como acto es objeto de renegociación, pues el derecho a la negociación colectiva no queda entre paréntesis, como un derecho de autonomía estático. Esta lógica absorbente de completa estatalización del convenio no se puede deducir necesariamente de la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, que dice lo que dice y nada más; pero podría inferirse en cierta medida del desarrollo legal “reglamentista” de las previsiones constitucionales en el Título III del ET, donde se opta por los convenios de fuerza normativa y eficacia general, que presupone una delimitación y control de la mayor representatividad sindical y una intervención penetrante del legislador desde la configuración y la legitimación hasta la conclusión, pasando por todo un procedimiento prefijado como condición de validez del convenio.

Aun así, y pese a todo, la subsistencia dinámica de la autonomía colectiva (v.gr., art. 86.1 ET⁵⁰, cláusulas de descuelgue y preferencia aplicativa a través de los artículos 82.2 y 84.2 ET⁵¹; por no hablar de la posibilidad, siempre presente, de negociar Acuerdos Marcos Interconfederales y Acuerdos monográficos sobre materiales concretas, por el cauce estatutario previsto en el art. 83 ET) y la dimensión obligacional del convenio (art. 82.2 ET, art. 85.1 E; art. 86.3 ET, a propósito de la regulación de la ultraactividad del convenio) se reflejan en la propia regulación legal del Título III del ET. Aparte del proceso de negociación colectiva inherente en los periodos de consulta-negociación colectiva que pueden concluir con la formalización de un Acuerdo de reestructuración productiva (artículos 40.2º, 41.4º, 44.4º y 9º, 47.1º y 2º, 51, etcétera)⁵². Este tipo de acuerdos de reestructuración ha contribuido, sin duda, a propiciar un dinamismo de la negociación colectiva. Por lo demás, las reformas legislativas desde 1994 en adelante han conducido a instaurar un

Explicación relativa al anterior art. 27 (Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa): Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (art. 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales. La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea....”

⁵⁰ El art. 86.1, párrafo 2º, ET establece que durante la duración –vigencia– del convenio colectivo, los sujetos legitimados conforme a los artículos 87 y 88 ET podrán negociar su revisión, por lo que la ley del ET opta por fomentar un proceso de negociación continua, sin tener que esperar a que termine la vigencia inicialmente pactada del convenio.

⁵¹ Recuérdese, asimismo, que conforme al art. 41.6 ET, “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3” ET.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997; MUROS POLO, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable*, Granada, Universidad de Granada-Tesis Doctoral, 2023. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/83089/100725.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Asimismo, SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; CORREA CARRASCO, M.: “Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas”, en VV. AA: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, A Coruña, Mayo de 2021, Madrid, Ed. MTEs, 2021; CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y Acuerdos colectivos de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Trompson/Aranzadi, 1997; FABREGAT MONFORT, F.: “El descuelgue del convenio colectivo como medida de flexibilidad interna”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.À. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G., y MARÍN ALONSO, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022.

Derecho flexible del trabajo, que han introducido esas posibilidades de renegociación, revisión, descuelgue e inaplicación, y que también han promovido unas funciones gestionales del convenio y facultades dispositivas respecto de contenidos reguladores de convenios colectivos vigentes atribuidas a los convenios de empresa. Se refuerza la idea del carácter paccionado y la dimensión obligacional del mismo en coherencia con la lógica propia de actuación autorreflexiva de la autonomía colectiva sin cuestionar necesariamente su dimensión normativa, pues el convenio colectivo no deja su función de crear normas y reglas de ordenación de las relaciones laborales; más bien esa dimensión obligacional contribuye a la efectividad del convenio colectivo en su conjunto, como un todo (y reflejaría la idea de que el convenio colectivo no puede dividirse en compartimentos estancos)⁵³. Todo ello sin incurrir en la ilusión de una pretendida suficiencia de una renovada revalorización del “*laissez faire colectivo*”, como alternativa –ya fracasada en la experiencia de los países de tradición anglosajona– al necesario papel de la ley no sólo en la garantía indispensable de todos los derechos sociales de “desmercantilización”⁵⁴, sino también en su función garantista y promocional del propio derecho a la negociación colectiva (en el marco del bloque normativo regulador de los derechos colectivos/sindicales).

Y la apertura del sistema español de negociación colectiva hacia un carácter más abierto y dinámico se refleja igualmente, y en todo momento, en la posibilidad de actuación autónoma colectiva al margen del ET, y singularmente –pero no exclusivamente– para negociar convenios colectivos de eficacia limitada (“extraestatutarios”). Es decir, también hay un espacio de libre desenvolvimiento para la autonomía colectiva, incluso al margen del ET como fuente autónoma comunicativa de interlocución y diálogo deliberativo con la posibilidad de llegar a convenios y acuerdos colectivos no insertos en el ordenamiento jurídico estatal (propriadamente se podría hablar de los convenios colectivos extraestatutarios, de eficacia subjetiva limitada, como convenios sindicales “extraestatales”, pero con amparo constitucional ex art. 37.1 CE en relación con los artículos 7 y 28.1 del Texto Constitucional; SSTC 58/1985, 108/1989). Se hace visible que la autonomía colectiva negociada es una realidad preexistente que reconoce y garantiza el art. 37.1 CE y que es capaz de operar más allá de la intervención legislativa de carácter garantista y promocional, que viene exigida por el mandato constitucional ex art. 37.1 ET (“La ley garantizará [...] la fuerza vinculante de los convenios”), pero contando con un cierto margen de opciones de política del Derecho para promoverla y garantizar su ejercicio efectivo y su eficacia jurídica. No obstante, esa

⁵³ La dimensión obligacional (el que se da en llamar contenido obligacional) hace referencia al conjunto de obligaciones que asumen las partes negociadoras con eficacia jurídica interpartes exclusivamente (sin fuerza de obligar «erga omnes»). Las llamadas cláusulas obligacionales comprenden obligaciones o compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas, como pueden ser las «Cláusulas de paz», compromisos encaminados a evitar y solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la constitución de órganos o comisiones «ad hoc» (STS 21.12.1994). El art. 82.2 ET dispone que mediante los convenios colectivos y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten. En el convenio colectivo, como un todo, “lo obligacional” y lo “normativo” no son compartimentos estancos, están comunicados pues existen sinergias que los vinculan inexorablemente, aunque en determinados supuestos, como la ultraactividad, pueden disociarse instrumental y cronológicamente (art. 86,3 ET), como también en los periodos de revisión o renegociación (art. 86.1, párrafo 2º, ET y art. 84.3 ET). Estas cláusulas participan de la fuerza vinculante propia del convenio colectivo, aunque limitada a las partes negociadoras que las han concertado. Por consiguiente, su incumplimiento genera un ámbito de responsabilidad civil o patrimonial de la parte perjudicada por el incumplimiento. Por lo demás, pueden utilizarse, en tal caso, las medidas de presión colectiva (huelga y conflicto colectivo). No existe un ámbito de responsabilidad administrativa. Carecen de eficacia prorrogada después de la denuncia del convenio, salvo pacto colectivo en contrario (art. 86.3 ET). Por lo demás, el art. 85.1 ET, no es indiferente a la dimensión obligacional del convenio cuando establece que “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos *podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales*, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el periodo de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios”.

⁵⁴ Para esa conceptualización originaria de los derechos sociales como derechos de “desmercantilización”, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización””, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19 (1995), págs. 7-46; *Ibid.*, *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 27 y sigs., y Capítulo II (“La desmercantilización relativa del trabajo como objetivo de la política social en el capitalismo avanzado: El trabajo y su ordenación jurídica”), págs. 45 y sigs.; *Ibid.*, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2009, Capítulo 4.1 (“Constitución del trabajo y derechos sociales de la ciudadanía”), págs. 39 y sigs.

garantía legal no tiene por qué impedir o mermar la capacidad creadora y de innovación de los protagonistas titulares del derecho a la negociación colectiva: se acabarán expresando y desarrollando más allá de cualquier encorsetamiento legal al estar en posesión de un derecho de autonomía social (un derecho de libertad colectiva).

Todo esto conduce a la implantación –y asunción por los protagonistas de la negociación colectiva– de un modelo más dinámico de negociación colectiva, no siempre adecuadamente impulsado por el legislador (entre otras cosas porque son pocas las grandes reformas legislativas de la negociación colectiva que han sido prenegociadas con los interlocutores sociales que son sus verdaderos protagonistas; y se han producido intromisiones estatales en el sistema de negociación colectiva a través de típicas normas de Derecho necesario absoluto. Como gran excepción debe destacarse la reforma negociada con los interlocutores cristalizada en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo). La cual ha supuesto una modificación significativa –pero no radical– del modelo legal de negociación colectiva, en una dirección superadora de su carácter estático, como ordenación normativa de las relaciones de trabajo para acentuar su carácter dinámico en cuanto instrumento de acción comunicativa entre los interlocutores sociales.

2. El impacto de las reformas laborales en el Modelo Legal (señaladamente, RDL 32/2021, de 28 de diciembre). Contrarreforma de corrección no de cambio radical de modelo normativo de negociación colectiva

En la conformación de estos rasgos del modelo legal de negociación colectiva y de garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (que son la expresión jurídico-formal de los poderes sociales con facultad normativa creadora) hay elementos de continuidad y elementos de renovación. Un hilo conductor desde las reformas de 1994, 1997, 2010, 2011 y 2012 ha sido la dirección flexibilizadora de la negociación colectiva y del modelo estatutario que pivota sobre el convenio colectivo como norma jurídica de eficacia personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. La reforma de 2012, lejos de conllevar –como se afirmaba en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012– una “modernización” de la negociación colectiva (autocalificación técnica pretendidamente aséptica y neutral), supuso un giro autoritario (no necesariamente inconstitucional en todo lo que fue objeto de la reforma legislativa), y generó más problemas y conflictos de los que supuestamente pretendía resolver. Comenzando porque se hizo a contracorriente y rectificando a los propios interlocutores sociales que habían llegado a un acuerdo, lo cual hacía suponer los bloqueos, el aumento de la conflictividad y la judicialización de los conflictos laborales que se iban a producir. Por otra parte, se generó una gran inseguridad sobre el significado y alcance de aspectos nucleares de la reforma. En este extremo quizás el ejemplo más llamativo es el del modelo de regulación de la ultraactividad que en último momento suponía hacer desaparecer la regulación colectiva dejando un vacío gravísimo en la ordenación de las relaciones laborales. Pero, por otra parte, también propició una “devaluación salarial” a través del amplio conjunto de medidas de “intervención dirigista” que fueron adoptadas.

El otro gran paradigma de desestructuración del modelo sindical de negociación colectiva fue el establecimiento del principio de prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa, cuya ordenación se impuso con carácter de norma de derecho necesario absoluto respecto de la autonomía colectiva negocial. Esta medida permitió deliberadamente una devaluación salarial y asimismo una competencia desleal entre las empresas del mismo sector basada en un modelo atomizado de competitividad obtenido por la reducción de costes laborales, disciplinamiento de los trabajadores (este aspecto persuasivo y disuasorio debe ser subrayado) y, por supuesto, la desindicalización, porque en muchos casos esos convenios de empresa no eran negociados por representaciones sindicales (y cuando así lo hacían descubrían que se encontraban en posiciones de desventaja en las relaciones de poder negociador).

Por lo demás, las reformas habían guardado silencio en relación con muchas medidas necesarias para promocionar la negociación colectiva. Y lo que es más grave, las nuevas medidas flexibilizadoras se sumaban a los mecanismos ya establecidos por la reforma de 1994 de

debilitamiento de la fuerza conformadora de los convenios colectivos de carácter normativo y eficacia jurídica personal generalizada en todo su ámbito de aplicación (señaladamente acuerdos de empresa de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos), bajo el prisma de que estaríamos ante una flexibilidad interna negociada⁵⁵. Aparte de que esto no siempre fue así, muchos de estos acuerdos fueron “concesivos” dada la situación de debilidad de la representación colectiva/sindical de los trabajadores parte de este tipo de negociación colectiva gestional o participativa. Ahora bien, al menos eran Acuerdos ex art. 82.3 ET de reorganización empresarial que tenían una obligada fundamentación causal (causas económicas, técnicas, organizativa y de producción), cuya carga de la prueba incumbe al empleador. A ello se añade que persiste la posibilidad de modificar unilateralmente por el empresario las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios por la vía ya “normalizada” jurídicamente del art. 41 ET (posibilidad permitida originariamente desde la reforma legislativa de 1994).

Se convendrá, como la experiencia lo ha demostrado nítidamente, que la reforma de 2012 supuso un cambio en las relaciones de poder entre los actores sociales, dando una vuelta de tuerca sobre el camino de fortalecimiento de los poderes del empleador; y con ello un *debilitamiento del constitucionalismo de derecho social* en el sistema de relaciones laborales. En otras palabras, se operó lo que realmente se buscaba, a saber: una ruptura de los equilibrios de poder en el mundo del trabajo. Pero también a costa de inseguridades jurídicas y del fomento legal de un modelo de competitividad y de flexibilidad laboral regresiva en cuanto encaminada a la precarización del trabajo y al aumento de la competencia desleal, en detrimento de una competencia y flexibilidad laboral garantista orientada hacia la innovación, la calidad del producto o de los servicios, y a la calidad del empleo (trabajo decente, en la terminología ya instalada de la OIT).

Dando por hecho que era necesario realizar cambios en ese modelo, el Gobierno de coalición antes de la reforma de 2021 proponía un *proyecto avanzado de reforma global* de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Un proyecto no sólo encaminado a revertir la reforma de 2012, sino también a rectificar algunos aspectos negativos del modelo de regulación impuesto por la anterior reforma de 1994. Y no sólo eso, pues no sólo miraba, por así decirlo, al “pasado”, sino hacia el “futuro”, porque desde el año 2012 (y tanto más distante desde el mismo año de la gran reforma flexibilizadora de 1994) se habían producido procesos de cambio especialmente relevantes que afectaban al modelo de regulación laboral y muy señaladamente al papel de la negociación colectiva y a su expresión jurídico-positiva: el convenio colectivo en cuanto norma social pactada sobre condiciones de trabajo y ordenación del sistema de relaciones laborales. Lo cual implicaba que la solución no residía en petrificar el modelo legal vigente, sino en reformarlo.

No sólo se había culminado la tercera revolución industrial, con los procesos de automatización y la crisis del fordismo como modelo de regulación del sistema de relaciones laborales y de interacción entre los tres grandes actores de dicho sistema jurídico e institucional, sino que también se iba abriendo camino a la cuarta revolución 4.0, presidida por la digitalización [inteligencia artificial y robótica] de las relaciones económicas y de las mismas relaciones laborales, sin que el ordenamiento jurídico ofreciera una respuesta completa, sino parcial y dispersa, sobre la incidencia de esa nueva revolución tecnológica-digital operada en las fuerzas productivas, y sobre todo en la esfera del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales genéricos o inespecíficos de las personas que trabajan, fácilmente eludibles y cuestionados ante una “sociedad de la vigilancia” (intensificación de la sociedad del riesgo) y de incremento de los poderes de los empleadores que disponían a placer de las nuevas tecnología digitales sin frenos

⁵⁵ El debilitamiento de la fuerza “erga omnes” (eficacia personal generalizada del convenio estatutario) se ha venido produciendo en una cascada o miríada de reformas laborales situadas en esa dirección que ha limitado también las políticas de centralización y de negociación articulada previstas en el art. 83 ET: la reforma de 1994, con su reforma del art. 84 ET, 82 ET, 41 ET y 82 ET, la vuelta de tuerca de la reforma de 2011, con la primacía del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales (art. 84.2 ET), y la rectificación parcial o contrarreforma llevada cabo por el RD-ley 32/2021 y otras normas situadas en ese sentido más garantista y de potenciación del protagonismo de la autonomía colectiva negocial.

significativos por parte del ordenamiento jurídico-laboral, siempre con respuestas defensivas y tardías y no ofensivas y de carácter preventivo a través del juego de los principios de responsabilidad y sus manifestaciones en los principios de prevención de riesgos y de precaución (situaciones de incertidumbre).

No cabe ocultar la realidad de que las nuevas tecnologías (ahora las tecnologías digitales) ejercen una cierta fascinación sobre los expertos en Derecho Social; y esto no es necesariamente negativo a condición de que no paralice el modo de pensar y se incurra en los determinismos tecnológicos. En el pasado –todavía reciente- se ha tenido que afrontar la incidencia de una “tercer revolución industrial” (presidida por la etapa de la automatización y de la decadencia de los modos de producción del fordismo) y se ha tenido que dar respuesta a esa incidencia adaptando no sólo el marco proporcionado por la legislación pública, sino también la (auto)ordenación y la dinámica de funcionamiento práctico de los interlocutores sociales en la negociación colectiva y el intercambio sociopolítico que comportan los procesos de concertación social en sus diversas manifestaciones de política del Derecho y de técnica legislativa. Paradigmáticamente, en la lógica de la flexibilidad, se plantea la transición del Estado Social de Derecho a las formas de Estado competitivo o Estado de mercado; mientras tanto, la negociación colectiva se diversifica y tiende a la descentralización hacia la empresa (que tiene que dar respuestas competitivas, pero en la cual preside aún la obsesión de la reducción de los costes sociales). Tanto la legislación pública del Estado Social como los convenios colectivos inciden y corrigen el desarrollo de los mercados. Y los cambios que se operan en los mercados y en las fuerzas productivas (entre las que se encuentran las tecnologías y el capital) exigen esas respuestas autorreflexivas de los tres grandes actores que son protagonistas del sistema de relaciones laborales. El desenvolvimiento de los mercados no está sujeto a variables fijas, sobre ellos pueden incidir los modelos de regulación diseñados por la legislación pública y la autonomía colectiva (y ambas fuentes en coordinación, como acontece con los procesos de intercambio político a través de la concertación social). Estos modelos de regulación no son una variable dependiente de la economía como si esta fuera un factor determinista irresistible y el Derecho sólo sea un pretendido reflejo de esa realidad económica (y de las fuerzas que operan en el mercado como espacio de poder económico), es decir, una simple variable dependiente del orden “espontáneo” del mercado⁵⁶. En el desarrollo histórico inciden todos los protagonistas que detentan los factores base de poder para influir en el sentido de las transformaciones en curso (poderes con fuerza constituyente), mientras tanto se operan cambios en la “cultura jurídica” y en la realidad de la distribución de los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales y la elaboración e interiorización de las nuevas formas de institucionalización de los conflictos y las formas de colaboración, cuyos términos se reformulan con la evolución de los hechos del acontecer histórico. Y en ello operan los diversos canales de producción jurídica, legislación pública y convenios colectivos.

Entre las opciones de política del Derecho, la reforma de 2012 optó, sin embargo, por una reforma parcial, eludiendo una derogación total –o más amplia- de la ordenación legal que instituyó la Ley 3/2012. Esta prudente decisión –cuando se tenía la posibilidad de política del Derecho de llevar a cabo una reforma más incisiva unilateralmente⁵⁷-, se comprende y explica por la opción de política legislativa de primar el dialogo y la concertación social en un momento de crisis generalizada. Pero, además, esa reforma negociada había sido comprometida con la Unión Europea a través del Plan de Recuperación, transformación y resiliencia. Efectivamente,

⁵⁶ Esa concepción del orden espontáneo es la mantenida por HAYEK, F.: *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, Unión Editorial, 4ª ed., 1982; *Ibid.*, *Derecho, Legislación y Libertad*, 3 volúmenes, Madrid, Unión Editorial, 1982-1988; *Ibid.*, *Camino de Servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 1978. Al respecto, WAPSHOTT, N.: *Keynes vs Hayek. El choque que definió la economía moderna*, trad. A. García, Barcelona, Deusto, 2013. Una crítica a esa concepción y a su rechazo a la noción de “justicia social” y sus presupuestos, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., págs. 66 y sigs., destacando que en la filosofía neoliberal de Hayek la misma idea de “justicia social” supone una destrucción del carácter supuestamente espontáneo del mercado, de manera que la “justicia social” entraría en contradicción con la libertad y con la “Constitución del Estado Liberal” (*Ibid.*, pág. 67); *Ibid.*, “Para una crítica de las soluciones iusliberales a la crisis económica en el derecho del trabajo. *Lan Harremanak - Revista De Relaciones Laborales*, (20-21), (2011). <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.2165>.

⁵⁷ Destacar que ciertamente, en fecha reciente, este objetivo más ambicioso se está retomando con la propuesta gubernamental de construir un Nuevo Estatuto de los Trabajadores.

el “componente 23” recoge como una de las prioridades la modernización de la negociación colectiva⁵⁸: Este Componente 23 propone la modernización de marco legal de la negociación colectiva. Como se percibe, visiblemente, en la reforma operada por el RDL 32/2021 se incide en la materialización de algunos de estos objetivos propuestos y aceptados por la Unión Europea. La idea de modernización de la negociación colectiva en el marco de esta última reforma tiene un significado más transaccional entre la justicia social y la racionalización instrumental finalista que subyace a las empresas bajo condiciones capitalistas de organización de la sociedad de mercado⁵⁹, por un lado, y por otro, entre un garantismo legal de heterorregulación de la negociación colectiva (que informó los parámetros del Título III del ET, a la vez que potenció a la institución del sindicato más representativo como eje sobre el que pivota el sistema de negociación colectiva estatutaria⁶⁰) y un garantismo legal flexible de encauzamiento, cobertura y apoyo a los procesos de autorregulación colectiva.

En el Componente C23.R8 (“Modernización de la negociación colectiva”, que expresa en la rúbrica el objetivo global perseguido) se destaca que los convenios colectivos son piezas clave en los sistemas democráticos y también son elementos fundamentales en la configuración de dinámicas empresariales y productivas eficientes. Ello es así porque permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, ya que aportan seguridad, al disminuir la conflictividad, y también porque posibilitan una competencia entre las empresas que gravita fundamentalmente en la calidad y no en los costes laborales. La eficiencia de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus fines requiere que su configuración respete el equilibrio necesario y que se articule de modo proporcionado. Las sucesivas reformas han llevado a una arquitectura de negociación colectiva que no responde a las necesidades actuales, desde el punto de vista de la adaptación a las necesidades de los diferentes sectores y empresas y la vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional, en un contexto de intenso cambio como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización. Por ello, la modernización de la arquitectura de la negociación colectiva constituye una quinta pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social, abordando aspectos tales como la ultra-actividad de convenios, la relación entre convenios sectoriales y de empresa, y los mecanismos de consulta y negociación en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Además, la modernización de la negociación colectiva deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, *enriqueciendo sus contenidos* y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos. Así mismo es necesario efectuar reformas para eliminar todos los obstáculos que desde la negociación colectiva impidan la extensión voluntaria de la vida laboral de los trabajadores, aumentando de esta forma la edad efectiva de jubilación⁶¹. La reforma tiene como objetivo al conjunto de las personas asalariadas y de forma específica a las que tienen sus condiciones laborales reguladas por un convenio colectivo en sus diferentes ámbitos de

⁵⁸ Componente 23 (reforma 8) del Plan de Recuperación, transformación y Resiliencia, adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021, y presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y aprobado en el Consejo ECOFIN del 13 de julio. Véase Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. DO L 57 de 18.2.2021, págs. 17-75.

⁵⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo II. “La racionalización del Derecho y su vinculación con la economía y la teoría del Estado”.

⁶⁰ No se olvide que el modelo estatutario deriva del Acuerdo Básico Interconfederal celebrado entre UGT y CEOE, Madrid 10 de julio de 1979, y que fue perfilado en el Proyecto negociado del ET en su primera versión de 1980 (manifestación de legislación negociada); y también en sucesivos Acuerdos: así el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva, celebrado entre UGT y CEOE (AMI, 1980). Los textos se recogen en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Ed. Lex Nova-Thomson-Aranzadi, 1999, págs.165-171, 173-192, respectivamente. Los siguientes acuerdos “fundacionales” se recogen también en la misma obra. La trayectoria seguida por los proceso de diálogo y concertación social en España en el contexto de la Unión Europea, es estudiada en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, 406 páginas. En particular, respecto a los Pactos Sociales, como forma específica de concertación social, véase MORENO VIDA, M.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1998.

aplicación. La Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del último año con datos cerrados, que es 2019, registra 4.359 convenios con efectos económicos en ese ejercicio que dan cobertura a 9,6 millones de personas.

La reforma implica cambios en las normas legales que regulan la negociación colectiva, lo que implica modificar el Real Decreto Legislativo 2/2015, el Estatuto de los Trabajadores, en especial, diversos artículos y disposiciones de su Título III, en el que se hace referencia a la negociación colectiva y los convenios colectivos. Como paso inicial el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en coordinación con los Ministerios de Asuntos Económicos y de Transformación Digital, abordará la negociación de su contenido con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el marco del Dialogo Social, buscando el mayor nivel de consenso sobre estos cambios normativos que van a mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo en España. El procedimiento de aprobación de la reforma tiene como elemento central la involucración de los grupos con interés en la misma, que en este caso son las empresas y las personas asalariadas. La implicación de las organizaciones que las representan, las organizaciones empresariales y los sindicatos, está en la propia definición de los cambios normativos, porque éstos van a ser abordados en la mesa del Diálogo social tripartito.

En realidad, el marco de la Pandemia Covid-19 se había caracterizado por establecer una legislación sociolaboral prenegociada entre el gobierno y los interlocutores sociales (reformas para mantener el empleo y conservar la empresa, entre ellas los ERTES, el contador a cero en la protección por desempleo, las ayudas a toda clase de empresas y al trabajo autónomo, la legislación sobre el teletrabajo, la protección de la salud, etcétera). Ello permitió proteger a las personas y las empresas y evitó despidos masivos y cierres también masivos. La contribución de los agentes sociales junto con el Gobierno ha sido inmensa⁶².

Ese diálogo –que sólo se vio roto puntualmente con el aumento del salario mínimo interprofesional- se mantuvo con una reforma laboral limitada en su alcance, pero que incidió en algunos aspectos básicos para la negociación colectiva y que permitían recuperar sus espacios de autonomía perdidos por un intervencionismo estatal “dirigista” y excesivamente limitador más que “promocional”. Debe subrayarse la relevancia del diálogo social que supuso que la reforma de 2021 se hiciera a través de una *típica legislación negociada*, lo cual no resulta nada fácil de alcanzar (aunque la Pandemia fue un banco de pruebas para poner en valor la utilidad de reformas laborales previamente consensuadas con los interlocutores sociales). Se convendrá que estas reformas han sido insuficientes pero son de gran envergadura, porque permiten derogar medidas introducidas por la reforma operada por la Ley 3/2012 especialmente lesivas y, por cierto, medidas que se habían mostrado disfuncionales para el buen gobierno de las relaciones laborales y de la gestión de las empresas. La STC 119/2014, de 16 de julio, admitió la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre la premisa de que no hay un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva (artículos 37.1 y 28.1 CE) y que ello se traducirá en que el derecho a la negociación colectiva es de estricta configuración legal, en cuyo marco el legislador ordinario tiene un amplísimo margen de discrecionalidad.

Por ello el RDL 32/2021 pretende que el convenio colectivo no sea el cauce para la introducción de regulaciones “in peius”, si no es a través de procedimientos que atiendan a un justificado

⁶¹ Según la última estadística de convenios colectivos, en España existen en la actualidad 4359 convenios colectivos en vigor que se distribuyen en 3347 convenios colectivos de empresa y otros 1012 convenios de ámbito superior, bien de grupos de empresa y, sobre todo, convenios sectoriales. A su vez los convenios de sector se distribuyen en convenios de ámbito estatal, autonómico, inter autonómico y provincial. La negociación colectiva establece las condiciones laborales de cientos de miles de empresas y de casi diez millones de personas asalariadas. Es, por lo tanto, una pieza central no solo en nuestro modelo de relaciones laborales sino en la estructura económica y social del país, porque la fijación de los salarios y sus incrementos anuales, o los cambios en la jornada laboral por citar dos ejemplos, tienen una influencia relevante sobre la economía, el empleo y el bienestar del país. En el modelo coexisten muchos ámbitos de negociación y por lo tanto se hace necesario una nueva regulación.

⁶² MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, P., MORENO VIDA, M.N., VILA TIerno, F., ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (Dirs.): *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, 2 Tomos, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2021. MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación”, en *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 1, 2020, págs. 16-83.

motivo (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Se apuesta por recurrir a los instrumentos típicos de flexibilidad interna para hacer frente a los problemas coyunturales que se plantean en la dinámica de funcionamiento de la empresa. Es el lugar de los acuerdos de empresa (con la posibilidad de decisiones unilaterales, por ejemplo art. 41 ET, o con una decisión arbitral de obligado sometimiento y cumplimiento). El convenio colectivo típico no es el instrumento considerado como más adecuado para resolver estas situaciones coyunturales.

Medidas introducidas por la reforma del RDL 32/2021 que cabe estimar como positivas: ultraactividad (materia disponible para la autonomía colectiva negociada), supresión de la preferencia legal acausal en materia de salarios (evitando la devaluación salarial, pero también el dumping empresarial), determinación del convenio aplicable en las redes empresariales de subcontratación, etcétera. El diálogo y la concertación es obvio que imponía, de suyo, una transacción, unos sacrificios mutuos, que se tenía que traducir en una reforma parcial y más moderada. En este contexto no era aconsejable –aparte del compromiso contraído con las instituciones políticas de la Unión Europea– imponer unilateralmente una reforma más ambiciosa. Era preferible alcanzar una reforma negociada (legislación negociada) en una coyuntura difícil y pensando en que imponerla iba a suponer una mayor crispación y atendiendo a la experiencia tampoco se tendría una efectividad en la práctica por los bloqueos que generarían las organizaciones empresariales y las propias empresas que no se sentirían vinculadas “políticamente” por la falta de consenso sobre la oportunidad de las mismas. En la reforma realizada por el RDL 32/2021 se perciben los equilibrios internos propios de un proceso de negociación colectiva; y a menudo con resultados que no han sido ciertamente satisfactorios como es el caso de la redacción del apartado 6 del art. 42 del ET, generador de enormes problemas interpretativos por su incorrecta técnica de redacción.

Pese a todo, la reforma en sí tiene aspectos muy positivos, y en lo que respecta a la negociación colectiva se recuperan espacios de regulación y equilibrios de poderes entre los agentes sociales que se habían roto con la reforma laboral unilateral de 2012. Pero es, además, una redefinición de institutos jurídicos que garantiza una mayor seguridad jurídica y una menor conflictividad y judicialización [los casos más significativos son los efectos perversos de la ultraactividad a término final indisponible; y la utilización por las empresas multiservicios de los convenios de empresa para reducir los salarios con típicas prácticas de *low cost*. De ahí la oportunidad de hacer prevalecer el convenio de sector en materia salarial sobre los convenios de empresa (reforma de 2021 del art. 84.2 ET). Es en este marco donde se puede plantear mejor una equilibrada flexibilidad salarial interna que garantice un equilibrio entre retribución justa y productividad].

Por último, se debe señalar que la reforma de 2012 había supuesto un giro legislativo hacia un modelo de intervención selectiva y más “autoritaria” en la negociación colectiva⁶³.

Esta reforma de 2012 (en gran medida la de 2011 ya se situaba en un largo camino hacia la flexibilidad laboral y la intervención dirigista de la negociación colectiva ya iniciada a fondo por la reforma de 1994) es la que se quería revertir o, en el eslogan programático del Gobierno de coalición, “derogar la reforma laboral” de la Ley 3/2012. Ya se indicó que los compromisos adquiridos por el Gobierno de coalición con la Unión Europea eran más selectivos y necesariamente contando con el consenso de los interlocutores. Era, así, evidente que la reforma sólo podía ser parcial y que no podría revertirse íntegramente como inicialmente se proponía en

⁶³ Ese dirigismo político se reflejó también en la política de protección social y en particular en la política de pensiones, es decir, una reforma de 2013 situada al margen del Pacto de Toledo y contraria al mismo. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5 (2014) (Ejemplar dedicado a: La profunda reforma de las pensiones de 2013), págs. 73-107; pero con la reforma de 2012 se produjo una vuelta de tuerca autoritaria profundizando radicalmente en la normativa flexibilizadora llevada a cabo en la reforma de 1994. En este sentido, *Ibid.*, *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica al Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996; *Ibid.*, “La constitución social del trabajo y su crisis”. <https://mobiroad.eric.uv.es/bitstream/handle/10550/46097/27-45.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

el originario programa gubernamental (tributario de los programas electorales de los partidos políticos que formaron el gobierno de coalición).

Ya se ha señalado que la reforma llevada a cabo en virtud del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, no ha sido una reforma que realizara las previsiones de reforma global del Estatuto de los Trabajadores –en algunos aspectos envejecido y otros falta de medidas más innovadoras– planteadas originariamente por el Gobierno de coalición. Recuérdense dos factores de índole sustancialmente política: por un lado, los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con el compromiso adquirido y condicionante para recibir los fondos “Next Generation”, y por otro, la exigencia de estabilidad política “interna” en la gobernabilidad del país y su inevitable incidencia en el sistema de relaciones laborales. Ambos factores encadenados desaconsejaban la imposición unilateral de una reforma laboral integral que revertiera las medidas más regresivas de la reforma de 2012 y algunas de las que estableciera la gran reforma legislativa de 1994. Por lo demás, la experiencia había demostrado la conflictividad que generaban esas reformas impuestas a los sujetos protagonistas del gobierno inmediato de las relaciones laborales. Todo ello conducía a la necesidad de alcanzar un acuerdo de concertación con los interlocutores sociales. Ese acuerdo no tardó mucho en lograrse: Acuerdo de 23 de diciembre de 2021 para la Reforma Laboral, pactado entre el Gobierno y los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT; y que, significativamente es subrayada como base de la reforma en la Exposición de Motivos del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Se afirma literalmente que: “Los cambios están avalados por el diálogo social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social” (apartado I de la Exposición de Motivos).

Pese a todo, el RDL 32/2021, y normas concordantes, promueven la negociación colectiva de manera transversal: desde los reenvíos en materia de contratación laboral hasta las cruciales reformas introducidas en el Título III del ET: modificación parcial de la regulación de la prevalencia legal de los convenios de empresa sobre los convenios de sector (art. 84.2 ET); el cambio del modelo impuesto de ultraactividad indefinida del convenio (art. 86.4 ET) y, por último, la incorporación de una normativa delimitadora del convenio aplicable en los procesos de subcontratación empresarial (art. 42.6 ET), que es seguramente la medida técnicamente más defectuosa –por imprecisa– en relación al problema que se pretende resolver⁶⁴.

En todo caso, salvo esa regulación innovadora del art. 42.6 ET (y aun así había una influencia refleja o indirecta en la subcontratación, que se revierte por el RDL 32/2021, derivada de la potenciación del contrato para obra o servicio determinado y por el uso de las Empresas Multiservicios del “descuelgue” o inaplicación a-causal en materia de salarios que permitía la reforma de 2012, como norma de derecho necesario absoluto y como tal indisponible por la autonomía colectiva), las medidas de reforma del RDL 32/2021 tratan de corregir la gran reforma de la Ley 3/2012, una reforma regresiva respecto de la negociación colectiva. De ahí que opera como una contrarreforma que afronta el problema no sólo de una orientación no garantista (que limita la autonomía colectiva más que fomentarla), sino también de una reforma en gran medida fracasada en términos de eficacia social: sencillamente porque, en su conjunto, ha generado más controversias que resuelto el problema práctico para cuya solución estaba pensada.

El que se haya producido una reforma parcial cualitativa, no sólo no afecta al horizonte de una flexibilidad interna garantista y colectivamente negociada, sino que más bien lo refuerza, por los

⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.): *La reforma laboral de 2021. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; VILA TIERNÓ, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2022; BALLESTER PASTOR, A.: *La reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

finés que persigue y por un procedimiento legitimador de las decisiones que se adopten en cada momento de la dinámica de la organización productiva dentro de la cual las personas que trabajan en ella no son “recursos” ni “medios” sino partes activas de la misma que están representadas colectiva/sindicalmente. Los conflictos inherentes al mundo del trabajo son institucionalizados y procedimentalizados de manera que se busca alcanzar un acuerdo en todas las materias vinculadas a la flexibilidad interna como alternativa a las formas de flexibilidad externa (señaladamente, el reclamo de los despidos por necesidades de funcionamiento del complejo empresarial o unidad productiva). Por tanto, sí existe un cambio de lógica en la política del Derecho que inspira las reformas operadas en el RD-ley 32/2021, respecto a las reformas más regresivas del RDL 3/2012 (después, convertida en Ley 3/2012), entre otras cosas porque ellas en muchos casos no potencian ni garantizan un modelo de flexibilidad interna *negociada*. En este sentido, en las pocas materias objeto de (re)regulación, se ha transformado, se insiste, la orientación de base en el plano de la política del Derecho del Trabajo.

No obstante, dado el objetivo más limitado del inicialmente previsto en el Programa de Gobierno de coalición de 30 de septiembre de 2019⁶⁵, esta reforma laboral parcial no ha supuesto la “derogación” (vale decir, la supresión) de gran parte de las reformas inicialmente previstas. Y ello es debido, no a la falta de voluntad política de llevarlas a cabo, sino a la dualidad de los subyacentes factores determinantes de esta reforma realizada en una coyuntura de gobernabilidad ciertamente difícil. Pero tampoco cabría hablar de una renuncia a realizarlas en otro momento, y menos aún sería apropiado afirmar que con esta reforma parcial se ha legitimado todo lo que no ha sido reformado. Esto sería desconocer no sólo la realidad política, sino también la misma legitimidad de cualquier gobierno democrático de proceder a realizar todo un programa de reformas que abocaría –recuérdese– a la construcción jurídica e institucional de un Nuevo Estatuto de los Trabajadores para hacer frente a los desafíos del presente siglo marcado por transformaciones disruptivas en el plano de las fuerzas productivas (las nuevas tecnologías digitales; la inteligencia artificial, etcétera) y asimismo en las nuevas estructuras de las empresas y formas de organización del trabajo en el marco de una economía mundializada y en permanente cambio y abocada a crear situaciones de riesgo y de incertidumbre.

De ahí que tanto el legislador como la autonomía colectiva negociada deben atender tanto al principio de prevención (situaciones calculables de riesgo) como al principio de precaución (respecto a las situaciones de incertidumbre, donde es necesario atender a la “probabilidad” de ocurrencia de hechos o acontecimientos). Un instrumento en sí mismo tan flexible como la autonomía colectiva puede contribuir dinámicamente a la exigencia de medidas que hagan frente a las respuestas necesarias y creativas que requieren de continuo la nueva “sociedad del riesgo”, cuyo desenvolvimiento tendrá siempre ámbitos imprevisibles por ser desconocidos o sencillamente incalculables [y no solo hay que vislumbrar, paradigmáticamente, a la prevención de riesgos y calidad ambiental; sino también a esos “riesgos” fabricados por los seres humanos –la sociedad “civilizada”– y que pueden conducir a situaciones que incidan en todo el universo conocido y que influirán, sin la menor duda, en las relaciones laborales y su gobierno a través de la negociación colectiva. Piénsese, en la dificultad de vislumbrar los límites de la inteligencia artificial –y su capacidad de influir en el trabajo– o en las técnicas que pueden transformar la biología del ser humano, etcétera]. Ambos principios deben de estar orientados por el principio matriz de la responsabilidad (el “principio de responsabilidad”) en los procesos de regulación de las relaciones laborales y de las decisiones empresariales (la negociación colectiva es una codeterminación negociada sobre el tratamiento dado a determinadas materias, y se convierte en un instrumento de gestión negociada en la que he denominado “negociación colectiva gestional” o participativa, muy presente en los procesos de reestructuración de las empresas y del sistema de empresas)⁶⁶.

⁶⁵ <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

⁶⁶ Véase, ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, MTAS, 1999; y, antes, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los derechos de información de los*

No es baladí hacer notar asimismo que (como ya aconteció con las medidas más regresivas introducidas por las reformas de 1994 y 2012) el proceso legal reformista no sólo formaliza, sino que también construye y conforma la diversificación de los estatutos reguladores de la constitución flexible del trabajo. No se ha limitado ingenuamente a “reflejar” situaciones “naturalistas” realmente existentes. El legislador ha sido un verdadero actor de los cambios producidos en la conformación de los mercados de trabajo y en la transformación de las culturas del trabajo profesional”. Se trata de evitar una mayor centralidad y primacía del principio axial de la eficiencia o el rendimiento definido en términos de mercado moderno en lógicas de necesidad y de racionalidad instrumental y de contención del gasto, sobre el principio de protección social, buscando un equilibrio en la racionalidad jurídica entre el principio de eficiencia/rendimiento y el principio de protección y, en relación a ello, un equilibrio de poderes que operan en el sistema de relaciones laborales⁶⁷.

En relación al impacto de la reforma laboral de 2021 se pueden mantener, aparte de lo indicado, varias Tesis:

Tesis 1ª. La reforma laboral de 2021 no ha supuesto un cambio del Modelo Legal preexistente, sino una “corrección” significativa de su carácter autoritario (y excesivamente heterónomo) y de su lógica de racionalización pro empresarial. Y lo ha hecho a través de la regulación de la ultraactividad; limitación parcial de la preferencia legal del convenio colectivo de empresa como norma de derecho necesario absoluto y medida de flexibilidad interna discrecional y sin alegación de justificado motivo; cobertura del vacío de determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación; introducción de nuevos mecanismos de flexibilidad interna (mecanismo red y de estabilización), limitaciones de las cláusulas convenciones de jubilación forzosa, etcétera.

Tesis 2ª. Las sucesivas reformas laborales anteriores a la de 2021 han ido en la línea de una flexibilización negativa de la negociación colectiva y de “limitación” de la fuerza vinculante de los convenios sectoriales (v.gr. descuelgues a través, ciertamente, de los acuerdos colectivos de empresa en sus distintas tipologías; inaplicaciones preferentes por convenio de empresa sin necesidad de alegación de causas justificativa; modificación unilateral de convenios colectivos “extraestatutarios”; reclamo sistemático de los arbitrajes obligatorios en última instancia; etcétera)⁶⁸. La última reforma –en aquellas materias de las que se ocupó– supone un giro encaminado a devolver a la autonomía colectiva las facultades de autogobierno colectivo.

Tesis 3ª. Persisten en lo principal las medidas introducidas por las reformas del ciclo 1994, 2010, 2011 y 2012 (arbitrajes sin acuerdo de sometimiento de ambas partes en supuestos de bloqueo de las negociaciones; ha quedado intacto el art. 41 ET respecto a la posibilidad de modificar el contenido de los convenios colectivos extraestatutarios, etc.). Sería necesario revertir estas reformas que suponen una ruptura de los equilibrios de poder en las relaciones colectivas/sindicales de trabajo, toda vez que existe un nexo de unión entre todos los instrumentos de acción colectiva: la acción sindical, la negociación colectiva, la huelga y la solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos laborales.

representantes de los trabajadores, Madrid, Ed. Civitas, 1992.

⁶⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las Constitución del trabajo y su crisis”, en *Pasajes: revista de pensamiento contemporáneo*, núm. 13 (2004), págs. 27-45, espec., págs. 36-38. Disponible en abierto en internet.

⁶⁸ En lo relativo a la intervención impuesta heterónomamente a las partes sociales en conflictos (sea o no en el marco de un proceso de negociación colectiva) de un tercero con carácter dirimente (arbitraje obligatorio), cabe señalar que el art.10.1 RDLRT en su redacción literal originaria establecía dos tipos de intervención de la autoridad pública para la terminación de la huelga: una primera, que fue declarada inconstitucional por la STC 11/1981 en cuanto facultaba al Gobierno para «acordar mediante laudo de obligado cumplimiento la reanudación de la actividad laboral» lo que sin duda suponía una grave limitación al derecho de huelga. Nótese la diferencia nítida respecto al «nuevo modelo *normalizado* de arbitraje» de carácter obligatorio introducido por las sucesivas reformas laborales ex RD.-Ley 7/2011, RD.-Ley 3/2012, Ley 3/2012 o Ley 1/2014, de 28 de febrero, entre otros, en los artículos 82.3 o 86. 3 del ET. Sin embargo, resulta criticable la convalidación constitucional de este último tipo de arbitrajes, de sometimiento obligatorio “normalizado” (superando cualquier exigencia causal de la concurrencia de circunstancias extraordinarias), en la STC 119/2014, f.º 4 y 5. Sobre las condiciones de validez del laudo arbitral ex art. 10. 1 RDLRT, véase —dos sentencias— SSTS de 4.4.2014, rco 184/2013 y rco 132/2013).

Tesis 4ª. No es pertinente cambiar la centralidad del modelo de negociación colectiva estatutaria, el cual pivota sobre el eje del convenio estatutario de fuerza normativa y eficacia general o erga omnes, que a su vez enlaza y es una proyección cualificada de la institución de la mayor representatividad sindical. Es un modelo que ha venido funcionando con las necesarias adaptaciones a los cambios de las relaciones laborales y del entorno en el que se mueven las empresas. Ha garantizado la homogeneidad de condiciones y ha evitado la competencia desleal a través de un modelo de competitividad y de flexibilidad basado en la reducción de costes del trabajo y en el incremento de los poderes directivos del empleador; cuando no mediante formas de individualización laboral impuesta como resulta paradigmático en el art. 41 ET, con la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos extraestatutarios.

Desde el punto de vista técnico-jurídico el incremento de las medidas flexibilizadoras de disponibilidad colectiva por convenios de empresa, o, en su caso, acuerdos de descuelgue, incide en el alcance o ámbito de aplicación del convenio de sector o de empresa afectado, pero no en su naturaleza jurídica, que continúa siendo de carácter estrictamente normativo. No se produce una verdadera “contractualización” en sentido técnico-jurídico del convenio colectivo estatutario (Título III del ET) dotado de fuerza normativa y eficacia personal generalizada (art. 82.3 ET, y art. 3.3 ET, que hace referencia a “normas laborales pactadas”, 82.4, 86.5, 90, 91, etcétera). *Debe evitarse la confusión entre fuerza normativa y eficacia material (u objetiva) generalizada* del convenio colectivo estatutario: sólo respecto de esta última inciden –minorándola o reduciéndola– los acuerdos de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y la materialización del principio de preferencia legal del convenio de empresa ex art.84.2 ET).

Tesis 5ª. Resulta inoperante –se diría que de muy difícil viabilidad en el plano de la política del derecho sindical– hacer pivotar el modelo sobre los convenios de eficacia ordinaria (los existentes en la experiencia jurídica se encuentran en la posición jurídica debilitada de convenios extraestatutarios, paradójicamente sin ser dotados de un estatuto legal regulador, ni convencional cabe añadir, que garantice y proporcione seguridad jurídica a su existencia jurídica en nuestro modelo normativo pluralista de convenios colectivos). Y menos aún pretender que ese cambio de modelo normativo se realice por decisión unilateral del legislador. De operarse ese cambio de modelo normativo debería ser una decisión adoptada por los interlocutores sociales en el diálogo tripartito (concertación social) con el Gobierno, que desembocaría en una nueva legislación negociada sobre la garantía del derecho a la negociación colectiva y la eficacia vinculante de los convenios colectivos.

Ese pretendido cambio de modelo más desregulado y “contractualizado” (teniendo en cuenta la vigente interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de contrato colectivo de trabajo de los convenios de eficacia limitada extraestatutarios) supondría una reestructuración de nuestro sistema de negociación colectiva y por extensión del modelo de representatividad sindical (artículos 6 y 7 LOLS; artículos 87 y 88 del ET).

Tesis 6ª. Al amparo del art. 37 CE encuentran acogida los distintos instrumentos colectivos emanados de la autonomía colectiva negociada, desde el modelo tipo ideal, que es el convenio colectivo, hasta las distintas formas de pactos y acuerdos colectivos. Ahora bien, el Modelo legal se ha visto desbordado por dos aspectos fundamentales: 1º. Uno originario, la ausencia de una regulación legal deliberada de los convenios extraestatutarios no regulados en el Título III del ET, sin que haya una regulación legal específica dentro o fuera del sistema normativo del ET. 2º. El desbordamiento de las fuentes de regulación se hace visible en la proliferación de pactos o acuerdos colectivos, dispersos por el mismo ET y otros fuera del mismo (como es el caso de los pactos de fin de huelga), sin que quede claro su régimen jurídico. E incluso el art. 3 ET que enuncia las fuentes reguladoras de las relaciones de trabajo ni siquiera hace referencia a ellos. De este modo, una reforma del marco legal de la negociación colectiva debería incluir y dotar de un régimen jurídico general a los pactos o acuerdos colectivos (al menos los previstos en el mismo ET; aunque, en realidad, esa exigencia es predicable también para otorgar

seguridad jurídica a otros acuerdos o pactos colectivos como, por ejemplo, los pactos de fin de huelga). Lo exige el principio de seguridad jurídica y el principio de efectividad de los instrumentos colectivos concernidos.

Tesis 7ª. En cuanto a la legitimación para la negociación colectiva estatutaria se echa en falta una regulación legal más precisa sobre la legitimación en los grupos de empresas y en las redes de subcontratación. Aparte de una delimitación más intensa del deber de negociar en tales supuestos.

Tesis 8ª. Respecto a la estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios, cabe señalar que el principio de preferencia legal de los convenios colectivos de empresa sólo se ha resuelto en parte con la reforma laboral de 2021 (eliminando la materia del salario). Pero la solución más coherente y respetuosa con el principio de autonomía colectiva real es que ésta sea una norma legal dispositiva y no imperativa para la autonomía colectiva negocial. Sería regresar, en este aspecto, al modelo del R.D-ley 7/2011, de 11 de junio, que formuló la primera redacción del principio de preferencia legal, pero como opción normativa de naturaleza dispositiva. En lo que queda después de la reforma laboral de 2021 es imprescindible suprimir el carácter imperativo legal de dicho principio (que no admite la dispositividad colectiva del convenio de empresa) como prescripción de derecho necesario absoluto. El que persista esa preferencia legal indisponible colectivamente, vulnera el principio de autogobierno colectivo y, peor aún, facilita la precariedad laboral, el dumping social y la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector de actividad que se aparta sin alegación de causa justificada de la regulación del convenio sectorial en importantes materias laborales. Resulta así, porque normalmente estaremos ante inaplicaciones “in peius”.

Se insiste: el diseño de la estructura de la negociación colectiva -que enlaza también con las reglas de concurrencia de los convenios colectivos- es una materia que, en términos de conjunto y más allá de una norma legal básica de fomento y reglas de juego mínimas, debe estar atribuida a la autonomía colectiva a través de los Acuerdos Marcos previstos en el art. 83 ET, o, en su caso, a través de los convenios sectoriales estatales respecto a todos los niveles inferiores de negociación colectiva. La reforma de 2012 -una legislación impuesta, no negociada con los protagonistas de la negociación colectiva- supuso una intromisión legal en el principio de autonomía colectiva negocial. Así se pudo percibir nítidamente respecto al II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012, 2013 y 2014, pactado por los interlocutores sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, el 25 de enero de 2012, y, por tanto, anterior a la reforma legislativa de 2012, que no respetó en absoluto lo pactado al amparo del art. 83 ET por los agentes sociales más representativos.

Tesis 9ª. Dentro del principio de autogobierno de la autonomía colectiva ocupa un lugar central la gestión colectiva (preferible a la expresión “administración colectiva”, que tiene una connotación más reglamentista, y en nuestro país, de origen netamente estatalista vinculada a la época de los convenios colectivos sindicales del régimen franquista) de la institución del convenio y de la propia negociación colectiva dinámica -que implica una reinterpretación adaptativa de los convenios colectivos durante toda su vigencia- que es su fuente de producción. Un modelo dinámico de negociación colectiva exige, entre otras cosas, un fortalecimiento de las Comisiones paritarias del Convenio Colectivo [artículos 82.3, 85, 3.e) y 91 del ET]. Pero hay que dejar claro que las Comisiones paritarias sólo pueden asumir formalmente funciones de interpretación y aplicación del convenio vigente y no funciones de renegociación del mismo. Aunque, en una perspectiva realista, debe hacerse constar que las fronteras son difusas, y, por tanto, no son fáciles de establecer.

Tesis 10ª. En los casos de inaplicación de convenios (art. 82.3 ET), no parece asumible que el bloqueo de la negociación pueda finalizar con un arbitraje obligatorio, pese al criterio en contrario de la STC de 16 de julio de 2014, que declaró la legitimidad constitucional de esta medida dirigista.

Tesis 11ª. Un recorrido histórico sobre las vicisitudes legislativas de la habilitación legal a la negociación colectiva muestra bien nítidamente la progresiva desnaturalización de los equilibrios establecidos en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa (temática reformulada ahora con la rúbrica: “Cláusulas de los convenios colectivos referentes al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”; disposición adicional décima del ET). La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones⁶⁹, otorga una nueva redacción a la Disposición adicional 10ª del ET y todo ello en aras de favorecer la prolongación de la vida activa, tal y como se propugna a nivel comunitario. Esta reforma se enmarca en un contexto pandémico y de déficit económico y, todo ello, a causa del incremento en el gasto de pensiones, al tiempo que se minoran las cotizaciones sociales y las presiones demográficas. Ello determina que las orientaciones de la nueva reforma laboral de 2021 recuperen aquella prohibición de negociar en los convenios colectivos cláusulas de jubilación forzosa por debajo de los 68 años o más. Por otro lado, la reforma evidencia una tendencia política hacia el fomento de la jubilación activa⁷⁰ al establecer mayores penalizaciones para las jubilaciones anticipadas y promover el llamado envejecimiento activo a través de la jubilación demorada.

La nueva Disposición Adicional 10ª del ET establece una prohibición indirecta que opera a modo de moneda de cambio, pues se configura un despido unilateral por el cumplimiento de una determinada edad, aunque sujeta a una promesa más estricta de contratación. Nuevamente, el equilibrio o juego de intereses entre el derecho del trabajo y el sistema de políticas de empleo hacen su escena en este ámbito. Y es que, a fin de “... preservar el equilibrio y la equidad entre generaciones, dada la dimensión intergeneracional del sistema de pensiones y la carga excepcional que para su equilibrio va a suponer la jubilación de la llamada generación del *baby boom*, se hace necesario recuperar el planteamiento consensuado en la reforma de 2011”⁷¹. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia el alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de 11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011⁷². Curiosamente, la edad de 68 años se aproxima a aquella otra edad que se fijaba como máxima en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que se situaba a los 69 años⁷³.

Tesis 12ª. La negociación colectiva (y su cristalización en convenios y acuerdos colectivos) es un instrumento flexible de regulación y ordenación de las relaciones laborales. Por tanto, la negociación colectiva no es extraña en sí misma a la tipología del llamado “derecho flexible” y “reflexivo”. En consecuencia, presenta una lógica flexibilizadora inherente a su posición

⁶⁹ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

⁷⁰ “Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”.

⁷¹ Preámbulo de la Ley 21/2021.

⁷² ESTEVE SEGARRA, A., “La enésima reforma de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores”, *Labos, Número extraordinario “La reforma Laboral de 2021”*, Vol. 3, 2022, pp. 156-166.

⁷³ MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido del trabajador por jubilación forzosa al amparo del convenio colectivo y políticas de empleo y pensiones: un equilibrio difícil en las reformas sociales”, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27 (2022), págs. 45-71.

<https://ojs.ua.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/8202/7098>; TOMÁS JIMENEZ, N., “La jubilación forzosa y su evolución legislativa”, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs.), *La Edad de Jubilación*, Granada, Ed. Comares, 2011; TORTUERO PLAZA, J.L., “La jubilación forzosa en las políticas de empleo”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº33 (2001); MONEREO PÉREZ, J.L., “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir): *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Ed. Comares, 2010; *Ibid.*, *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Ed. Atelier, 2022; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “El cuento de nunca acabar o sobre la posibilidad de que los convenios colectivos puedan regular la jubilación forzosa: un recorrido histórico por la norma y análisis de la última redacción de la D.A 10ª ET dada por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº53, 2019; MALDONADO MOLINA, J.A., “La reforma de la pensión de jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 30 (2022); LÓPEZ INSUA, B.M., “El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada”, en MONEREO PÉREZ, J.L. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dirs): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Ed. Comares, 2019.

jurídica en el ordenamiento jurídico que ha de ser valorada y potenciada. Ahora bien, para que sus contenidos reguladores sean realmente flexibles y beneficiosos para los empresarios y los trabajadores se han de introducir elementos que permitan hablar de una flexibilidad bilateral, cuya manifestación más elocuente son las formas de flexibilidad negociada (la cual, por definición, es un tipo de flexibilidad bilateral y horizontal). Por ello se han potenciado propuestas en orden a lo que se ha denominado la *flexibilidad laboral ofensiva y bilateral*⁷⁴, entendiéndose que ciertamente habría que potenciar la flexibilidad laboral colectivamente negociada y establecer una mejora de las medidas de protección social en las transiciones laborales, especialmente ante las rotaciones laborales y en la pérdida del empleo, potenciando sus capacidades y posibilidades de recolocación en empleos de calidad. Este modelo de flexibilidad garantista permitiría alcanzar un equilibrio real y necesario entre las distintas formas de flexibilidad negociada (sin minoración de derechos sociales que deben ser garantizados por la ley y la negociación colectiva) y la garantía de la estabilidad en el empleo (o, más ampliamente, el “trabajo decente”), la calidad del producto, la productividad y la innovación permanente (una de cuyas vertientes es la innovación tecnológica).

Tesis 13ª. La autonomía colectiva ostenta una amplísima libertad de negociar *contenidos sociolaborales* (paradigmáticamente, el art. 85 ET). Aparte de que existen numerosos reenvíos legales a la negociación colectiva recogidos en el ET; tendencia, ésta, que no ha dejado de crecer, no sólo por la colaboración internormativa que viene exigida, sino también por un criterio de “inmediación” y “flexibilidad” que sólo es capaz de proporcionar la negociación colectiva (“principio de proximidad”).

Uno de los ámbitos de *gobierno autónomo* ha sido la materia relativa a los procedimientos autónomos de solución de los conflictos de trabajo. En esta materia –tan poco desarrollada desde el punto de vista legal (en el ámbito internacional tampoco abundan; como excepción la Recomendación OIT, núm. 92 de 1951, sobre conciliación y arbitraje y su posible legitimidad con los derechos de huelga y libertad sindical; y referencias puntuales en otros convenios: Convenio OIT, núm. 154, de 1981, art.5, y Convenio OIT, núm. 151, de 1978, art. 8)– han abundado las cláusulas obligacionales de procedimentalización de los conflictos colectivos, y se cuenta al máximo nivel con el Acuerdo Interconfederal para la solución autónoma de conflictos (ASAC)⁷⁵ al amparo del art. 83 ET y éste a su vez en el art. 37.2, en relación con el 37.1 y 24.1, de nuestra Constitución jurídica fundamental. No es baladí hacer notar que el art. 37, apartados 1 y 2, CE, se inserta en el Capítulo II del Título I de la Norma Fundamental y goza de la garantía del contenido esencial prevista ex art. 53.1 CE, en relación con el bloque normativo formado por los artículos 10.2, 7, 28, 103 y 93 a 96 de la Constitución, que consagran la garantía multinivel de los derechos fundamentales. Este bloque normativo deja constancia de que estamos ante un derecho de autonomía/autotutela colectiva, que es refractario a los arbitrajes de imposición obligatoria e imperativa. Es así respecto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (STC 136/2010) y en relación al derecho fundamental a la negociación colectiva (vinculada también con el derecho de huelga), salvo con carácter excepcional (STC 11/1981); señaladamente cuando se genere una dinámica conflictual que determine que se halle en grave peligro el interés general y los derechos constitucionales de los

⁷⁴ Para esta propuesta originaria de modelo de flexibilidad laboral ofensiva y bilateral (negociada) y la distinción técnica entre modelos de flexibilidad laboral ofensiva y flexibilidad laboral defensiva, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, espec., págs. 132-135; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulo IV (“Por un nuevo Derecho del Trabajo garantista en el marco de la construcción de una “Europa Social” basada en la tutela efectiva de los derechos fundamentales”), págs. 213-249.

⁷⁵ VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (VI ASAC) (Sistema Extrajudicial), suscrito con fecha 26 de noviembre de 2020 de una parte por CCOO y por UGT) y de otra por CEOE y CEPYME y de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.3 en relación con el art.90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI ASAC. BOE, núm. 334, 23 de diciembre de 2020.

ciudadanos al mantenimiento de los servicios esenciales (in fine, art. 28.2 y art. 10.1 RD-ley de 4 de marzo de 1977). Lo que queda claro es que el simple bloqueo de una negociación colectiva no debería determinar, aunque sea en una fase final, la imposición de un arbitraje de sometimiento y eficacia obligatoria para las partes del conflicto laboral.

Ello no obstante, no se han producido innovaciones radicales respecto a las funciones y su proyección en relación a los contenidos de la negociación colectiva, aunque lentamente esos cambios se van introduciendo, por ejemplo en la negociación de gestión empresarial o en la atención a la regulación convencional del ejercicio de los derechos fundamentales en la negociación colectiva (SSTC 85/1985, 30 de abril, 95/1985, 29 de julio, 217/1991, 14 de noviembre). Se ha avanzado en la expansión de las dimensiones obligacionales y normativas o de regulación de los convenios colectivos (cláusulas de paz; cláusulas de procedimentalización de los poderes empresariales; de sometimiento de los conflictos de intereses y de las controversias jurídicas colectivas a procedimientos autónomos de solución extrajudicial, etcétera). Se echa en falta un enriquecimiento de los contenidos. Es importante hacer notar que en la negociación de gestión empresarial se lleva al espacio de la negociación colectiva materias que tradicionalmente han sido atribuidas a la competencia exclusiva de la dirección de la empresa.

Sobresalen algunas carencias del contenido:

1º. Se carece de una regulación más completa y detallada del impacto de la digitalización de las relaciones laborales y los derechos digitales⁷⁶. Aunque, por supuesto, la negociación colectiva puede entrar en la regulación del ejercicio de los derechos digitales y establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral. Así lo prevé explícitamente el art. 91 (“Derechos digitales en la negociación colectiva”) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁷⁷. Con todo, sirven como palancas de apoyo para el contenido de esta materia en la negociación colectiva algunos derechos atribuidos a los representantes de los trabajadores previstos en el apartado d) del art. 64.4 ET (“Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”) y en el apartado 9 del art. 64 ET (“Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos”). Pero teniendo en cuenta también la extensión estrictamente sindical de derechos a los delegados sindicales que no formen parte del Comité de Empresa, conforme a lo previsto en el art. 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (“Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1.º Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda [...]”).

⁷⁶ Consejo Económico y Social España (2021): La digitalización de la economía. actualización del informe 3|2017. Informe 01/2021, consultable en: <http://www.ces.es/documents/10180/5250220/Inf0121.pdf>

⁷⁷ Véase el art. 20 (“Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión”) del ET, y letra j bis) en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

2º. Una regulación más modernizada de los sistemas salariales, que los vincule a la dinámica de la empresa. Ello es así tanto en lo que se refiere a los complementos en razón del trabajo realizado como a los complementos variables en atención al funcionamiento de la empresa.

Ahora bien resultan muy significativas las previsiones del V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante V AENC), suscrito por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional CCOO y UGT y las organizaciones más representativas a ese nivel de los empresarios CEOE y CEPYME y con vigencia de tres años (2023-2025)⁷⁸. El Acuerdo tiene una *naturaleza y configuración jurídica de carácter obligacional*, creando obligaciones entre las partes firmantes respecto a los compromisos adquiridos en el mismo y estableciendo pautas a seguir y compromisos entre las partes sociales. En este V AENC no sólo se han regulado materiales salariales (sin perjuicio de que éstas adquieran una especial centralidad en este V AENC) y contractuales, sino que se ha pretendido una dinamización de la negociación colectiva y un enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos: incluye la temática de la transición digital y ecológica, y el trabajo a distancia (con la centralidad del teletrabajo) y el redimensionamiento de los programas de formación y derechos digitales como el derecho a la desconexión digital (Capítulo X del V AENC). Pero también cuestiones relativas al *gobierno de la negociación colectiva y las relaciones colectivo/sindicales* entre las partes sociales.

En el Preámbulo del V AENC se indica que el *hilo conductor* del diálogo social bipartito (negociación colectiva) y tripartito (concertación social) y de todos los Acuerdos sociales alcanzados desde la Pandemia –aunque también, en gran medida, los que le han precedido- es buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales, y también enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como abordar contenidos que contribuyan a atajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras. Su orientación finalista no es una mera adaptación aséptica a los cambios del entorno de incertidumbre, sino una *respuesta que trata de modelar la realidad cambiante* a través de distintos mecanismos y sirviendo a los objetivos de modernizar los convenios colectivos para enriquecer sus contenidos de tal manera que contribuyan, al propio tiempo, a la mejora de la competitividad y productividad y a mejorar la creación de empleo de calidad. En este sentido interesa tomar en consideración la toma de conciencia de los interlocutores sociales de que una parte muy significativa de las reformas de la negociación colectiva corresponde realizarla a sus propios protagonistas. Paradigmáticamente, la función *autorreguladora* atribuida a los interlocutores sociales en el art. 83 ET resulta muy expresiva de ese cometido que la autonomía colectiva en puridad debe llevar a cabo evitando intromisiones excesivas por parte de la legislación estatal por la misma lógica de la fuente de autogobierno colectivo.

Hay que señalar que estos objetivos pretendidos se han conseguido de manera más eficiente gracias a la *combinación funcional* entre concertación social (proceso de intercambio político jurídico entre el Gobierno y las organizaciones profesionales más representativas) y la negociación colectiva (por definición reflejo de un diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales)⁷⁹. Y ese método de diálogo a tres y dos bandas es especialmente adecuado para afrontar ámbitos objetivos macroeconómicos y regulativos que sólo se pueden alcanzar plenamente con la interlocución con el Gobierno del país. Estas sinergias entre

⁷⁸ Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870 Para la perspectiva sindical “desde dentro”, véase VICENTE PERALTA, M.C. y OLMOS MATA, R.: “Una lectura sindical del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva”, en *Revista de Derecho Social*, núm.102 (2023), págs.187-2021.

⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L., Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

negociación colectiva y concertación social son imprescindibles si se desea mantener y enriquecer continuamente el “contrato social” que subyace a la democracia constitucional con Estado Social y democrático de Derecho (reténganse, paradigmáticamente, los artículos 1, 9.2, 10, 35, 37, 38, 40, 53, 103, 128, 129.2 y 131, y, en términos de conjunto, todo el bloque o grupo de normas constitucionales que configuran nuestro modelo de “constitución socio-económica”, puesto que en el constitucionalismo democrático con Estado Social la “constitución social” y la “constitución económica” deben conjugarse de manera interdependiente y garantizando un equilibrio satisfactorio entre la racionalidad social y la racionalidad económica en el marco de una “economía social de mercado” dentro de un capitalismo sometido a las reglas que impone un sistema democrático).

-Se impulsa la procedimentalización de los conflictos de trabajo a través de los sistemas de solución autónoma, en la dirección marcada por el VI ASAC⁸⁰. Se busca, así, un desplazamiento vertical del conflicto desde su exteriorización inmediata hacia un modelo más preventivo y de intervención de los procedimientos de mediación y, llegado el caso, el sometimiento voluntario de ambas partes a un trámite dirimente como es el arbitraje (institucionalización jurídica de los conflictos laborales). Aquí el conflicto es la prosecución del proceso de negociación colectiva por otros medios que buscan (en la dialéctica conflicto-pacto como elementos básicos e inherentes del sistema democrático de relaciones laborales) una composición a través de la codeterminación negocial, de manera que la negociación colectiva aparece como la otra cara del conflicto y supone un intercambio comunicativo y de pretensiones de los actores implicados; se fijan reglas de juego entre los interlocutores sociales, reglas racionalizadoras de los dos distintos niveles de negociación y se establecen “normas de trabajo”⁸¹. No se indica que la huelga sea la última medida a adoptar, pero sí que antes de adoptar esta legítima medida de acción directa se intente alcanzar acuerdos previos en casos de conflictos colectivos en general y de bloqueos de negociación (incluidos los periodos de negociación gestional normalizada como son los periodos de consulta-negociación colectiva, previstos en artículos como el 41, 40.1, 44, 51, etcétera, del ET) y re-negociación de los convenios colectivos.

Importa hacer notar que no es la primera vez que los interlocutores sociales realizan su “voluntad, como organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal, de afianzar un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales”⁸².

-Se apuesta por los derechos del empleo y por el principio de igualdad y no discriminación. Pero también por el modelo normativo de una flexibilidad interna negociada, operante en los distintos niveles organizados de la estructura del sistema de negociación colectiva.

-En la negociación colectiva (y desde el mismo V AENC) se promueven, en efecto, los mecanismos de flexibilidad interna, como herramientas que faciliten la adaptación competitiva de las empresas y la actividad productiva y preserven la estabilidad y calidad del empleo y las condiciones laborales, en un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras. Entre esos instrumentos cabe destacar, por ser una de las novedades centrales de la reciente Reforma Laboral en el ciclo 2020-2023, los criterios compartidos de utilización de los ERTE y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas.

-En relación con el impacto de las *nuevas tecnologías* se pretende desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre la nueva normativa de trabajo a distancia -o

⁸⁰ Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

⁸¹ Idea de la acción colectiva negociadora que está implícita en el art. 4 del Convenio OIT, núm. 98, de 1949.

⁸² Esto lo subrayan literalmente en el Preámbulo del VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). Resolución de 10 de diciembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VI Acuerdo. BOE, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

teletrabajo-, alcanzado en el diálogo social tripartito en el año 2020, remite a dicha negociación. Y se hace una novedosa apuesta por establecer pautas compartidas en el desarrollo efectivo del derecho a la desconexión digital desde la autonomía colectiva.

-Se potencia el funcionamiento ágil de los mecanismos participativos y gestionales para afrontar los importantes desafíos que suponen las grandes transformaciones tecnológica, digital y ecológica y las consecuencias disruptivas que tienen en el seno de las empresas y su actividad y, con ello, en el empleo y sus condiciones. Ello debe permitir la transición justa a una realidad que aún no está escrita, a través de la anticipación, la formación continua y la recualificación, y abordar las diferentes brechas para que nadie quede descolgado.

No se olvide, al respecto, que todo ello se enmarca dentro del diálogo social bipartito como *eje del autogobierno de las relaciones laborales*, siendo el ámbito de la negociación colectiva donde encuentra su máxima expresión. De este modo se reivindica el protagonismo de los interlocutores sociales para diseñar el modelo de negociación colectiva, su estructura, objetivos y contenidos correspondientes. Se indica al respecto que la negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social. Con esa visión, las Confederaciones profesionales firmantes del V AENC plantean el objetivo fundamental de impulsar la negociación colectiva, fomentando la apertura de nuevas unidades de negociación y la ampliación de las existentes (Capítulo II “De la negociación colectiva”).

Respecto a la negociación colectiva se destacan los siguientes aspectos:

A). En materia de ordenación de la negociación colectiva domina el criterio indicado de autogobierno y racionalización interna del sistema negocial: 1. La preservación de la vigencia del convenio colectivo y la ordenación del proceso negociador. 2. La necesidad de potenciar las comisiones paritarias y sus funciones, dotándolas de un régimen ágil y flexible de funcionamiento que permita mejorar su eficacia para reforzar la autonomía colectiva. En tal sentido, se recuerda la conveniencia de tener en cuenta el anexo de recomendaciones sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias recogido en el VI ASAC. Junto a la definición de las funciones que se le atribuyan a la comisión paritaria, se debe establecer un procedimiento de funcionamiento regular para poder resolver con prontitud y efectividad las consultas y/o conflictos que le lleguen desde los centros de trabajo. 3. La potenciación del papel de los organismos de solución autónoma existentes a nivel estatal y en cada comunidad autónoma, por lo que se llama a las partes negociadoras a impulsar su utilización, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC) de impulso y promoción de la negociación colectiva, de mediación preventiva de conflictos y de intervención en casos de bloqueo de la negociación colectiva, incluidas las medidas y planes de igualdad. Para ello debieran establecerse en los convenios colectivos compromisos y referencias expresas de utilización de los procedimientos de mediación y/o arbitraje en los conflictos colectivos, incluido el pacto sobre arbitraje especialmente en el supuesto de inaplicación del convenio colectivo y, en su caso, individuales, que puedan suscitarse a nivel sectorial o en el ámbito de las empresas.

B). El criterio racionalizador y de articulación flexible del sistema de negociación colectiva domina también en la materia relativa a la regulación de la política y del derecho del empleo en el Capítulo III (“Empleo y contratación”). Recordando que el Real Decreto-ley 32/2021, recogió el fruto del intenso proceso de diálogo social tripartito (concertación social a través de la técnica de la legislación negociada con carácter previo al proceso de producción legislativa). Este nuevo marco regulatorio incorpora importantes menciones a la negociación colectiva y un nuevo modelo de contratación laboral en España que invita a los interlocutores sociales a introducir de forma ordenada los significativos cambios que van a afectar a las empresas y a las personas trabajadoras. Se valora que hasta la fecha la Reforma laboral arroja buenos resultados. Para seguir avanzando en esa dirección es necesario contribuir desde los convenios colectivos a

fomentar la estabilidad en el empleo y el uso adecuado de las modalidades contractuales, desarrollando las llamadas que la norma hace a la negociación colectiva, especialmente tras dicha Reforma.

C). Contemplado desde la política de empleo (aunque la cuestión incide directamente sobre la materia de Seguridad Social coextensa) se plantea en el V AENC el fomento de la jubilación parcial y flexible, indicando que la jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de las plantillas (Capítulo IV Jubilación parcial y flexible).

D). La materia sociolaboral de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes es tratada, asimismo, estableciendo que las Organizaciones manifiestan su preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes⁸³.

E). En materia de previsión social complementaria (vinculada a las prestaciones sociales a las que complementa, mejorándolas)⁸⁴, se pretende fomentarla partiendo de una valoración positiva sobre los Sistemas de Previsión Social Complementaria, entendiendo que es conveniente abordar el desarrollo de los mismos en el marco de la negociación colectiva. Por ello, plantean fomentar en los convenios colectivos los Planes de Pensiones de Empleo, en su caso, a través de Entidades de Previsión Social Empresarial (EPSE), como medida de ahorro a largo plazo de carácter finalista y de complemento de las pensiones públicas. La relevancia de esta materia en la negociación colectiva es ya extraordinaria, donde la autonomía colectiva tiene un papel constitutivo de los sistemas de previsión privada colectiva, que se despliega en toda su dinámica de funcionamiento.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la habilitación general –intrínsecamente limitada como excepción- a la negociación colectiva en el art. 43.3 LGSS (“Mejoras voluntarias”), conforme al cual se establece, en primer lugar, que “la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el art. 7.1 podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los regímenes especiales”. En segundo lugar, subrayando su carácter excepcional para el acotamiento del espacio vital de regulación en la materia de acción complementaria por la negociación colectiva: “sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias conforme a lo previsto en el apartado anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”⁸⁵. Es la estricta función complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social el terreno propio donde puede entrar el espacio regulador de la autonomía privada colectiva (ello es coherente con el art. 41 CE). En el caso de la previsión privada complementaria instrumentada a través de los planes y fondos de pensiones, véase el RD-Legislativo 2/2002, de 29 de noviembre, y RD 304/2004, 20 de febrero, Reglamento de Planes y Fondo de Pensiones. Los convenios colectivos son el instrumento más importante de implantación de los planes de pensiones. Papel que es tanto más realzado, si cabe, en Ley

⁸³ En ese sentido, las organizaciones firmantes expresan su deseo de establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras. Ante esta situación, se exhorta a la negociación colectiva a: Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones. Igualmente, las Organizaciones firmantes de este Acuerdo consideramos que el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social contribuye al objetivo de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público. Al objeto de cumplir esta finalidad, las Organizaciones signatarias instan a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas Mutuas, encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatológico. Todo ello se llevará a cabo con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud. Asimismo, instan a que se activen ámbitos tripartitos nacionales y autonómicos para: Analizar la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT. Establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes) (Capítulo VII Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes).

⁸⁴ Aunque contempladas desde la lógica de la masa salarial (o retribución en sentido amplio). Capítulo VI (“Retribución”), apartado 4.

⁸⁵ Véase los artículos 238 y siguientes de la LGSS.

12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre⁸⁶. Hay que tener en cuenta que ésta es una legislación típica de promoción pública, con la atribución de un papel muy destacado a la negociación colectiva como fuente *dinámica y flexible* de implantación fundamental de estos instrumentos de previsión colectiva. Por esta vía asumen funciones vinculadas a la orientación de la política de inversiones de los fondos de pensiones.

F). En lo relativo a la formación y cualificación profesional, las Organizaciones firmantes consideran que es fundamental la adaptación permanente de las plantillas a las nuevas realidades a las que se enfrenta el mundo del trabajo, tanto en los procesos productivos como organizativos. Para ello son imprescindibles los planes de formación permanente que, con las necesarias actualizaciones, capaciten a las trabajadoras y trabajadores para responder a esas nuevas realidades, marcadas, entre otras, por la transición digital y ecológica y el envejecimiento de la población trabajadora (Capítulo V Formación y cualificación profesional).

G). La materia retributiva continúa siendo, por razones obvias, un elemento central de los contenidos de la negociación colectiva. Al respecto, se pretende racionalizar la estructura de la negociación colectiva en el tratamiento de esta importante materia; y establecer unos criterios precisos sobre la determinación de los incrementos salariales⁸⁷.

H). La materia de la Seguridad y Salud en el Trabajo es una de las más relevantes en la negociación colectiva, donde hay continuos llamamientos a la negociación colectiva en la normativa comunitaria (Directiva-Marco) y en su trasposición en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Las Organizaciones firmantes han recogido en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 los nuevos retos y objetivos de la seguridad y salud en el trabajo⁸⁸.

I). La apuesta por los mecanismos de adaptación internos es nítida al indicarse que son preferibles a los externos y a los ajustes de plantilla, por ello los convenios deberían disponer de la *flexibilidad laboral interna* como una herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas y para mantener el empleo, su estabilidad y calidad y la actividad productiva, con un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras (Capítulo IX Instrumentos de flexibilidad interna).

Esta problemática es definitoria de un *modelo de negociación colectiva que apuesta por un modelo de competitividad por la innovación, la calidad del producto y la calidad del empleo. En definitiva, por el “trabajo decente” o digno*, que comporta el rechazo del modelo de competitividad basado en la reducción de costes del trabajo (directos e indirectos), en la

⁸⁶ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996; *Ibid.*, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; MONEREO PÉREZ, J.L. y MARTÍN SERRANO JIMÉNEZ, E.: *La nueva regulación legal de los planes y fondos de pensiones tras la reforma creadora de los fondos de pensiones de promoción pública. Estudio jurídico e institucional de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo*, Murcia, Ed. Laborum, 2022; MONEREO PÉREZ, J.L., y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes de pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2008; *Ibid.*, *Los planes y fondos de pensiones: balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2021; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

⁸⁷ “En el actual contexto económico, las Organizaciones firmantes del presente AENC declaramos la intención de llevar a cabo, durante su vigencia, una política salarial que contribuya de manera simultánea a la reactivación económica, a la creación de empleo y a la mejora de la competitividad de las empresas españolas. Para lograrlo, coincidimos en que un avance en el crecimiento de los salarios, donde la realidad económica de los sectores y/o empresas lo permita, contribuirá a aumentar el poder adquisitivo de las personas trabajadoras y a seguir mejorando nuestra competitividad y con ello a preservar y crear empleo. 1. Estructura salarial Los convenios colectivos deberán promover la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y de igual retribución por trabajos de igual valor. Con tal fin, sería deseable ordenar y simplificar los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género. Las tablas salariales deberán ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio. Asimismo, los sistemas de retribución variable deberán estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. Además, deberá establecerse su peso en el conjunto de la retribución. Igualmente, se podrán tener en cuenta fórmulas de retribución flexible. 2. Criterios para la determinación de los incrementos salariales Los salarios negociados en los próximos años deberán incrementarse de acuerdo con las siguientes directrices: [...]”. Tratando también de las materias de actualización de precios durante la vigencia de los contratos públicos y el impulso a las previsión social complementaria antes aquí aludida (Capítulo VI Retribución).

flexibilidad externa y en la precarización laboral. De ahí que se reivindique a la negociación colectiva y sus expresiones formales -el convenio y el acuerdo colectivo- como instrumentos fundamentales de gestión de la flexibilidad interna. No obstante, sería necesario reforzar los sistemas de garantías laborales respecto al ejercicio de los poderes empresariales en relación al establecimiento de medidas de flexibilidad interna negociada, evitando los mecanismos de imposición directa o los sistemas de sometimiento a arbitrajes obligatorios.

J). Se profundiza en los principios de igualdad y no discriminación (Capítulo XII Igualdad entre mujeres y hombres), en los derechos de las personas con discapacidad (Capítulo XIII Discapacidad), reconocimiento de la diversidad y de los derechos de las personas LGTBI (Capítulo XIV Diversidad. LGTBI) y en la lucha contra la violencia sexual y de género (Capítulo XV Violencia sexual y de género).

K). La materia relativa a los derechos digitales, nuevas formas de trabajo y transformación digital y ecológica tiene un papel especialmente relevante e innovador en el V AENC. Así:

- El teletrabajo como forma de organización del trabajo se encuentra regulado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), implementando el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social tripartito. (Capítulo X Teletrabajo).

- El derecho a la desconexión digital es la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica para garantizar el tiempo de descanso, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras. Este derecho contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando otras medidas reguladas en esta materia. (Capítulo XI Desconexión digital).

-Pero el marco de referencia estratégico es el proceso estructural de transición tecnológica, digital y ecológica (Capítulo XVI Transición tecnológica, digital y ecológica), que incide tanto en un enfoque de los derechos como en el tratamiento de las diversas formas de flexibilidad interna. La introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo es una inversión estratégica básica para el futuro de las empresas y para el incremento de su productividad y competitividad. La implantación de las tecnologías digitales aporta claros beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras en la medida en que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como la mejora de la calidad de los servicios y productos, si bien, al mismo tiempo, comporta retos como consecuencia de su impacto en las condiciones de trabajo. Con el objetivo de favorecer una transición justa, inclusiva y beneficiosa para todas las partes, es fundamental

⁸⁸ En desarrollo de la misma, consideran que la negociación colectiva es la vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo a las características de cada sector o de la organización empresarial y de sus plantillas. Por ello, los convenios colectivos debieran: Promover protocolos y guías de acogida en la empresa para la mejora de la sensibilización y generación de cultura preventiva. Establecer medidas concretas para que las empresas, con la participación de la representación legal de los trabajadores o, en su caso, con las personas trabajadoras, desarrollen un plan integral enfocado al fomento de la cultura preventiva y a la reducción de la siniestralidad laboral. Incluir la perspectiva de género en la gestión de la prevención en la empresa. Contemplar la discapacidad en la gestión de la prevención. Impulsar el desarrollo de medios y procedimientos para la adaptación de puestos de trabajo. Promover la atención al envejecimiento y sus implicaciones en el desarrollo de la actividad laboral, implementando los contenidos del Acuerdo Marco Autónomo sobre envejecimiento activo y enfoque intergeneracional, adoptado por los interlocutores sociales europeos, Business Europe, UEAPME, CEEP y CES, el 8 de marzo de 2017. Avanzar en la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo a distancia. Avanzar en la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, impulsando programas de prevención del estrés laboral. Elaborar y hacer seguimiento de protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia y/o el acoso en el trabajo, incluyendo el ciberacoso, mobbing y la violencia a través de los medios digitales. Desarrollar la formación en prevención de riesgos laborales, incluyendo la de las personas trabajadoras designadas y la representación de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, adaptando sus contenidos y duración a la realidad de las personas trabajadoras y empresas, y, en el caso de los trabajadores y trabajadoras, fijando medios para su acreditación. Incluir programas de formación e información sobre los riesgos del uso de las nuevas tecnologías del trabajo y las medidas preventivas a adoptar frente a los mismos, además de criterios de buenas prácticas respecto a la digitalización. Incluir medios y medidas de coordinación de actividades empresariales, simples, eficaces y eficientes, acordes con el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su desarrollo a través del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en los que participen la representación de las personas trabajadoras. Potenciar el desarrollo de la vigilancia de la salud colectiva. Desarrollar protocolos y guías para la mejora de la gestión de la reincorporación de las personas trabajadoras después de bajas de larga duración. Abordar las adicciones y desarrollar planes de prevención e intervención en las mismas. Establecer instrumentos para, en el marco de la prevención de riesgos laborales, identificarlas y afrontarlas. Priorizar la acción preventiva sobre los factores que generan determinados riesgos frente al mero establecimiento de pluses de toxicidad, penosidad, peligrosidad e insalubridad. (Capítulo VIII Seguridad y salud en el trabajo).

que los convenios colectivos sectoriales y de empresa incorporen medidas para hacer frente a estos retos, en línea con lo recogido en el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización⁸⁹ y en este AENC, adaptándose estas medidas a las realidades de cada sector, actividad y empresa y anticipándose a sus impactos en los centros de trabajo.

-En desarrollo de dicho Acuerdo Marco, firmado por los interlocutores sociales europeos, las partes firmantes del V AENC consideran que los convenios colectivos de sector y de empresa *deben promover e impulsar la transformación digital* en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y se estima oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa. Asimismo, se impulsará desde la negociación colectiva una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha por edad. Igualmente, se fomentarán medidas de acción positiva para *evitar la brecha digital entre mujeres y hombres*, particularmente en competencias avanzadas, garantizando los procesos de formación necesarios para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo como consecuencia de las transformaciones digitales de la empresa, con los criterios que las normas laborales establecen.

-Entre las materias prioritarias en relación a la digitalización que se deben desarrollar a través de la negociación colectiva se encuentra la asunción práctica del *Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización*. Las organizaciones firmantes de este Acuerdo consideran prioritario adecuar a cada ámbito negocial el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, asumiendo el compromiso compartido entre los interlocutores sociales intersectoriales europeos para hacer frente al desafío común de la transformación digital en el mundo laboral. En esa adecuación a su marco negocial, los convenios colectivos deberían: Fomentar la colaboración entre empresas, personas trabajadoras y sus representantes para abordar temas como las competencias, la organización del trabajo y las condiciones laborales. Impulsar la inversión en competencias digitales y en su actualización. Promover un enfoque orientado a las personas, en particular, sobre su formación y capacitación, las modalidades de conexión y desconexión, el uso de sistemas de inteligencia artificial seguros y transparentes, así como la protección de la privacidad y la dignidad de las personas trabajadoras.

-Inteligencia Artificial (IA) y garantía del principio de control humano y derecho a la información sobre los algoritmos. La IA de manera progresiva tendrá un impacto significativo en el mundo laboral y, si no se hace un uso correcto y transparente, podría llevar a adoptar decisiones sesgadas o discriminatorias relativas a las relaciones laborales. En línea con lo previsto en el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, el despliegue de sistemas de IA en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la IA y ser seguro y transparente. Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones. En el ámbito del diálogo social tripartito español se acordó, en el Real Decreto-Ley 9/2021 de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorporar una letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores relativa al derecho a la información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. La negociación

⁸⁹ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5665>

colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores. El despliegue de sistemas de IA en las administraciones públicas debe seguir igualmente el principio de control humano y ser seguro y transparente. En base a lo anterior, las Confederaciones firmantes del Acuerdo instan al Gobierno para que facilite a los interlocutores sociales, a través de los órganos de participación institucional, la información suficiente que garantice la transparencia digital y algorítmica, en especial de aquellas fórmulas que configuran los aplicativos vinculados a las relaciones laborales y a la protección social.

-Por otra parte, la transición ecológica, la descarbonización energética y la economía circular, junto con la digitalización, pueden alterar los procesos productivos afectando a los puestos de trabajo, las tareas y competencias que desempeñan las personas trabajadoras. De hecho, puede suceder que surjan nuevas ocupaciones al tiempo que otras desaparecen o se transforman. Estas transiciones, que están interrelacionadas entre sí y se refuerzan mutuamente, deben ser afrontadas de manera temprana y efectiva desde la negociación colectiva, en el marco de procesos participativos con la representación de las personas trabajadoras, para poder así sensibilizar e identificar soluciones que puedan adaptarse a las especificidades de los diferentes sectores y plantear cuestiones esenciales. En este marco, es imprescindible identificar nuevas necesidades de cualificación y mejora de las competencias, rediseño de los puestos de trabajo, organización de las transiciones entre empleos o mejoras en la organización del trabajo. Para la consecución de dicho objetivo, resulta prioritario impulsar líneas de formación e información a las personas trabajadoras para asegurar su implicación ante la adopción de medidas que reclama el cambio climático. Asimismo, para garantizar la reducción de emisiones y la eficiencia de las medidas que en su caso de apliquen, tanto en beneficio de las empresas como de las personas trabajadoras, se impulsarán planes de movilidad sostenible, fomentando el transporte colectivo por áreas geográficas, polígonos industriales o espacios de gran concentración de personas trabajadoras.

No es baladí subrayar la relevancia que en la perspectiva de política del derecho tiene la autonomía colectiva en ese “marco” europeo en que se inserta este Acuerdo y en particular el Acuerdo marco europeo sobre digitalización (suscrito al amparo del art. 155 TFUE, sobre dialógico social bilateral y acuerdos colectivos celebrados a nivel europeo)⁹⁰.

Quizás se echa en falta una mayor atención al proceso de integración europea, dada la comunitarización de la mayoría de las cuestiones centrales de los sistemas de relaciones laborales en los países europeos. No sólo en la exigencia de más legislación social europea, sino también de más y mejor autodeterminación colectiva de los agentes sociales. Al respecto hay que tener en cuenta que por causa de la internacionalización de la economía y el creciente aumento de las presiones competitivas, la negociación colectiva se está desarrollando en nuevas direcciones y ámbitos. En este contexto, el creciente número de empresas transnacionales (que tienden a establecer formas de autorregulación jurídica que inciden en la incorporación de las nuevas tecnologías y su afectación al trabajo en las organizaciones productivas en una dialéctica entre concentración-descentralización, especialmente a través de la vía de la subcontratación empresarial) ha incorporado nuevos actores y diversas estrategias para la acción colectiva, tanto para los trabajadores como para los empresarios.

Ante este proceso de internacionalización, la negociación colectiva transnacional puede ser una respuesta a estos nuevos desafíos. Debe avanzarse por los propios interlocutores –con políticas de fomento de las instancias políticas de la Unión Europea, pero también de la Organización

⁹⁰ Para una valoración de conjunto, BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Baz Rodríguez (Dir.) Wolters Kluwer, 2021; SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. el necesario protagonismo de la norma pactada”, en *Temas Laborales*, núm.158/2021, págs. 213-244. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElAcuerdoMarcoEuropeoSobreDigitalizacionElNecesari-8088956.pdf>; ROCHA SÁNCHEZ, F., “El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización”, Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 40, Núm. 2 (2022), págs.367-385; ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva”, *Trabajo y derecho*, núm. 83 (2021).

Internacional del Trabajo- en esa dimensión transnacional adquirida a través de la negociación colectiva organizada a escala europea. Ello implica un fortalecimiento del sindicalismo (pero también de las organizaciones profesionales de los empresarios) para la acción transnacional e impulsar acuerdos colectivos en las relaciones laborales en espacios que van más allá de las fronteras estatales. Si no se adopta esta perspectiva de más largo alcance –sin necesidad de esperar a las políticas de fomento de las instituciones internacionales, por otra parte deseables por las insuficiencias intrínsecas de un pretendido *laissez-faire colectivo* autosuficiente- podemos encontrarnos ante un escenario de debilitamiento progresivo de la negociación colectiva y del ámbito de cobertura de los convenios colectivos. Y tras ello el declive del poder sindical sin la heteronomía estatal garantista y de fomento; intervencionismo público que *impon*e el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (paradigmáticamente, artículos 1, 9.2, 10, 28, 37, 53, entre otras disposiciones de nuestra Constitución).

Probablemente la autonomía colectiva –como poder bilateral de regulación y de gobernabilidad- ha de formular sus propios códigos de conducta y establecer mecanismos adecuados para llevarlos a la práctica sincronizando la acción internacional y las acciones a escala estatal y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Hay que buscar una realización del principio de correspondencia nivel de negociación-estructuras de los poderes decisionales de las grandes empresas transnacionales. Ya se sabe que las relaciones colectivas/sindicales son relaciones de poder operantes en el mundo de las relaciones económicas y de las políticas de gobierno de la economía. Clásicamente se advirtió, tras una larga experiencia, que el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad moderna y, por ello, a las relaciones laborales. Pero también que “existe, sin embargo, un interés compartido entre empresarios y trabajadores: el de que sus necesarios e inevitables conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos; procedimientos que no excluyen el recurso extremo a cualquiera de los resortes por medio de los que cada una de las partes contendientes tiene que afirmar su poder en caso necesario...Por lo demás, postular una comunidad de intereses como substrato de las relaciones laborales es pura utopía”⁹¹.

En cualquier caso, estas regulaciones son de la máxima relevancia. Bien es cierto que todavía son insuficientes para hacer frente al fenómeno de la transformación digital, sobre todo si se atiende a su magnitud e impacto a todos los niveles. El impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos están teniendo ya en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su intimidad. Por ello mismo, es necesario elaborar una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, que sea necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda incontrolada y sin atención a principios y valores del incremento de la competitividad y beneficio empresarial⁹².

Y es que el “capitalismo de la vigilancia” incrementa la penetración de los poderes del mercado sobre las personas: los poderes de los empresarios que utilizan las tecnologías como instrumentos de dominio y no sólo como posibles –necesarios- instrumentos al servicio de la innovación, la productividad y la calidad del empleo. Se ha podido señalar, al respecto, que el capitalismo de la vigilancia supone una ruptura respecto de la anterior trayectoria histórica del capitalismo de mercado en tres sentidos fundamentales: a) enfatiza su derecho a la libertad

⁹¹ KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, trad.J.M.Galiana Moreno, “In Memoriam” por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaraz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs. 45-65, en particular pág. 64.

⁹² MOLINA HERMOSILLA, O.: “Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS)*, (6), (2023) pp. 89–117. <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16225>; GÓMEZ SALADO, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021; TODOLÍ SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023.

absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas; c) el fantasma de la vida en la colmena delata un proyecto social colectivista de mercado sustentado por una inferencia radical y por su expresión material en el “Gran Otro”. Ello supone que no se está ante una fase más del capitalismo, sino ante un cambio de paradigma de organización de la sociedad del mercado y de la organización de las empresas y de los sistemas de relaciones laborales⁹³. El riesgo es que se antepongan las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algoritmos tal y como son utilizados) haciendo prevalecer la racionalidad del mercado a las bases de la democracia dentro y fuera de las organizaciones productivas. La lucha competitiva entre “capitalistas de la vigilancia” puede conducir a una búsqueda compulsiva de la totalidad (en la información y en el conocimiento de las personas al servicio de modelos predictivos y conductuales) al margen de los derechos y valores fundamentales que deben presidir un sistema democrático de relaciones laborales. En una lógica de dominio y acumulación del poder en continuo aumento. Ese poder de vigilancia y control instrumental puede facilitar la expropiación práctica de los derechos fundamentales a través de una nueva arquitectura global de modificación conductual prefigurada predictivamente a través de la utilización de los datos y las fórmulas algorítmicas. Este uso perverso de la inteligencia artificial expresa el potencial *lado oscuro* de la presente “4º-5ª Revolución industrial” basada en la utilización de las tecnologías digitales como palancas de poder en las relaciones laborales.

Con todo, en la tensión dialéctica centralización-descentralización del sistema de negociación colectiva (cuestión condicionada por la autorregulación colectiva y la heterorregulación pública) es innegable una *tendencia hacia la “empresarización”* de las relaciones industriales, con el mayor peso de los convenios y acuerdos colectivos de empresa, con una pluralización de los instrumentos colectivos y ciertas dificultades de control sindical de los mismos para llevar a cabo una *descentralización controlada por la propia autonomía colectiva al máximo nivel* (Acuerdos Marco y Convenios Colectivos Sectoriales). Un marco institucional que a menudo ha sido condicionado por un intervencionismo dirigista del legislador. De ahí la centralidad de la negociación colectiva de empresa en el Derecho del Trabajo contemporáneo. En el sistema del ET se ha pasado de la relativa marginalidad de los convenios de empresa a la prioridad aplicativa (art. 84.2 ET). También hay que subrayar un aspecto positivo consistente en que en los convenios de empresa se ha optado por la preferencia del canal sindical de representación. Por su parte, los acuerdos de empresa encuentran su fortuna y su expansión a través del “descuelgue” (art. 82.2 ET), pero entre los instrumentos de “empresarización” destacan también los acuerdos normalizados de reestructuración y ajuste empresarial (artículos 40, 41, 44, 51, etcétera, del ET), con una tendencia hacia el acrecentamiento de su papel en el sistema de negociación colectiva. Esta orientación descentralizadora por la vía de los convenios y acuerdos de empresa ha sido no sólo promocionada por la heteronomía estatal, sino incluso impuesta (el caso más expresivo es el del art. 84.2 ET⁹⁴, con una regla de preferencia legal indisponible por la autonomía colectiva, conduciendo hacia una forma de descentralización forzada desde este punto de vista). El reclamo de cobertura de vacíos de representación a través de “comisiones ad hoc” es problemático y se ha prestado a una desindicalización operativa en la práctica.

Ello supone un cambio de paradigma en el modelo de estructura negociadora que es impulsado bajo el prisma de una nueva “gobernanza” sobre el sistema de negociación colectiva. La nueva “gobernanza” económica europea ha servido de catalizador respecto de las tendencias comunes apreciadas hacia la descentralización negocial, bajo la égida del Derecho de la competencia y de la presión que ejerce la potenciación de la competitividad de la empresa flexible y la opción

⁹³ Puede consultarse, ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, espec., pp. 657 y sigs.

⁹⁴ Véase GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico”, Segunda Ponencia de las 40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, Granada, CARL, 2023. Ponencia en la que se contiene un análisis detenido de las cuestiones más problemáticas que se plantean en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo.

liberalizadora defendida e impulsada por las autoridades políticas de la Unión Europea. Esta realidad inducida –no espontáneamente surgida– produce una mutación en las fuentes del Derecho del Trabajo que plantea el riesgo de una ruptura de los equilibrios de poder que antes venían siendo garantizados por una intervención legislativa garantista y por los grandes Acuerdos Marco Interconfederales y Convenios colectivos sectoriales. Con este enfoque no solo se pierde en homogeneidad de condiciones de trabajo en el sector, sino también se pierde en poder sindical (en sus factores base de poder negociador en posición de “potencia” y (des)equilibrio con la contraparte empresarial). En los convenios de empresa y en los acuerdos de empresa las partes sociales priorizan el contexto productivo organizacional de la empresa con el efecto de atomización de la negociación colectiva y la difuminación y distanciamiento de intereses colectivos más generales de sector o de carácter más general. Domina en la negociación colectiva también el sesgo de ser parte del derecho de la producción, en cuyo marco el interés colectivo es confinado en atención a las particularidades económicas, técnicas y organizativas de cada empresa singularmente considerada. La lógica de “empresarización” puede acabar en un incremento de los poderes reales del empleador favorecido por una negociación colectiva “concesiva”⁹⁵ de proximidad (hacia las necesidades e intereses de la organización productiva), a la par que un detrimento de la negociación sectorial, con el consiguiente alejamiento de los fines transformadores más amplios perseguibles por las grandes organizaciones sindicales y su papel como sujetos sociopolíticos. El efecto expulsivo del fenómeno sindical puede ser consumado en beneficio de una liberalización mayor de los mercados de trabajo.

4. Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de “lege ferenda” de carácter promocional y racionalizador: la paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria

Ya se ha destacado que la negociación colectiva tiene un papel central en el sistema de relaciones laborales: es fuente de regulación autónoma de los conflictos laborales y de la organización del trabajo en las empresas; es un instrumento que refleja el pluralismo social y jurídico y la ordenación de los poderes de las organizaciones sindicales y empresariales, en la búsqueda de un siempre inestable equilibrio. La Constitución y la normativa internacional reguladora de este derecho social fundamental de libertad colectiva/sindical consagran esa centralidad, a la par que la adscripción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en el contenido esencial de la libertad sindical (bloque constitucional sindical formado por los artículos 7, 28, 37.1, 103 de la Norma Fundamental, etcétera).

Lejos de aquellos que auguraban un declive sindical inexorable y de la negociación colectiva como instrumento de gobernabilidad del sistema de relaciones laborales y de regulación de las condiciones de trabajo, se puede constatar que los espacios de la autodeterminación colectiva se han enriquecido en sus contenidos, aunque también se han producido orientaciones de política del Derecho presididas por un intervencionismo selectivo y más autoritario⁹⁶.

⁹⁵ Porque suele imperar la lógica de la necesidad propia de la organización productiva y su posición competitiva en el mercado.

⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva y límites legales de los mismos, con particular atención a la jubilación obligatoria y al periodo de prueba”, en *Temas Laborales*, núm. 120 (2013), págs. 439-482. file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/Dialnet-NuevosContenidosDeLaNegociacionColectivaYLimitesLe-4507898.pdf. El enriquecimiento expansivo de los contenidos de la negociación colectiva y su plasmación en las dimensiones obligacionales y normativas de los convenios colectivos se venía apreciándose desde los inicios del siglo veintiuno. Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO VIDA, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, en *Temas Laborales*, núm. 76 (2004), págs. 255-285. file:///C:/Users/Jmonereo/Downloads/Dialnet-LaNegociacionColectivaEmpresarialAnteLasExigencias-1060632%20(5).pdf; MORENO VIDA, M. N.: “Los contenidos de la negociación colectiva”, Ponencia en *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, SOTO RIOJA, S. (Coord.), Sevilla, CARL, 2009. AMAADACHOU KADDUR, F.: *El contenido del convenio colectivo. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 2017.

-El modelo legal de negociación colectiva tiene su eje vertebrador en el Título III del ET, que centra el derecho social fundamental de libertad de negociación colectiva en la posición de preeminencia de la figura de la mayor representatividad sindical y en los convenios colectivos de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Ahora bien este modelo legal no ha permanecido inalterado en el tiempo, pues ha sufrido numerosas reformas, de entre las que cabe destacar las de 1994 y 2012, aunque han sido también relevantes la de 2010 y la de 2011. La reforma de 2021, supuso un giro importante respecto de la creciente intervención pública calificable como dirigismo autoritario en la autonomía colectiva. No pudo alterar completamente el modelo normativo vigente ni neutralizar las consecuencias más negativas (“perversas”) de las reformas de 1994 y 2012, pero ha tenido la virtualidad de ser una reforma negociada que ha introducido en materia de negociación colectiva reformas estructurales significativas.

Por lo demás, y en una perspectiva más amplia, la negociación colectiva contribuye a resolver de manera autónoma a través de esa institucionalización jurídica los conflictos existentes entre los derechos sociales integrados en la ciudadanía democrática y el valor del mercado. Su resultado jurídico-formal, el convenio colectivo (formalización del acuerdo de la autonomía colectiva), cristaliza ese planteamiento básico del conflicto regulado en la democracia social contemporánea. Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, ante la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido.

-Entre los modelos estáticos y los modelos dinámicos de negociación colectiva, actualmente no se puede afirmar que nuestro modelo pueda ser calificado sin más como modelo estático, puesto que la propia regulación legal ha venido propiciando mecanismos para una negociación dinámica del convenio colectivo en la dirección de flexibilizar el modelo normativo de convenio estatutario configurado en el Título III del ET. No sólo habría que señalar las cláusulas de descuelgue e inaplicación de convenios colectivos, sino también la posibilidad de negociar un convenio colectivo en cualquier momento de la vigencia de un convenio colectivo.

Paradigmáticamente, al amparo del art. 86.1 ET, “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”. Este precepto se inserta dentro de un modelo de negociación colectiva dinámica y flexible e impide, de suyo, calificar nuestro modelo normativo de negociación colectiva como un modelo de negociación estática. Pero a mayor abundancia cabe tomar en consideración, adicionalmente, los elementos normativos siguientes.

Cabe hacer referencia a la potenciación del convenio de empresa, a pesar de la crítica –aquí compartida– al principio de preferencia legal indisponible por la negociación colectiva en virtud del art. 84.2 ET⁹⁷, conforme al cual: “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior” en un conjunto importante de materias (que la reforma de 2021 ha recortado suprimiendo la materia salarial). Hay que tener en cuenta que esta preferencia legal estaba ya vigente desde la reforma de 2011, pero se configuraba en esa reforma como una norma dispositiva para la autonomía colectiva al máximo nivel. Ya se estaba produciendo una tendencia, al menos moderada, hacia una mayor atención a las exigencias de adaptación de las empresas a un entorno cambiante, sin poder hablarse de “empresarización” de la negociación colectiva, entre otras cosas porque en nuestra negociación colectiva siguen teniendo una importancia crucial los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, la mayor centralidad de la negociación colectiva empresarial (en sus distintas manifestaciones: convenios colectivos y acuerdos colectivos) no tiene que suponer un detrimento de los Acuerdos Marco y de los convenios de sector, a riesgo de una excesiva y perniciosa atomización de la negociación

⁹⁷ La crítica ineludible viene de la configuración de una norma de derecho necesario absoluta en una materia propia de la negociación colectiva. Se indica que “Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado” (art. 84.2, último párrafo). Véase la D.T. 6ª RD-ley 32/2021.

colectiva⁹⁸. Ello perjudicaría no sólo a los trabajadores, sino también al tiempo a las propias empresas pues “sin reglas” en el sector se favorece la competencia desleal a través de la reducción de los costes directos e indirectos del trabajo. La idea de establecer una articulación negocial y “reglas de juego” (legales y negociales) en el sector de actividad es un bien que –al ser consensuadas- puede crear un interés compartido en procedimientos y ciertos contenidos homogeneizadores para todas las empresas del sector de actividad de que se trate. Por ello, debe apostarse por una negociación articulada y de carácter flexible que no favorezca una negociación colectiva “salvaje” completamente descentralizada y centrada exclusivamente en la lógica de los intereses de cada empresa en sí. Y por supuesto por no hablar de las consecuencias de la pérdida de poder de las organizaciones profesionales sobre el gobierno del Sistema de Relaciones Laborales en su conjunto.

Por último, en el marco de la concurrencia de convenios colectivos, se establece que “Salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, *en el ámbito de una Comunidad Autónoma*, negociar acuerdos o convenios que afecten a los dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación” (art. 84.3 ET). Se trata, pues, de una norma legal dispositiva para la autonomía colectiva.

-Existe, pues, una visible tendencia (en el modelo legal y convencional) a favorecer un modelo de negociación dinámica y flexible atenta a la transformación de las empresas y a las formas de organización del trabajo. Y, por tanto, a resolver también las posibles tendencias conflictivas que esas mutaciones puedan crear, porque el conflicto en las relaciones laborales –recuérdese- es consustancial a las relaciones de trabajo, que en sí son siempre relaciones de poder de conformación de un orden. Lo que se tiende también es a buscar formas de institucionalizar los conflictos y de llevar a cabo políticas de negociación, donde cada vez adquiere más importancia en los procesos de reestructuración la flexibilidad interna negociada (descuelgues de condiciones de convenios de ámbito superior; modificación sustancial de las condiciones de trabajo; los nuevos mecanismos suspensivos, el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, las negociaciones sobre la incorporación de las nuevas tecnologías en la empresa y su incidencia en la organización del trabajo, etcétera)⁹⁹, pero también llegado el caso la flexibilidad externa negociada, cuando se aprecie que las decisiones más traumáticas son ineludibles y puede atenuarse su incidencia o buscar alternativas como puede ser la recolocación de los trabajadores en empresas del mismo grupo (prevista genéricamente en el art. 51.2 ET).

En esa negociación dinámica, interviene la negociación colectiva de empresa en sus manifestaciones como convenio de empresa y como acuerdos colectivos de empresa, cuya relevancia en el sistema de negociación colectiva ha ido creciendo exponencialmente, pudiéndose hablar de “normalización” jurídica y de utilización ordinaria en la experiencia jurídica negociadora. Hace tiempo que dejaron de ser instrumentos excepcionales (si alguna vez realmente lo fueron), como puede apreciarse en las negociaciones en el marco de los procesos de reestructuración empresarial (despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa y los planes sociales; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y la posibilidad de acuerdos; el aludido Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización del empleo, etcétera). El

⁹⁸ No está de más recordar que el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva, de 28 de abril de 1997, reguló la estructura de la negociación colectiva para evitar la dispersión en gran medida propiciada por la reforma de 1994, diseñando un modelo de estructura cuyo eje pivota sobre el convenio colectivo sectorial estatal (y que, por tanto, es objeto de promoción), y abriendo espacios a los niveles inferiores a través de formas flexibles de negociación colectiva articulada. La idea era impedir la descentralización “salvaje” o simplemente descontrolada por llevarse a cabo desde abajo sin control desde arriba.

⁹⁹ Puede consultarse el análisis completo y exhaustivo en MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.À. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales*, ORTEGA LOZANO, P.G. y MARÍN ALONSO, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022, 937 páginas; MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., MARCO ESPÓSITO Y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Ortega Lozano, P.G. y J.L. Ruíz Santamaría (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2021, 1152 páginas.

que el principio de preferencia del convenio colectivo de empresa pueda hacerse valer sin alegación de causa alguna y sin configurarse como una norma que se someta a una racionalización en un ámbito superior, *parece no encajar adecuadamente* en un modelo de negociación colectiva que apueste verdaderamente por el convenio colectivo de empresa como instrumento de flexibilidad interna realmente articulada y negociada *con garantía de poder de negociación entre las partes negociadoras del convenio colectivo* y puede derivar en esa desnaturalización de un modelo excesivamente descentralizado y atomizado de empresas en un mismo sector. Afortunadamente la reforma laboral de 2021 ha impedido que el salario forme parte de las materias que podrían ser inaplicables por un convenio colectivo de empresa sin acreditar ningún justificado motivo. Tan sólo subyacen las razones de pura conveniencia empresarial. Esto es una suerte de forma de estructuración y concurrencia convencional *sin sometimiento a reglas causales y sin garantía de un auténtico control sindical*. Y se ha de insistir en el hecho y dato normativo de que el nivel de empresa puede tener un lugar central sin necesidad de desestructurar los mecanismos de gestión colectiva de la estructura y de las reglas de concurrencia entre convenios colectivos.

Lo que es preciso evitar es que se produzca –por los distintos cauces hoy legalmente disponibles- una desaplicación y pérdida de eficacia jurídica (más o menos intensa; más o menos generalizada) de los convenios colectivos sectoriales en virtud del juego de los convenios y acuerdos colectivos de empresa. De ser así más que de flexibilidad laboral interna negociada tendríamos el resultado de una precarización de las relaciones laborales y una apertura a la praxis del *dumping social y empresarial* (traducible también en términos jurídicos como “competencia desleal” entre las empresas de un mismo sector; dando lugar a un modelo de competitividad nociva basado en la reducción de los costes del trabajo directos e indirectos). Este proceso de diferenciación y fragmentación conduciría a una ruptura de las solidaridades y de las tutelas colectivas/sindicales y a una disgregación y disciplina de los trabajadores mediante una diferenciación de estatutos reguladores y protectores del trabajo; es decir, a un vaciamiento de las solidaridades del trabajo en los equilibrios inestables entre igualdad y diferencias justificadas. El riesgo estriba en la ruptura del modelo constitucional garantista de Derecho Social del Trabajo, que sería paralela a la tendencia a devaluar los derechos constitucionales a través de procesos legislativos y prácticas interpretativas “*deconstituyentes*”, que puedan suponer una mutación constitucional y sin necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional a través de los procedimientos establecidos expresamente en la propia Constitución como norma fundamental y base del ordenamiento jurídico general. Con ello se produce no una mera transformación del Derecho del Trabajo (de mera “adaptación” y respuesta coyuntural a los cambios del entorno), sino un cambio de paradigma, es decir, una metamorfosis del Derecho del Trabajo que entra en contraposición con el Derecho Social del Trabajo Garantista construido por el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho; un nuevo modelo de Derecho del Trabajo que tiende a someter los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja a la pura lógica del mercado (que constituye un espacio de actuación de los grandes poderes económicos autorregulados más allá de las reglas de juego establecidas en los ordenamientos estatales y en las propias del Derecho Internacional), remercantilizando los derechos sociales y debilitando la efectividad de los derechos genéricos o inespecíficos del trabajador como ciudadano en el sistema de relaciones laborales. Si este cambio de paradigma se consolida, ello representaría la ruptura del compromiso del constitucionalismo democrático social entre capital y trabajo¹⁰⁰.

-Aunque se ha avanzado, nuestro sistema de negociación colectiva no ha logrado plasmar la potencialidad de sus funciones en los contenidos, enriqueciendo sus contenidos. Actualmente se tiene que avanzar más en materias como las relativas a las nuevas tecnologías y en los derechos sindicales. También en lo que concierne a los distintos aspectos de la “negociación colectiva gestional” o participativa. En cualquier caso, actualmente no se puede hablar de “pobreza” de

¹⁰⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, espec., págs.29 y sigs.,137 y sigs., y 2013 y sigs.

contenidos de la negociación colectiva atendiendo a la pluralización de los contenidos que se han venido produciendo señaladamente en las dos últimas décadas¹⁰¹.

Los cambios estructurales plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Los factores determinantes de los cambios son de índole diversa, y entre ellos destaca actualmente un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Las reformas del “ciclo largo” 1994-2012 materializan opciones de política del Derecho estatal que reflejan un giro hacia un modelo de intervención selectiva y más “autoritaria” en la negociación colectiva. La reforma de 2021 ha supuesto una revisión parcial en la línea contraria de operar un “giro social” y un reforzamiento de los “espacios” de la autodeterminación colectiva.

Precisamente la tendencia actual se residencia en agotar sus potencialidades regulativas dentro de los márgenes disponibles en nuestro ordenamiento jurídico. Y es así tanto en materias clásicas (paradigmáticamente, la posibilidad de tratamientos colectivos de la huelga en un sentido sincrónico a lo que se ha hecho respecto a la regulación de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos) como en materias más novedosas en la época actual, como es el caso de las referencias en el mismo V AENC a la necesidad de regular convencionalmente los derechos digitales fundamentales, lo que viene propiciado por la misma regulación estatutaria ex art. 20bis ET, y las remisiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales. El art. 91 hace referencia al tratamiento de los derechos digitales en la negociación colectiva, indicando que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (la regulación sustantiva básica se encuentra en los artículos 87, 89, 90 y 91, y en el referido art. 20bis ET).

-La necesidad de fortalecer los Acuerdos Marco Interconfederales ex art. 83 del ET y el reforzamiento de los convenios colectivos de sector en una lógica de mínima homogenización de la organización del trabajo y de las condiciones de trabajo, justas y equitativas. Pero también para evitar las distorsiones que está generando el doble e interrelacionado *dumping social* y empresarial sobre todo por la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012, aunque también por problemas que se vienen arrastrando por una cierta petrificación y acomodación y estancamiento de la regulación tradicional de ciertas materias.

-En cuanto a la estructura de la negociación colectiva, se puede decir que, entre modelos centralizados y modelos descentralizados, nuestro país ha mantenido una evolución hacia una mayor descentralización negocial hacia la empresa. Resultando cuestionados los convenios colectivos sectoriales de carácter provincial –que actúa como un nivel intermedio–, que tienen un peso importante en nuestro sistema de negociación colectiva. Aunque los Acuerdos Marco

¹⁰¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 95-96; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada”, en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000*, Madrid, MTAS, 1999; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, en VV.AA.: *El sistema de negociación colectiva en España*, MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 77 a 131; SALA FRANCO, T.: “La revisión del modelo legal de negociación colectiva” en MONEREO PÉREZ J.L. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.), y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (Coord.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, págs. 133 a 160; *Ibid.*, “La reforma de la negociación colectiva y de los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales”, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después*, XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 385-445.

han sido relevantes para marcar las líneas de negociación colectiva a los distintos niveles inferiores descentralizados. En muchos aspectos se ha carecido de una auténtica negociación colectiva articulada siguiendo el diseño “fuerte” posible al amparo del art. 83 ET. El diseño de la estructura refleja también las estructuras de poder dentro de las propias organizaciones mayormente representativas y no resulta fácil una unificación del poder (ni seguramente sea deseable). Paradigma de estos problemas es la presencia estelar de los convenios de ámbito provincial.

-La recuperación del espacio vital propio de la autonomía colectiva negocial en la determinación de la estructura de la negociación, suprimiendo el principio legal de preferencia del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial o supraempresarial. Y ha de respetarse que sean los Acuerdos Marcos Interconfederales o los propios convenios sectoriales –llegado al caso- los que determinen la vigencia de ámbitos intermedios de negociación –señaladamente los convenios sectoriales de ámbito provincial-. La descentralización de la negociación colectiva es una opción de los agentes sociales y no debe ser una imposición de la normativa estatal dirigista en este espacio vital.

- La reforma de 2021 ha permitido la recuperación del espacio vital de autorregulación negocial de la ultraactividad de los convenios colectivos. El modelo precedente (tributario de la Ley 3/2012) de regulación de la ultraactividad no sólo suponía una ruptura de los equilibrios de poder, sino también una posible deriva hacia la precariedad laboral (la jurisprudencia ha tratado de resolver el problema –como ha podido, pero en gran medida “en falso”, porque nuestro sistema no admite la adquisición de condiciones más beneficiosas al amparo del convenio colectivo; art. 82 del ET- a través de la interiorización contractual de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos que hayan perdido su vigencia formal por la aplicación del plazo máximo de ultraactividad). La recuperación del modelo de regulación de la ultraactividad anterior a la reforma de la Ley 3/2012 no tiene que suponer la petrificación u obsolescencia de las condiciones de trabajo. Se podrán reconducir fácilmente los bloqueos de negociación colectiva a los procedimientos de solución autónoma extrajudicial previstos.

-Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV sobre la negociación colectiva y los convenios colectivos/sindicales de eficacia limitada. No deja de resultar un tanto paradójico que se regulen al detalle los convenios colectivos de eficacia jurídica «erga omnes» y, por tanto, de carácter extraordinario; y se deje sin una regulación legal específica los convenios colectivos sindicales ordinarios inherentes a la libertad y al pluralismo sindical (artículos 7, 28 y 37.1 CE).

-Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título V del ET sobre solución autónoma extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo (en realidad, dada la íntima vinculación existente entre la dinámica del derecho a la negociación colectiva y el derecho fundamental de huelga lo más coherente sería promulgar una Ley Orgánica reguladora de este último derecho fundamental, donde se pondrían de manifiesto esas sinergias entre ambos derechos constitucionales de libertad; cfr. artículos 28.2 y 81 de Constitución). Pero, al menos tendría la virtualidad de establecer una regulación coherente y una revisión en profundidad de intromisiones legales de dudosa constitucionalidad (con todo el respeto que merece la posición mayoritaria de nuestro Tribunal Constitucional), como los arbitrajes obligatorios impuestos a lo largo del sistema del Estatuto de los Trabajadores (en sus tres Títulos actuales). Lo ideal, desde luego, es que se aprobase una Ley Orgánica garantizadora del derecho de huelga como derecho fundamental ex art. 28.2 CE, atendiendo a la doctrina constitucional sobre la materia y al estándar multinivel que garantiza este derecho social fundamental. Aunque, ciertamente, los tiempos no están para abordar esta cuestión esencial (el “tiempo de los derechos” depende también del estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determinada coyuntura), porque la huelga autentifica el sistema de relaciones laborales como sistema de equilibrios de poder entre los actores sociales que ostentan los factores base de poder. La

regulación por Ley Orgánica (art. 81 CE) es tanto más imperiosa respecto de la huelga en servicios esenciales.

-Lo más pertinente es elaborar un Nuevo Estatuto de los Trabajadores en el medio/largo plazo en el marco de un “Código de Trabajo” en aras de la seguridad jurídica y de la visibilidad de la lógica interna del sistema de relaciones laborales. Se trataría de estructurarlo, extensivamente, con base a la Disposición Adicional 8ª del vigente ET¹⁰².

-Al legislador le corresponde llevar a cabo una labor promocional y de racionalización del sistema de negociación colectiva, como se infiere del art. 37.1 CE.

1º. Le corresponde llevar a cabo una revisión en profundidad del Título III del ET: repensar una sindicalización más completa del ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la regulación de desarrollo del art. 37.1 CE. De manera que este derecho sólo pueda ser ejercitado exclusivamente por las representaciones sindicales, como es la regla general de los países europeos comparables.

2º. Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV del ET sobre solución extrajudicial de los conflictos colectivos, aunque habría que tener sumo cuidado con la conexión ineludible de esta materia con el Derecho fundamental de Huelga que encuentra una regulación absolutamente insatisfactoria en el obsoleto RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

3º. Le corresponde revisar el art. 3 ET, que ha sido desbordado por la regulación del propio ET. Señaladamente, tiene hacer referencia al lugar dentro de las “fuentes reguladoras” de los convenios de eficacia limitada (teniendo en cuenta la propuesta precedente de crear un nuevo Título IV que los regule legalmente clarificando su naturaleza y eficacia jurídica).

Asimismo, se tiene que establecer un encuadramiento coherente en el art. 3 ET de los Acuerdos de Empresa como fuentes convencionales clarificando su naturaleza jurídica y su régimen jurídico (y partiendo de su enlace en el art. 37.1 CE). Se ha producido un desbordamiento de las fuentes convencionales dispersas en el sistema normativo del ET.

4º. Le corresponde revisar igualmente varias medidas dispersas en todo el sistema del ET:

a). Revisar el modelo vigente de “comisiones representativas ad hoc” para la interlocución en la negociación colectiva de empresa¹⁰³ encaminada a establecer medidas de reorganización productiva y de ajuste empresarial (artículos 41.4, 47, 51 y 82.3 del ET), y sustituirlas por imperativo legal por un modelo estrictamente sindical, aunque esta normativa estatal podría ser supletoria para la autonomía colectiva expresada en los Acuerdos Marcos (art. 83.1 ET) o en los mismos convenios sectoriales. Un modelo que garantice un poder de representación real y no meramente formal, porque los acuerdos adoptados por estas comisiones creadas “ad hoc” elegidas por los propios trabajadores ocultan la realidad de que el que impone la nueva regulación es el poder unilateral del empleador (los trabajadores designados o elegidos son actores débiles frente el poder unilateral del empleador; y son verdaderos representantes legales unitarios). El modelo legal se presta, así, a controversias (por ejemplo, STS de 23 de marzo de 2015, rec. 287/2014; STS 706/2019, de 10 de octubre, que contempla el caso singular de la

¹⁰² Véase la propuesta fundada y desarrollada en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI” Conferencia Inaugural del Congreso, en VV.AA.: *El estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020), Madrid, Ed. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 96-102.

¹⁰³ Ciertamente, el art. 41.4 ET dispone que “En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente [de ordinario en asamblea de trabajadores] o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”. Este derecho de opción resulta problemático comenzado por la inexistencia real de una libertad de opción con conocimiento de causa y capacidad negociadora real de los trabajadores delegados elegidos. Debería establecerse legalmente que en tales casos estaría legitimados para negociar sólo los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa que, además, estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta sería una solución más garantista.

problemática validez jurídica de un acuerdo realizado con la totalidad de la plantilla de personal sin la creación de una comisión representativa “ad hoc”; STS 746/2019, de 30 de octubre). Las comisiones “ad hoc” no son siempre una representación colectiva, sino una suerte de delegación plural sin garantías de solvencia cuando su composición no está sindicalizada. Que esa sindicalización es posible lo pone de manifiesto la creación de comisiones de composición de carácter sindical respecto a la negociación de planes de igualdad conforme al RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Y aquí no hay ninguna supuesta “libertad de opción” de los trabajadores concernidos; o, dicho de otro modo: no hay plenas garantías de ello.

Las comisiones “ad hoc” falsean el acuerdo de reorganización productiva y la misma lógica de una flexibilidad interna negociada realmente por instancias colectivas en equilibrio de poder negociador.

Por lo demás, ya existen experiencias legislativas que han prescindido de ellas como es el caso de la regulación de los ERTES Covid-19 (art. 23.1 RDL 8/2020) y en la regulación legislativa de los planes de igualdad (RD 901/2020, de 13 de octubre).

Dicho esto, no se puede dudar de la existencia de un problema práctico en la interlocución de la parte social en las empresas de reducido tamaño, pero hay que garantizar una representación real y no ficticia. Se insiste, la mejor opción, llegado el caso, es apostar por una comisión “ad hoc” sindical más representativa (es decir, una comisión “ad hoc” sindicalizada plenamente) y evitar la solución menos garantista de que sea una comisión “ad hoc” elegida o designada por la plantilla de la empresa (normalmente en asamblea de trabajadores).

b). Precisar el modelo de determinación del convenio aplicable en la subcontratación ex art. 42.6 ET en el marco de una reforma más integral de esta disposición y normas concordantes. Probablemente, como se ha indicado antes, la regulación más coherente es aplicar a las empresas contratistas y subcontratistas el convenio aplicable a la empresa principal.

c). Establecer una regulación específica para los convenios de grupos de empresas y para las redes de empresa (no exclusivamente limitada, como se sabe, a las redes de empresas de subcontratación empresarial). Se trata de articular una política de apoyo y de carácter promocional de la negociación colectiva en los grupos de empresas y en las empresas-red, especialmente en los supuestos de subcontratación empresarial como instrumento de descentralización productiva o funcional.

d). Modificar el art. 84.2 ET en lo que se refiere al principio de preferencia legal absoluta de los convenios colectivos de empresa; principio de preferencia legal indisponible a través de la vía de los Acuerdos Marcos previstos en el art. 83 ET. La normativa ya existente de carácter causal en los descuelgues tiene una lógica interna de descentralización basada en la flexibilidad interna negociada (art. 82.3 ET), no en una flexibilidad interna cuyo régimen jurídico se impone a la autonomía colectiva negocial privándola de sus facultades de diseño de la estructura descentralizada del sistema de negociación colectiva y del establecimiento de procedimientos ágiles de flexibilidad. En otras palabras, debe ser la propia autonomía colectiva negocial al máximo nivel de los Acuerdos Marco o, mejor aún en estos casos, el propio convenio colectivo sectorial el que establezca la posibilidad de vías de flexibilidad y de preferencia en la coexistencia de distintos convenios dentro del mismo sector. Es volver al modelo que se estableció en la reforma de 2011. La reforma del RD 32/2021 se quedó corta –aun siendo de gran importancia en sí misma- en esta importante materia para evitar el detrimento del autogobierno colectivo/sindical y el declive de la fuerza normativamente vinculante del convenio colectivo sin alegación de motivo justificado alguno. En suma, la estrategia flexibilizadora debe ser competencia de la autonomía colectiva, y no derivada de un modelo que pivota en la decisión unilateral e intervencionista de un legislador que la imponga anteponiendo sus propias opciones de política del Derecho.

e). Debería reflexionarse sobre la modificación del art. 41.5 ET, que admite la modificación sustancial unilateral por parte del empresario de la regulación de condiciones de trabajo de carácter colectivo (incluidas las de los convenios colectivos extraestatutarios) si no se ha alcanzado un acuerdo en la Comisión negociadora: “La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas *sin acuerdo* y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación”. Contra las decisiones empresariales se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 3. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución (artículos 153 a 162 LRJS). Debería plantearse una solución distinta: sometimiento a procedimientos autónomos extrajudiciales: mediación obligatoria y posible arbitraje de sometimiento voluntario o libre por ambas partes¹⁰⁴.

Hay que tener en cuenta que el Comité de Derechos Sociales de la Carta Social Europea ha declarado en relación al art. 6 de la CSE (“Derecho de negociación colectiva”) que la situación jurídica de España no es conforme con el art. 5, párrafo 2º, de la CSE por el motivo de que la legislación española permite a los empleadores de forma unilateral inaplicar las condiciones de trabajo y empleo establecidas en los convenios colectivos por el cauce jurídico del art. 41 ET.

La propuesta de *lege ferenda* es que de no conseguirse un acuerdo colectivo o una decisión arbitral no se podría llevar a cabo una modificación de condiciones de trabajo. Es aplicar la misma solución ya prevista también para los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y personal generalizada en todo su ámbito de aplicación, a saber: “La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3” ET. Para los cuales se exige que haya un acuerdo colectivo de descuelgue o inaplicación (art. 82.3 ET) y en ningún caso el empleador puede proceder a su modificación unilateral (como sí acontece en el caso de los convenios extraestatutarios que por definición suelen ser los de eficacia ordinaria y *carácter sindical en cuanto firmados por los sindicatos pactantes*). Ante el fracaso de todo acuerdo se prevé otra solución distinta (que no deja de ser problemática en sí misma), pero ya partiendo lógicamente de que no cabe el descuelgue unilateral del empleador respecto de las materias enunciadas en el art. 82.3 ET. En efecto, se establece que “Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, *cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos*. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” (art. 82.3 ET). Solución problemática porque se trata de un arbitraje obligatorio donde al menos una de las partes no ha prestado el consentimiento libre para proceder a esta vía

¹⁰⁴ El art. 41.4 ET ya contempla la posibilidad de un sometimiento libre a un procedimiento de mediación o arbitraje, pero admitiendo en caso de fracaso la decisión unilateral modificativa del empleador. En efecto, se establece que “el empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo”. El problema práctico que se plantea es que los convenios colectivos extraestatutarios o de eficacia limitada gozan de la garantía constitucional de su eficacia directa y su fuerza jurídica inderogable singularmente por parte de sus destinatarios. Admitir la modificación unilateral por parte del empleador desnaturaliza lo que forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex art. 53.1 CE (en relación con el bloque constitucional de apertura al sistema multinivel de garantía de los derechos fundamentales formado por los artículos 10.2, 28, 37.1, y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamentales), a cuyo tenor: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

de solución heterónoma del conflicto colectivo planteado, por un lado, y por otro, porque estamos hablando de un arbitraje dictado por organismos institucionales públicos en los que están presentes representaciones gubernamentales. Lo que podría entenderse como un supuesto de “laudo arbitral obligatorio”, respecto al que el Tribunal Constitucional en 1981 había declarado su inconstitucionalidad a propósito del llamado “procedimiento (administrativo) de solución de conflictos colectivos”. De este modo se pasaría de un aceptable descuelgue convencional a un descuelgue de sometimiento arbitral obligatorio. Este criterio de solución último escapa a los mecanismos propios de flexibilidad interna negociada, siendo más bien interna impuesta unilateralmente por una instancia arbitral de sometimiento no libre o voluntario para ambas partes afectadas por el conflicto colectivo. Y aunque estamos antes una lista cerrada de materias, prácticamente están todas las más importantes, incluyendo el “sistema de remuneración y cuantía salarial” (art. 82.3.d) ET).

f). Supresión de cualquier forma de arbitraje de sometimiento obligatorio para las partes afectadas por el conflicto en un proceso de negociación colectiva; sea por una instancia arbitral privada, o por un órgano administrativo (caso de la CCNCC u órgano equiparable de las comunidades autónomas). Es una materia cuya competencia le correspondería a los Acuerdos Interprofesionales.

La intervención de la legislación estatal en materia de negociación colectiva debe ser de carácter eminentemente promocional o de fomento, sin invadir los espacios vitales propios de autorregulación de la autonomía colectiva. Cabe decir que las reformas no negociadas con los interlocutores sociales (incluida también la materia de las reformas de las pensiones públicas) acabaron por establecer un *modelo de intervención dirigista* de orientación autoritaria del sistema de la negociación colectiva. Un “Sistema” que no le pertenece al intervencionismo estatal, que, sin embargo, si ha de garantizar ese derecho y sus productos jurídicos (art. 37 CE). Función promocional y garante; la cual impide que la negociación colectiva sea un instrumento de intervención al servicio de las políticas estatales o al servicio instrumental unilateral de las exigencias de funcionamiento de las empresas. La Constitución reconoce a la autonomía colectiva de las organizaciones profesionales en el mundo del trabajo como fuente originaria que encuentra su base propia y específica en el art. 37.1 CE, con todas sus consecuencias legítimas dentro de un modelo realmente democrático de relaciones laborales; y sin que ello tenga que suponer una suerte de *laissez faire* colectivo que en sí mismo sería incompatible –en el otro extremo de la balanza- con un Estado Social de Derecho, que ha de ser garante de la efectividad de la negociación colectiva y su coexistencia –dentro del sistema de límites constitucionales- con otros derechos constitucionales, sean o no de carácter estrictamente fundamental.