nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

# El sistema legal de negociación colectiva: el impacto de las recientes medidas de reforma legislativa en el Estatuto de los Trabajadores

# The legal system of collective bargaining: the impact of recent legislative reform measures on Workers' Statutes

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.*
*Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum*
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. «El sistema legal de negociación colectiva: el impacto de las recientes medidas de reforma legislativa en el estatuto de los trabajadores». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 209-329.

**Resumen**

La reforma laboral de 2021 no ha supuesto un cambio radical del Modelo Legal preexistente, sino, una "corrección" significativa de su carácter autoritario (y excesivamente heterónomo) y de su lógica de racionalización pro empresarial. 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 (por ejemplo, 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" y Acuerdos Colectivos de Empresa; reclamo sistemático de los arbitrajes obligatorios en última instancia; etcétera). La última reforma de 2021 -en aquellas materias de las que se ocupó- supone un giro encaminado a devolver a la autonomía colectiva las facultades de autogobierno colectivo

**Abstract**

The labor reform of 2021 has not entailed a radical change in the pre-existing Legal Model, but rather a significant "correction" of its authoritarian (and excessively heteronomous) character and its pro-business rationalization logic. The successive labor reforms prior to that of 2021 have been along the lines of a negative flexibilization of collective bargaining and "limitation" of the binding force of sectoral agreements (e.g., opt-outs through, certainly, the different types of company collective bargaining agreements; preferential non-applications by company agreements without the need to allege justifying causes; unilateral modification of "extra-statutory" collective bargaining agreements and company collective agreements; systematic call for mandatory arbitration in the last instance; and so on). The latest reform of 2021 -in those matters it dealt with- represents a shift towards returning to collective autonomy the powers of collective self-government.

**Palabras clave**

Modelos y Sistemas de negociación colectiva; convenios y acuerdos colectivos; reformas del derecho fundamental a la negociación colectiva; flexibilidad laboral; garantismo jurídico de los derechos; estructura de la negociación colectiva; descentralización de la negociación colectiva; cláusulas convencionales sobre jubilación

**Keywords**

Collective bargaining models and systems; collective bargaining agreements; reforms of the fundamental right to collective bargaining; labor flexibility; legal guarantees of rights; structure of collective bargaining; decentralization of collective bargaining; conventional clauses on retirement

## 1. RASGOS PRINCIPALES DEL MODELO "LEGAL" DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN DESARROLLO DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES

Atendiendo a la fórmula relativamente abierta a distintas opciones de política legislativa del art. 37.1 CE, el ET, ya desde su versión originaria de 1980, adoptó varias opciones de política del Derecho en el desarrollo de las previsiones constitucionales.

El derecho a la negociación colectiva se refiere a un proceso dinámico que no tiene que derivar necesariamente en el convenio colectivo, o cualquier otro pacto o acuerdo colectivo, aunque la finalidad principal de este proceso es alcanzar dicho acuerdo. Es decir, el derecho a la negociación colectiva abarca una actividad de negociación con una finalidad específica que consiste en convenir colectivamente pero no obliga a concluir un acuerdo colectivo; concurriendo un deber de negociar de buena fe pero no un deber de alcanzar acuerdos (paradigmática, véase la interrelación existente entre los artículos 89 y 82.1 ET.

Hay que tener en cuenta la diversidad de modelos como premisa o punto de partida[1]. Interesa observar que ni a nivel mundial ni europeo, en particular, existe un modelo unívoco de negociación colectiva, ni de convenio colectivo, más allá de la existencia de elementos comunes y diferencias específicas derivadas de la diversas tradiciones y culturas jurídicas vinculadas a la intrahistoria del sindicalismo y la respuesta del Estado y otros poderes públicos (nacionales e internacionales) al hecho sindical y a la realidad existencial de la autonomía colectiva como poder de autorregulación social entre los grupos y organizaciones existentes en el mundo del trabajo y su proyección en la esfera socio-económica y de política del Derecho. Los elementos comunes del derecho a la negociación colectiva y de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios colectivos están presentes tanto en las praxis del sindicalismo como, en su ordenación jurídica, en las normas internacionales (de Derecho Internacional General y Europeo) sobre libertad sindical y negociación colectiva. Y no es poco porque los Tratados, Convenios y Acuerdos supranacionales establecen un "contenido esencial" del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos que son su expresión jurídico formal (este sistema multinivel de garantía del derecho fundamental a la negociación colectiva se infiere nítidamente del bloque normativo constitucional formado por los artículos 10.2, 93 a 96 y 53.1, en relación con los artículos 7, 28, 37, 103, etcétera, de una Constitución).

Un análisis de conjunto de los países miembros de la Unión Europea comparables, permite indicar que la mayoría de los Estados apuestan por la fuerza jurídica normativa de los convenios colectivos formalizados (a excepción, por ejemplo, de Reino Unido; y aun así se continua distinguiendo entre el "convenio colectivo como contrato" y "el convenio colectivo como norma"[2]), lo que conlleva su aplicación imperativa y automática a los contratos individuales de trabajo en vigor y también a los que se formalicen durante la vigencia de aquéllos, salvo que el contrato individual contenga condiciones de trabajo más favorables que el convenio colectivo. Y vienen a mostrar que la fuerza jurídica normativa entraña la eficacia obligatoria directa e inmediata y la inderogabilidad "*in peius*" por parte de los sujetos destinatarios obligados. Escindir esa doble dimensión de la eficacia del

[1] Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", 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, págs. 45-75; Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de ne*gociación *colectiva en una perspectiva comparada*, Granada, Comares, 2011. En la doctrina clásica, Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

[2] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

convenio de su fuerza normativa no resiste demasiado la realidad de la normatividad de los convenios colectivos que aquélla expresa jurídicamente y que no es la propia, desde luego, de del derecho de obligaciones contractuales.

En este sentido, la mayoría de los modelos de negociación colectiva de los Estados miembros son respetuosos con lo establecido en la doctrina de la OIT y concretamente en su Recomendación núm. 91 (de 29 de junio de 1951), sobre los convenios colectivos (parte II, relativa a los "Efectos de los convenios colectivos"). No obstante, se detectan diferencias en las vías por las que se reconoce tal naturaleza jurídica normativa a los convenios colectivos (su fuerza normativa), ya que en algunos casos es la propia Constitución la que así lo establece, como en España, y en otras ocasiones este reconocimiento se encuentra en la Ley, lo que sucede por ejemplo en Francia (en el caso del modelo legal de negociación colectiva francés puede discutirse que se reconozca una eficacia normativa plena o absoluta del convenio ya que algunos sectores doctrinales defienden la prevalencia de un carácter mixto. En este sentido, se indica expresamente que "los tribunales han reconocido el carácter doble del convenio colectivo; concebido como un contrato, tiene el efecto de una reglamentación, así como algunos efectos de los contratos. Su carácter mixto se deriva del hecho de que es un contrato entre órganos colectivos, por lo que tiene efectos de los que carecen los contratos ordinarios", y alude posteriormente a que los convenios colectivos no sustituyen automáticamente a las cláusulas del contrato individual de trabajo en el caso de que éste último contemple condiciones laborales menos beneficiosas)[3]. Asimismo, también se detectan varios ordenamientos jurídicos en los que la confirmación de la eficacia normativa proviene de la jurisprudencia al amparo de la normativa, como sería el caso de Alemania donde los convenios colectivos son expresión de la libertad contractual colectiva, pero que atendiendo a lo ordenado por el párrafo 4.1 de la Ley de Convenios Colectivos (*Tarifvertragsgesetz*, TVG) de 9 de abril de 1949 (redacción de 25 de agosto de 1969), los convenios tienen fuerza de ley en su campo de aplicación y gozan de efecto normativo, habiendo jugado de forma decisiva la jurisprudencia en tal sentido. En el Derecho comparado predomina a distancia la fuerza normativa de los convenios colectivos, especialmente los de fuerza normativa y eficacia limitada, con la posibilidad, a través de distintos instrumentos, de alcanzar una fuerza normativa y eficacia general extraordinaria[4]. Pero ya se indicó que la OIT, siempre pragmática y poco dada a los

[3] Monereo Pérez, J.L., y Tomás Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", 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), Ed. Thompson-Aranzadi, 2013, págs. 45 y sigs.; Borrajo Dacruz, E.: "Modelos normativos de negociación colectiva en Europa: cuadro general", *Actualidad Laboral*, núm. 43, 1991, p. 553; Sala Franco, T. (Dir.): *El sistema de negociación colectiva en la Europa Comunitaria,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. VV. AA.: *La negociación colectiva en Europa*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004; Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada,* Congreso Internacional Hispano-Latinoamericano, Granada, Ed. Comares, 2011. Sciarra, S.: "La evolución de la negociación colectiva. Apuntes para un estudio comparado en los países de la Unión Europea", en *Revista de Derecho Social*, núm. 38, 2007, págs. 191-213.
En la perspectiva histórica, es destacable el estudio que realizara en su obra clásica Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2000, págs. XI-CLXIII. Y para los orígenes más remotos, Renard, G.: *Sindicatos, trade-unions y corporaciones,* traducción aumentada con un Prólogo, un Apéndice y un índice bibliográfico sobre "El movimiento obrero español" por Manuel Nuñez de Arenas, revisión, edición y estudio preliminar, "El sindicalismo y el orden democrático" (pp. VII-CVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2014. Y en un enfoque más general los ensayos de Jacobs, A.: "La autonomía colectiva" y Ramm, TH.: "Participación de los trabajadores. Representación de los trabajadores y tribunales especiales de trabajo", en Hepple, B. (Comp.): *La formación del Derecho del Trabajo. Análisis comparado de la evolución de nueva países hasta el año 1945* (1986), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, págs. 239 y sigs., y 297 y sigs., respectivamente.

[4] Véase, este sentido, el por otra parte excelente libro de Martínez Girón, J. y Arufe Valrela, A.: *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Ed. Atelier, 3ª ed., 2023, Tema 18, págs. 223-234.

dogmatismos jurídicos, no duda en reafirmar continuamente la fuerza normativa del convenio en sí y su carácter definidor en su estructura jurídica interna de "*normas sociales colectivas de tra*bajo".

Los modelos normativos de negociación colectica se pueden estudiar desde distintas perspectivas. Una de las más significativas -que subrayara Otto Kahn-Freund[5]- es la distinción entre modelos estáticos y modelos dinámicos. Teniendo en cuenta que existen diversas culturas jurídico-sindicales que determinan la aparición de singularidades en los sistemas nacionales de negociación colectiva, y siguiendo los planteamientos de los clásicos iuslaboralistas, Kahn-Freund o Sinzheimer, es conveniente referirse a la existencia de dos grandes modelos analíticos de negociación colectiva atendiendo principalmente a la mayor o menor estabilidad temporal de la norma convencional: el modelo estático y el modelo dinámico. Observar cuáles son las materias en las que se centra cada modelo de negociación colectiva, las "obiecta materiae"[6], sirve para determinar si con carácter general se trata de un modelo estático, o de un modelo dinámico o contractual de negociación colectiva. Los modelos estáticos de negociación colectiva destacan por preocuparse de las cuestiones referidas a la naturaleza del convenio, la eficacia jurídica y personal del mismo o las normas sobre concurrencia, entre otras. Tratan de dotar de estabilidad a la norma jurídica convencional, es decir, de que esté vigente durante un período de tiempo determinado para reforzar la seguridad jurídica y la paz social, configurando al acuerdo colectivo como un instrumento de regulación cerrado salvo algunas excepciones. En contraposición, en los modelos dinámicos o contractuales, se comprueba que predominan aspectos como el lugar de los procesos de negociación, las organizaciones de trabajadores y empresarios que participan en los mismos y que gestionan sus resultados, o las reglas que ordenan los tratos negociales dirigidos a alcanzar acuerdos que regulen las relaciones laborales. En este sentido, se permite que la comisión negociadora continúe constituida y renegocie diversos aspectos del convenio colectivo mientras que esté vigente para adecuarlo a emergentes necesidades, o incluso que se renegocie uno nuevo antes de finalizado el período de vigencia inicialmente previsto del anterior. En un modelo dinámico se realza el proceso y los procedimientos de negociación permanente, que cristaliza en convenios o acuerdos sucesivos y en su modificación en atención a la variación de las circunstancias y de la preferencia de las partes negociadoras, predominando la concepción del convenio como un instrumento jurídico abierto en el que existe una continuidad en el proceso negociador que no se interrumpe una vez alcanzado el acuerdo.

En nuestro país *se ha venido produciendo una tendencia evolutiva, lenta por cierto, en la dirección de transitar desde un predominante modelo estático hacia un modelo prevalentemente dinámico* de negociación colectiva. Se trata de un desarrollo cualitativo. Esto es fruto tanto de las prácticas de los operadores de la negociación colectiva, como de algunas reformas legislativas llevadas a cabo en nuestro País desde la década los noventa hasta la fecha (el ciclo diacrónico de reformas de 1994, 1997, 2010, 2011, 2012 y la más reciente de 2021, todas ellas con desarrollos posteriores y cambios). Pero también se debe, en un grado significativo, a la intensa labor jurisprudencial de interpretación del marco de la normativa legal y de la normativa convencional, con mayor o menor nivel de "creatividad" en el proceso de interpretación. Sea como fuere, es lo cierto que se tiende a una negociación colectiva de carácter más continuado que incide en la gestión del convenio, en su proceso de interpretación y en la dinámica más flexible de revisión y renegociación del convenio colectivo como norma paccionada, realzando este carácter "pactado" en el proceso de regulación normativa.

[5] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

[6] Valdés Dal-Ré, F.: *La negociación colectiva, entre tradición y renovación,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

-La Constitución ex art. 37.1, garantiza lo que por la fuerza de los hechos era un derecho de libertad colectiva que se venía ejerciendo en condiciones de falta de libertades democráticas y que tenía una larga tradición en nuestra cultura jurídica antes y durante la IIª República Española. Sería absurdo pensar que no existiera antes de la Constitución la autonomía colectiva (y más ampliamente, antes de cualquier legislación estatal), pues ha sido una "hecho social", un fenómeno sindical preexistente al propio ordenamiento jurídico. La Constitución la reconoce como derecho de libertad colectiva/sindical con poder de autorregulación encontrando, así, una garantía constitucional de su contenido esencial (artículos 53.1, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental). Y llama al legislador para que la promueva y encauce en el ordenamiento jurídico general. Por tanto, es obvio que la ley (en nuestro caso la Ley reguladora del Estatuto de los Trabajadores) no ha creado la autonomía colectiva como tampoco ha creado la figura del convenio colectivo que es la expresión jurídica típica de ese poder de autorregulación social. El cometido de la Ley es el que expresa el propio art. 37.1 ET: garantizar ese derecho de libertad y autonomía social y la eficacia jurídica vinculante del convenio colectivo, desde una perspectiva promocional, sin pretender absorberla en el ordenamiento estatal publificándola, entre otras cosas porque de ser así ello supondría su propia negación como autonomía colectiva privada dotada de capacidad para crear derecho objetivo y establecer obligaciones entre las parte sociales involucradas en el proceso negociador.

-La regulación originaria del ET fue el reflejo meditado de una opción de política del Derecho que lastró en parte no sólo su devenir como instrumento jurídico, porque regular la negociación colectiva, la representación de los trabajadores en la empresa y el contrato de trabajo, sin promulgar leyes orgánicas tan importantes como la Ley reguladora de la libertad sindical (sólo hasta 1985), o la Ley Orgánica de Huelga (sin el lastre que supuso la discutible -en cierto sentido sorprendentes en términos jurídicos- declaración de constitucionalidad del RD-ley de 4 de marzo de 1977, a pesar de que ello supondría una deliberada actividad creativa permanente del Tribunal Constitucional, que incluye "sentencias normativas", "sentencias anulatorias", "sentencias interpretativas" contra el tenor literal, etcétera). Se optó por hacer una regulación incompleta en el desarrollo del art. 35.2 CE. Todo ello planteó desajustes y aporías importantes, porque transversalmente todo ET de los trabajadores está tomando en consideración el fenómeno sindical y en el ámbito de la representación y la negociación colectiva el hecho sindical es constitutivo (la misma figura de la mayor representatividad sindical está presente en todo el Título III del ET, desde su primera versión). Estos problemas condicionaron el desarrollo posterior y supusieron una inevitable judicialización vinculadas a las numerosas lagunas que se plantearon en no disponer de una regulación completa del derecho colectivo/sindical y de sus instrumentos de acción colectiva. Ni siquiera hubo un título IV del ET sobre los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, entre otras cosas por la dificultad de tratar esta problemática sin una previa promulgación de las Leyes Orgánicas de Libertad Sindical y de Huelga en el sentido del art. 28, apartados 1 y 2, de nuestra Norma Fundamental.

Pese a todo el sistema normativo y la propia dinámica de las relaciones laborales fue incorporando lentamente medidas de modernización, en sucesivas reformas y a través de la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Todo ello vendría acompañado por la promulgación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985) y por los Acuerdos Marco Interconfederales (señaladamente, la triada de Acuerdos Interconfederales de 1997), que trataron de construir una "sistema" de negociación colectiva con bases más firmes y más y mejor organizado: una apuesta por una negociación colectiva articulada por cauces autónomos. Mientras tanto se tardó mucho en depurar y sustituir los residuos del intervencionismo autoritario de franquismo (señaladamente, las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo)[7].

[7] Puede consultarse, García Murcia, J.: *La reglamentación sectorial del trabajo,* Madrid, Ed. Civitas, 2001.

El proceso de desarrollo en el tratamiento de la negociación colectiva se ha producido entre grandes tensiones entre autonomía y heteronomía estatal. Resulta harto significativo de las reformas relevantes sólo nos entramos con algunas reformas verdaderamente "consensuadas" (a través de la técnica sustancialmente política de la legislación negociada). Tal es el caso de las reforma laborales de 1997, que fueron acompañadas de los tres grandes Acuerdos Marco, y la reforma de 2021, que sólo ha podido decidir por consenso sobre aspectos importantes que se sitúan en el plano de la política del Derecho como una contrarreforma en relación a la impuesta legalmente a los propios interlocutores sociales en 2012 (o antes en 1994), por citar las dos más importantes. En esta tensión ha tenido una singular presencia la orientación flexibilizadora no siempre acompañadas de garantías sociales equilibradas y compensadoras. Y dicho en otras palabras: reformas como las de 1994 y las de 2012 (pero también las de 2010 y 2011) incidieron en las relaciones y el sistema de equilibrios de poderes entre las organizaciones profesionales con un incremento general de los poderes empresariales.

Las reformas de la década de los noventa (señaladamente, se insiste, las de Ley 11/1994 y Ley 3/2012[8]) tuvieron un criterio flexibilizador laboral marcado por un objetivo declarado como era el fomento de la competitividad empresas y su capacidad de adaptación a los cambios en curso en los espacios de mercado. Más que una desregulación se opta por una nueva regulación ("re-regulación") en un sentido más liberalizador. Estas reformas de la década de los noventa hasta la reforma laboral de 2021 (una reforma, ésta, más parcial y selectiva, aunque interesa subrayar que consensuada con los interlocutores sociales más representativos) supusieron una transformación significativa en el equilibrio entre las fuentes estatales y las fuentes colectivas, por un lado, y por otro, una mutación de los equilibrios de poder entre los sujetos protagonistas del sistema de relaciones laborales, en una dirección que incrementó los poderes del empleador sobre los poderes de los trabajadores, y, en consecuencia, la asimetría de poderes en el sistema de relaciones laborales. Es manifiesto también que las reformas laborales han potenciado la negociación colectiva y el retroceso de la Ley en numerosas materias, potenciando un modelo de negociación colectiva más flexible.

También estas reformas legislativas de década de los noventa redimensionaron las funciones tradicionales de la negociación colectiva, no sólo incrementando su papel regulativo, sino también en el sentido de favorecer una negociación colectiva de gestión (negociación colectiva gestional), es decir, el objetivo de la negociación colectiva tiende a sobrepasar su objetivo principal de regulación colectiva de las relaciones laborales individuales de trabajo (el ámbito propio de los derechos sociales de desmercantilización y los derechos genéricos o inespecíficos que ostenta como persona), para entrar también en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto: desde la organización del trabajo hasta la ordenación del proceso decisional en la empresa; una negociación colectiva de gestión que no debe confundirse (ni conllevar o abocar necesariamente a ello) con una negociación concesiva[9].

Las distintas reformas legislativas sobre el modelo normativo del Título III del ET han afectado de manera harto significativa a su configuración y diseño originario. Hasta el punto de que se puede hablar de una reconfiguración o remodelación del modelo, aunque no de un cambio radical de modelo normativo respecto al originariamente establecido en el ET, en la primera versión de 1980. Sin embargo, pese a las numerosas reformas (incluidas las más determinantes de 1994 y 2012) no hicieron desaparecer muchos rasgos identificadores del modelo normativo de negociación colectiva

[8] Cuyos respectivos Preámbulos resulta particularmente de las orientaciones de política del Derecho que presiden el proceso de reforma legislativa (estatal) de sistema de negociación colectiva: flexibilización, descentralización, inaplicación, potenciación de la empresarización (convenios colectivos y acuerdos de empresa), disponibilidad unilateral de los convenios colectivos extraestatutarios por el empleador por la vía explícita del art. 41 ET; reforzamiento en términos de conjuntos de los poderes empresariales.

[9] Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 272.

estatutaria (Título III del ET): pervive la más determinantes apuesta por la negociación colectiva -eso sí más dinámica- orientada a la procedimentalización del conflictos y sus institucionalización jurídica y cristalizada en el eje del convenio colectivo de fuerza normativa y eficacia jurídica "erga omnes", por más que se haya establecido múltiples cauces de potenciación de la disponibilidad colectiva en la dirección descentralizadora hacía la empresa (negociación colectiva de expresa materializada en convenios y acuerdos colectivos de empresa). Por lo demás, los modelos reales de negociación se resisten a desaparecer (y no se olviden que algunas reformas impuestas a los interlocutores sociales fueran en gran medida neutralizadas o bloqueadas en su efectividad a través de negociaciones concesivas entre los agentes sociales. El caso más evidente fue el de la inefectividad jurídico-práctica de algunas medidas establecidas por el RD-ley 2/2012/Ley 3/2012, por ejemplo, la autorregulación de las consecuencias del "término legal" de la ultraactividad, no fueron pocos los convenios colectivos se blindaron y pactaron la continuidad de los convenios en ultraactividad para evitar vacíos de regulación y la conflictividad que ello podría generar). Ello pone de manifiesto los límites de efectividad en la praxis de una legislación sobre negociación colectiva que se imponga a los propios protagonistas titulares de este derecho colectivo/sindical, porque asumen el riesgo de que esas reformas no sean asimiladas o incorporadas en los diversos niveles del sistema de negociación colectiva. Es verdad que a veces no fue por el reclamo de una cierta "resistencia", sino por determinadas inercias y petrificaciones de sus formas estructurales de articulación y la persistencia de sus contenidos elusivos al enriquecimiento de nuevas materias objeto de regulación. Y todo ello atendiendo al cambiante entramado jurídico e institucional que gobierna las reglas de juego -que distribuyen competencias entre los distintos niveles de negociación y pueden tener más o menos remisiones a la negociación colectiva- y las propias lógicas de acción colectiva mediatizadas por ese entramado y la pluralidad de intereses que presiden el modelo de negociación colectiva como parte integrante del sistema global de relaciones laborales. La acción colectiva de los protagonistas de la negociación colectiva se mueve en ese marco jurídico e institucional, pero lo hace desde su propia lógica interna, aunque, de ordinario, dentro de los márgenes establecidos por la legislación pública. De manera que el marco condiciona la acción pero no determina irresistiblemente la configuración del modelo *real* de negociación colectiva que acaba imperando en cada momento. Si la intervención heterónoma pública es dirigista o de orientación autoritaria, el rechazo tendrá un impacto de reubicación de rechazo de los protagonistas hacia los márgenes tratando de eludir las reglas de orden público consideradas como una intromisión ilegítima en su espacio vital. Esta ha sido, en gran medida, el caso de algunas de las medidas lesivas impuestas por normas de orden público laboral estricto (normas de derecho necesario absoluto) en virtud de la reforma laboral de 2012, cuya orientación explícita era, entre otras cuestiones subyacentes, la de fomentar que la negociación colectiva "sea un instrumento, y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa", la potenciación de los poderes unilaterales del empleador, la devaluación salarial (y en general la reducción de costes directos e indirectos del factor trabajo), más allá de los objetivos más declarados de fortalecimiento de los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas de las empresas y del criterio de favor hacia la preferencia de la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012). La generación del consentimiento ha mostrado ser una buena política promocional que permite introducir un criterio de racionalidad en las normas legales capaz de facilitar su cumplimiento gracias el principio de legitimidad que con ello obtiene[10].

[10] Puede consultarse, Burawoy, M.: *El consentimiento en la producción. Los cambios del proceso productivo en el capitalismo monopolista,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, espec., págs. 103 y sigs.; Rivero Lamas, J.: *La democracia en la empresa,* edición y estudio preliminar "Juan Rivero Lamas. Semblanza Intelectual", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2010.

El modelo *legal* español presenta algunos rasgos singulares, a partir del diseño del "contenido esencial" del derecho que es compartido, como núcleo duro, con los genéricos instrumentos de garantía internacional del derecho a la negociación colectiva:

1º. La necesaria intervención del legislador como garante del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Y es necesaria porque lo impone directamente el art. 37.1 CE. Eso sí sin prefigurar un modelo legal cerrado y completamente definido por el legislador. Y esto no es baladí porque supone la aplicación de los principios del garantismo constitucional y la exigencia de una intervención de cobertura, fomento y ayuda del legislador respecto de los procesos de autorregulación a autonormación social. Y en esto ya hay un condicionante del modelo legal, que ha de ser garantista y de fomento de tales procesos sociales de autorregulación social. Su función es, pues, garantista (ordenación racionalizadora, garantista y de fomento), pero también de fomento legal, sin que -a diferencia de los sistemas autoritarios- la autonomía colectiva se vea privada de verdadera autonomía a la hora de decidir sobre aspectos clave del modelo como son la delimitación del contenidos en los que cristalizan las funciones. Esta intervención legislativa es tanto más acusada por el hecho de que la eficacia general o *erga omnes* de los convenios no constituye una rasgo consustancial que sea en sí misma inherente a la institución jurídica del convenio colectivo (más bien puede considerarse como expresión extraordinaria del derecho fundamental a la negociación colectiva. De ahí la densa regulación contenido en el Título III del ET, artículos 82 a 92). Por ello viene exigida una regulación legislativa en la ordenación de la actividad negociadora y en la dinámica del proceso de negociación.

2º. Naturaleza normativa, inequívoca, del convenio colectivo estatutario. El tipo legal de convenio colectivo regulado en el Título III del ET se somete a una intensa ordenación legislativa, que puede considerarse como excesiva estatalización del convenio colectivo[11]. El modelo legal de negociación colectiva se construye sobre el soporte del marco constitucional, las opciones de política del Derecho estatal en el desarrollo de las previsiones constitucionales (que, siendo una legislación negociada con los interlocutores sociales, determina las bases nucleares del modelo normativo) y la autorregulación y praxis de la negociación colectiva como proceso que involucra a los interlocutores sociales, entre sí y con los poderes públicos (esto último dentro de la concertación social como proceso sustancialmente político, intercambio comunicativo y prefiguración de decisiones políticas en la lógica global constructiva del Sistema de relaciones laboral o sistema de relaciones industriales, en la habitual denominación anglosajona), que no hace sino reflejar la interacción entre el sistema de relaciones colectivas/sindicales (autonomía colectiva) y el sistema de intervención estatal (heteronomía publica). Esta relaciones entre autonomía colectiva y heteronomía pública en la ordenación de la negociación colectiva (como sucede en también en otras esferas del derecho colectivo/sindical como la libertad sindical y el derecho de huelga) no sólo mantienen relaciones de complementariedad funcional y de colaboración internormativa (como fuentes reguladoras), sino que también existe una permanente tensión entre los *espacios vitales* de actuación entre ambas instancias de acción y regulación, es decir, el espacio de autonomía conduce a un ordenamiento colectivo propio de gobierno y reglas y la heteronomía pública tiende a realizar sus propios fines de gobernabilidad (no necesariamente preordenadas al servicios del interés público o bajo la fórmula del "bien común", sino, de ordinario, sirviendo a opciones político-ideológicas bien definidas) que se traduce en acciones y normas que se impone fuerza jurídica de distinta intensidad, pues depende de la opción por instrumentos de "derecho fuerte" o de "derecho débil". Todo ello dentro de enfoque pluralista -y no monista o unitario, lo que supondría que las organizaciones de trabajo son estructuras unificadas en las que todos comparten los mismos intereses y objetivos- de conformación del sistema de relaciones laborales (que está ya prefigurado en la Constitución al partir del conflicto como elemento consustancial a las sociedades de capitalismo avanzado y del pluralismo social, político y jurídico). De este modo en la concepción del pluralismo democrático social se parte del hecho de que el conflicto es inevitable y connatural, y

[11] Piñero, Bomarzo, 113, hace referencia al valor "cuasi-legal" del convenio colectivo; dígase.

lo que se predispone es de un conjunto de reglas y medios en virtud de los cuales de institucionaliza el conflicto de trabajo, esto es, cómo se organiza y encauce éste. Pero precisamente por ello esta concepción no reduce la relevancia de la cooperación y del consenso en la dinámica de las relaciones laborales. Tampoco excluye que existan ámbitos de intereses compartidos, en los que el choque de intereses entro los grupos organizados pase a un segundo plano.

Por lo demás, no sólo se consagra el carácter normativo del convenio, con los atributos propios de la eficacia jurídica directa y la inderogabilidad "in peius" por parte de los sujetos destinatarios, sino que se da también un paso más (adicional, sin duda, al contenido esencial necesario) en el diseño del contenido posible legal, al configurar al convenio estatutario como una norma jurídica de eficacia personal generalizada en todo su ámbito de aplicación, al menos como regla general con las crecientes excepciones (a la disponibilidad de la eficacia) fijadas por la propia ley estatal (artículos 82.3, 84.2, etcétera, del ET). Pero dejando sentado de que este modelo de eficacia extraordinaria no es el único modelo admisible desde el punto de vista constitucional (tempranamente, STC 73/1984). Por tanto, tenemos una nítida opción de política del Derecho consistente en garantizar el carácter normativo (que comprende la eficacia jurídica directa y la indisponibilidad "in peius" como regla general) y adicionalmente la eficacia personal general del convenio colectivo estatutario.

El convenio colectivo tiene todos los elementos de la normatividad: aplicación directa e inmediata, indisponibilidad "in peius", coactividad específica y justiciabilidad y exigencia de publicidad (desde el punto de vista estructural ex art. 9.3 CE y desde el punto de vista funcional: típicamente pretende disciplinar los contratos de trabajo) con independencia de la voluntad de los sujetos obligados jurídicamente (destinatarios), las relaciones colectivas/sindicales e incidir en el gobierno concertado de la organización productiva. Expresa jurídicamente una función jurídica que va más allá de cualquier tipo contractual (lo más próximo -y de lejos- sería la figura de los llamados "contratos normativos" y estos asumen más una función jurídica de normatividad que una función jurídica de tipo contractual en ius strictum). A esa fuerza normativa no obsta que se reconozcan vías legales de disponibilidad colectiva negocial de parte de sus contenidos reguladores. Esos cauces de disponibilidad no convierte a los convenios colectivos en contratos, en la medida en que, como es sabido, existen normas legales que tienen carácter dispositivo para la autonomía colectiva y no por ello no suponen un cuestionamiento de su carácter estrictamente normativo desde el punto de vista técnico jurídico. Frente al convenio colectivo estatutario, al convenio colectivo extraestatutario de eficacia personal limitada, se le niega la normatividad y se le atribuye por la jurisprudencia una eficacia jurídica "contractual". Y ello a pesar de que encuentra una directa acogida en la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, rigiéndose -se afirma reiteradamente- por las normas generales de la contratación contenidas en el Código Civil, con la ponderación de los principios que son propios del ordenamiento jurídico-laboral. En nuestro sistema vigente de negociación colectiva integral el convenio extraestatutario tiene, en gran medida, una función residual, como vía para la negociación de organizaciones profesionales minoritarias o en sectores o empresas donde no se alcanza o no se operativa la negociación estatutaria; ante la inexistencia o el fracaso de la negociación colectiva estatutaria, dado el dato normativo de que los requisitos para la negociación colectiva estatutaria son singularmente rigurosos. Y es lógico, desde el punto de vista técnico-jurídico, que lo sean porque están llamado a ejercer su fuerza normativa y eficacia jurídica, personal y material, en principio y como regla general tipológica, en todo su ámbito de aplicación ex art. 82.3 ET, el cual establece la regla tipológica en su apartado 1º ("Los convenios colectivos regulados por esta Ley[12] obligan a todos

[12] A sensu contrario, los no regulados por el ET son los convenios colectivos de eficacia limitad u ordinarios. Véase, asimismo, el art. 153.1 LRJS, a cuyo tenor: Se tramitará a través de la modalidad procesal de conflicto colectivo "las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, *convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia*, pactos o acuerdos colectivos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo […]".

los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia", y la importante excepción a la misma en los apartados 2º y siguientes: "Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a *inaplicar en la empresa* las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecte a las siguientes materias…". Llegado el caso puede someterse a un procedimiento arbitral (art. 82.3 ET. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y o, en su caso, los órganos correspondientes de las comunidades autónomas[13]). A ello hay que añadir la previsión ex art. 84.2 ET, que consagra el principio legal de prioridad aplicativa -sin la condición de alegación de justificado motivo- del convenio de empresa respecto de los convenios de ámbito superior)[14].

El convenio colectivo en su desarrollo desde la primera versión del Título III del ET[15] ha ido evolucionando -tanto en la praxis como en la ordenación normativa- en el sentido de la metáfora de Carnelutti (híbrido jurídico e institucional que tiene "cuerpo de contrato y alma de ley"), que ejerció una influencia en toda la doctrina de referencia -de antes y de hoy-. Y ello en el sentido de que ha sido una fuente autónoma de creación de normas y de creación de obligaciones (obligaciones que recaen para las partes negociadoras como deberes de paz, de influencia, impulso o abstención de ciertas acciones, procedimentalización de procesos de toma de decisiones sobre las relaciones laborales y diversos ámbitos de la organización empresarial) entre los sujeto contratantes. El convenio estatutario del Título III del ET presenta una doble dimensión normativa y obligacional que se expresa en artículos como el art. 82.2, 85, 86.3, etcétera). A tiempo es una *norma paccionada* que crea preceptos para los sujetos obligados y establece obligaciones para las partes negociadoras, que como ha señalado el Tribunal Constitucional se integran en el sistema formal de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico general y dándoles el tratamiento jurídico de normas paccionadas, que deben ser publicadas garantizando su conocimiento público y el principio de seguridad jurídica (STC 151/1994).

3º. Se ha pasado progresivamente de un modelo (originariamente) estático a un modelo existencialmente dinámico tras los procesos de reformas legislativas sucesivas del marco de ordenación de la negociación colectiva. Se establece, paradigmáticamente, que "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", sin necesidad de acreditar un motivo justificado para ello (art. 86.1, párrafo 2º del ET); "cuando concurran causas económica, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del art. 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicables, sea de sector o de empresa…" (art. 82.3 ET)[16]; "la regulación de las condiciones establecidas por un convenio de empresa, que

[13] La decisión arbitral "tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET. Las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, declararon la constitucionalidad de este procedimiento arbitral."

[14] Reténgase que conforma art. 89.1 ET, "La parte receptora de la comunicación solo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente".

[15] El contenido del Título III del ET estaba prefigurado, en gran medida, por lo pactado en el Acuerdo Básico entre CEOE y UGT.

[16] Por cierto el V AENC establece dentro de los mecanismos de flexibilidad interna la Inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los convenios, estableciendo, entre un *sistema de control.* Se indica, en efecto, que para el supuesto de inaplicación se procederá conforme al art. 82.3 del ET. Cuando los convenios colectivos recojan cláusulas de inaplicación de las condiciones laborales fijadas en convenio, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del

podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior…" (art. 84.2 ET, sin alegación de causa justificante); o para los convenios extraestatutarios de eficacia limitada la operatividad del régimen de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ex art. 41.4 ET). Y ese papel dinámico se verifica no solo en la regulación estatal, sino también la praxis de la negociación colectiva, donde predomina una cultura dinámica que encuentra su reflejo en los Acuerdos Marcos de las últimas décadas; coincidiendo con la era de la era de la flexibilidad, la sociedad del riesgo y de la incertidumbre.

Pero es un modelo dinámico y flexible ya instaurado, en gran medida, que exigiría un replanteamiento severo de la prohibición de las huelgas novatorias (art. 11.c) del Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977, de Relaciones de trabajo), más allá de la ampliación de supuestos de huelgas legítimas durante la vigencia de un convenio que había llevado a cabo el mismo Tribunal Constitucional, ya desde la STC 11/1981 (FJ. 14), puesto que si el convenio puede ser revisado en cualquier momento de su vigencia, y ser objeto de descuelgue o inaplicación, carece de sentido que el arma más poderosa que tienen los trabajadores y sus organizaciones representativas no pueda ser utilizada, en principio, en tales supuestos de revisión o inaplicación, pues aparte del contrasentido que ello supondría, se produciría una desequilibrio entre partes de fuerzas social y económicamente desiguales, es decir, se produciría una ruptura de los contrapesos de poder colectiva (y la idea fuerza finalista de contraposición había sido subrayada por la misma STC 11/1981, FJ. 22). Además, hay que tener en cuenta que el derecho fundamental de huelga está dotado un garantismo más reforzado -dada su ubicación en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución- que el derecho fundamental de negociación colectiva (ubicado sistemáticamente en la sección segunda del capítulo segundo del Título II de nuestra Norma Fundamental). Lo que contribuye a que existe un principio de correspondencia entre una negociación colectiva dinámica y flexible y el ejercicio del derecho fundamental de huelga en los procesos donde se persiga a la inaplicación, descuelgue o revisión de los convenios colectivos: sencillamente porque se abre el conflicto colectivo declarado que es el presupuesto fáctico y jurídico de la huelga como instrumento de presión colectiva a través de la forma de acción directa que le caracteriza. Por lo demás, el modelo normativo de huelga que se diseña en el Texto Constitucional no es el "modelo contractual" o privatista, sino el "modelo sociopolítico" (el art. 28.2 CE, determina los fines de la huelga indicando que es un derecho de los trabajadores (al servicio de) "para la defensa de sus intereses"; y poniéndolo en contacto con la libertad sindical, al forma parte de su contenido esencial, como también forma parte el derecho a la negociación colectiva, el art. 7 CE, clarificado aún más nítidamente los intereses perseguibles a través de la huelga al establecer que los sindicatos de trabajadores "contribuyen a la defensa y promoción de los intereses que le son propios"[17]. Aunque funcionalmente negociación colectiva y huelga son dos derechos fundamentales

empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación empleo tanto temporales como extintivos, deberán tener presente, además de la necesidad de que el acuerdo de inaplicación ha de ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo, los siguientes aspectos: Documentación: La documentación a entregar por la empresa será la necesaria para que la representación de las personas trabajadoras pueda tener un conocimiento fidedigno de las causas alegadas para la inaplicación. Duración temporal de la inaplicación: Dado el carácter excepcional de esta medida, la duración podría modularse atendiendo a las circunstancias que motivan la inaplicación, sin que pueda ser superior al período de vigencia del convenio aplicado y en ningún caso podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. Contenido del acuerdo de inaplicación: La inaplicación del convenio colectivo en modo alguno debe producir un vacío de regulación respecto a las condiciones laborales cuya inaplicación se acuerde, por lo que el acuerdo de inaplicación deberá determinar la regulación sustitutoria de la contenida en el convenio colectivo inaplicado. El acuerdo de inaplicación no podrá suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. 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.

[17] Puede consultarse Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I y II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y*

de libertad encadenados, la huelga no se agota en el derecho a la negociación colectiva. No se olvide que son derechos diferentes con sus respectivos contenidos esenciales específicos (art. 53.1 CE; art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[18]; y art. 6 de la Carta Social Europea revisada[19]; ambas Cartas de Derechos tienen el rango de Tratados europeos, en el marco del Consejo de Europea y en el marco de la Unión Europea, respectivamente. Lo mismo cabe decir, de su reconocimiento en el art. 8.d PIDESC, con rango de Tratado en el marco de ONU)[20].

4º. La garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. La apuesta -como opción de política del derecho- por un modelo tipo de convenio colectivo de carácter normativo y de eficacia jurídica "erga omnes" (fuerza "erga omnes" cada vez más debilitada ante la multiplicidad de cauces legales que permiten su descuelgue causal o su inaplicación sin motivo justificado). Su función político-jurídica explicitada por el legislador y por el propio Tribunal Constitucional es buscar una cierta homogeneidad colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo en la organización productiva o en el sector. Dejando a salvo la posibilidad de que puedan pactarse convenios colectivos extraestatutarios que no sean "*in peius*" respecto a las condiciones establecidas en los convenios estatutarios.

5º. Ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva. Titularidad y sujetos titulares. Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho, señalar, en primer lugar, el derecho reconocido en el art. 37.1 CE es un derecho de titularidad eminentemente colectiva, reconocido a instancias o estructuras típicamente organizativas, más o menos institucionalizadas. No se trata de un derecho de pertenencia individual. Este derecho refiere a los grupos y sus representaciones colectivas o sindicales; no se acierta a verificar cuál sería el reconocimiento de posiciones individuales en este derecho colectivo. Realzar, en todo caso, que se debería evitar una transposición mecánica de la en sí ya problemática teoría de la doble titularidad de la libertad sindical ex art.28.1 CE. El contenido individual si se aprecia en la titularidad sindical (art.28.1 CE) y también la titularidad individual en el derecho de huelga, pero no se alcanza a ver en la configuración constitucional de la negociación colectiva. En efecto, el art.37.1 CE confiere expresamente la titularidad del derecho a la negociación colectiva a "los representantes de los trabajadores y empresarios", es atribuido a instancias colectivas (estructuras organizativas, estables o espontáneas, sindicales y no sindicales) para la defensa de intereses colectivos o generales de los grupos sociales. Estas instancias colectivas tienen atribuidas ellas mismas esferas de libertad negocial, que para nada ostentan los sujetos individuales representados colectivamente y destinatarios de los convenios o acuerdos colectivos resultantes del

*bienestar social*, núm. 27 y 28, 1993; Monereo Pérez, J. L.: "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (a propósito de la STC 36/1993, de 8 de febrero)", en VV.AA.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994; Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2002; Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2019.

[18] Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y coords.): *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Ed. Comares, 2012.

[19] Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho a Huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Ed. Comares, 2017.

[20] Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho de Huelga (Art. 8.d PIDESC)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el paco internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Ed. Comares, 2014.

proceso negociador. Es un derecho colectivo, bien que el empresario individual pueda ser tratado como sujeto colectivo en su relación con el conjunto de los trabajadores representados, es decir, como contraparte de un proceso de negociación colectiva.

En segundo lugar, no es un derecho de pertenencia exclusivamente sindical, porque no parece limitar la capacidad negocial a los sindicatos ni prejuzga el carácter formal o informal de la instancia representativa. Este carácter abierto de los sujetos colectivos titulares (titularidad constitucional extensiva a una pluralidad de sujetos colectivos) es un elemento constitutivo del modelo constitucional de negociación colectiva (STC 134/1994, de 9 de mayo). No se trata, es obvio, de que los sindicatos no sean titulares ex art.37.1 CE, sino de que la legislación estatal en desarrollo de las previsiones constitucionales no puede restringir la titularidad del derecho a las organizaciones sindicales.

Es extraordinariamente significativa la tramitación parlamentaria para valorar en sus justos términos o en su justa medida la relación dialéctica existente entre el derecho de libertad sindical y el derecho específico de negociación colectiva, dentro del sistema constitucional. En el Anteproyecto de Constitución[21] el derecho a la negociación colectiva aparecería como un derecho estrictamente sindical, e inserto expresamente en el originario art.31, junto con el derecho de libertad sindical y al derecho a la huelga. Conforme a dicho art.31: "1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente (...). 2. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes sindicales* de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 3. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (...)". Inicialmente no hubo desavenencias reflejadas en los Votos particulares del Grupo Parlamentario Comunista del Congreso a dicho Anteproyecto de texto constitucional. En efecto, este grupo parlamentario sólo propuso una nueva redacción de los números 1 y 3 del art. 31 sin incidir en absoluto en el número 2 del mismo. Por su parte, en los Votos particulares del Grupo Parlamentario socialista, se proponía una nueva redacción de los tres números. En particular, el núm. 2 debería quedar redactado del modo siguiente: "31.2. Los poderes públicos por medio de la Ley garantizarán el derecho a la negociación colectiva laboral de las representaciones sindicales de los trabajadores y empresarios, y la fuerza vinculante de los convenios". Durante la tramitación parlamentaria ulterior, el Grupo socialista del Congreso propondría la Enmienda núm. 343[22], pretendiendo una nueva redacción del art.31 del Anteproyecto de Constitución: 31.2. "Los poderes públicos, por medio de la ley, garantizarán el derecho a la negociación colectiva laboral de las representaciones sindicales de los trabajadores y empresarios y la fuerza vinculante de los convenios". Manteniendo, pues, la configuración de este derecho como de naturaleza estrictamente sindical. Por otra parte, la Enmienda núm. 707 del Grupo parlamentario comunista, propone una nueva redacción del art. 31, donde se apunta a *un giro radical*, porque "des-sindicaliza" el derecho de negociación colectiva y del monopolio sindical del derecho se postula su extensión hacia otras instancias o estructuras organizativa. Efectivamente, en su propuesta de art.31.2 se establece "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los *representantes de los trabajadores* y de los empleadores, así como la fuerza vinculante de los convenios". Desaparece la adjetivación "sindicales". En la motivación se refleja la opción de política del Derecho defendida: se trata de *"ampliar el ámbito de la representación de las partes que negocian el convenio"*[23]. Será decisiva al respecto la coincidencia con la Unión de Centro Democrático, en cuya Enmienda núm. 779, se postula la modificación del núm.2 del art.31 suprimiendo la palabra "sindicales" ("Trabajos parlamentarios", I.,cit.,pág.488). Finalmente, en el Informe de la Ponencia del Congreso de los

[21] El Anteproyecto es el resultado de los trabajos de la Ponencia elegida en el seno de la Comisión Constitucional provisional, creada por acuerdo del Congreso el día 27 de julio de 1977. Texto publicado en el BOC, núm.44, 5 enero 1978, págs.669 y sigs., en particular pág.674. Cfr. *Constitución Española. Trabajos parla*mentarios", t.I, Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales, 2ª ed., 1989, pág.1.

[22] *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, pág. 278; enmienda a la que se adhirió el Grupo parlamentario Mixto, en virtud de la Enmienda núm.484, Ibid., pág. 326)

[23] *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, I, cit., pág. 438).

Diputados designada para el estudio de las enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución (BOC, núm.82, 17 abril 1978, "Trabajos parlamentarios", I, cit., pág.526) se acepta ese giro cualitativo en la configuración del derecho, y en tal sentido el entonces art.33.3 queda *independizado* respecto a los demás "derechos sindicales" y es redactado del modo siguiente: "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". Es de significar también que pasa a formar parte de la más devaluada sección segunda del Capítulo Segundo. La Ponencia, por mayoría, con el voto en contra del representante del Grupo Socialista, que mantiene las enmiendas núm.225 del Grupo Socialista de Cataluña y núm.343 del Grupo Socialista del Congreso, acepta las enmiendas núm.63 del Sr. Fernández de la Mora, núm. 133 del Grupo de la Minoría Catalana, núm.691 del Grupo de Unión de Centro Democrático, y redacta en consecuencia el que fuera el apartado 2 del art.31 en la forma antes expuesta. Así se refleja ya en el Anexo al Informe de la Ponencia ("Trabajos parlamentarios", I, cit.,pág.606) y se mantiene sustancialmente inalterada durante toda la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados. No se produce ningún cambio en la redacción aprobándose por el Pleno del Congreso de los Diputados (B.O.C. 24 julio 1978).

Aunque la "interpretación auténtica" no tiene desde luego un valor absoluto, no se puede ignorar que es sumamente significativa de la configuración no exclusivamente sindical, sino como un derecho de más amplia titularidad colectiva (porque "sindical" no es también necesariamente, primero porque entre las representaciones de los trabajadores están las organizaciones sindicales; segundo porque la negociación colectiva pertenece al contenido esencial del derecho de libertad sindical y entre otros posibles cauces se canaliza constitucionalmente a través del mismo art. 37.1 CE). Es preciso llamar la atención para una valoración exacta del cambio producido desde la versión originaria hasta la definitiva redacción que la "des-sindicalización" parcial del derecho a la negociación colectiva a su "segregación" o "autonomización" sistemática en el texto constitucional consumó una ruptura de la unidad sistemática entre los derechos de libertad sindical, de negociación colectiva y de huelga, pero no pudo impedir en vínculo estrecho inevitablemente existente entre estos tres derechos sociales fundamentales de libertad *dentro del sistema de derechos constitucionales*.

En tercer lugar, en cuanto a los sujetos titulares se plantea el dilema de determinar si la expresión del documento constitucional "los representantes de los trabajadores y empresarios" supone la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Contemplado el problema *desde* el programa normativo del art.37.1 (la cuestión como se verá después es mucho más clara desde la perspectiva de su conexión con el derecho de libertad sindical ex art. 28.1 CE), se debe señalar que caben dos opciones interpretativas. (a) Considerar que el art. 37.1 no es aplicable a la negociación colectiva funcionarial (b) Entender, por el contrario, que la negociación colectiva de los funcionarios queda excluida de dicha disposición, en cuyo caso debería responderse si existe una base constitucional distinta de ese derecho.

(A) La posición negativa o excluyente se ha basado en dos tipos de argumentaciones que, en sí mismas como se verá pueden resultar de débil fundamentación. Por un lado, la expresión "representantes de los trabajadores y empresarios" ha permitido restringir subjetivamente el ámbito de la negociación a la representación colectiva de intereses de los sujetos de una relación jurídico-laboral formalizada a través de un contrato de trabajo. Sin embargo, a pesar de la amplia aceptación por la doctrina científica y judicial de este criterio, no puede dejarse de poner de relieve sus innegables puntos débiles. Por lo pronto la referencia a los "trabajadores" dentro del bloque constitucional regulador de los derechos colectivos no parece precisamente limitarse a los trabajadores asalariados, sino que hace referencia a todos los trabajadores por cuenta ajena. En este sentido se utiliza un concepto *jurídico-constitucional* amplio de la noción "trabajadores" (en un sentido análogo al que utilizado en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, respecto a la consagración "erga omnes" del "principio de libre circulación

de trabajadores", con independencia de la naturaleza jurídica pública o privada del estatuto aplicable a la relación de servicios profesionales (La única excepción aquí es la relativa a los empleos que supongan ejercicio de autoridad pública y a los vinculados a actividades directamente relevantes para los intereses de la soberanía nacional que el Estado pueda reservar legítimamente). Es significativa la referencia a sindicatos de "trabajadores" ex art.7 CE, derecho de huelga de los "trabajadores". ¿Por qué debería ser una excepción el derecho ex art.37.1 CE?. Por otra parte, la referencia a los "empresarios" desde el punto de vista de las relaciones profesionales (y como contraparte empleadora en ellas) no ha de significar necesariamente una referencia al empresario en sentido técnico (titular de una empresa pública o privada), sino que puede ser utilizado en la lógica interna y específica de la negociación colectiva como la parte empleadora antagonista. Por lo demás, si se adoptase una interpretación literal del término "empresario" tampoco podría serlo la Administración como parte empleadora en régimen laboral, ya que la Administración no podría nunca ser un "empresario" sin más, de manera que esta objeción interpretativa restrictiva, conduciría al absurdo de excluir también del derecho a la negociación colectiva los trabajadores asalariados en las distintas administraciones públicas por no ser esta "empresarios" en el sentido literal del art.37.1 CE.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta la cualificada posición del Tribunal Constitucional, que se inclina por considerar que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no encuentra una garantía directa en el texto constitucional, de tal manera que ese reconocimiento sería una legítima opción del legislador originario (art. 37.1, en relación con el art.53.1 CE, aunque quizás con cierto descuido del mandato constitucional que indica explícitamente que "Sólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido ese*ncial, podrá regularse el ejercicio…"), bien que una vez que se ha garantizado constitutivamente por ley, ya formaría parte del "contenido adicional" del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos (artículos 28.1 y 103.3 CE, que sólo hace referencia a "las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación", lo desde la perspectiva jurídica debería comportar, en puridad, que no puede afectar a su contenido esencial. De hecho la misma terminología que emplea el mismo art. 28.2 CE, que reconoce ese derecho de libertad sindical de los funcionarios como derecho fundamental de libertad en el más alto nivel)[24].

Una interpretación razonadamente amplia contribuiría a verificar una mayor homogeneidad de en el bloque constitucional en materia de derechos colectivos. A esa coherencia interna contribuiría también la innegable pertenencia de la negociación colectiva al contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 en relación con el art. 53.1 CE). Es cierto que la normativa internacional reguladora de esta materia, importante para la interpretación de este derecho social fundamental por imperativo del art. 10.2 CE (que contiene la cláusula interpretativa), se muestra ciertamente indecisoria (convenios núms. 87, 98, 151 y 154 de la OIT) y cuando lo hace (es el caso de la Carta Social Europea, art.6 -en relación con el art.5 de la misma- que garantiza -con carácter imperativo vinculante, y no meramente programático- el derecho a la negociación colectiva de trabajadores y empleadores, incluyendo bajo la expresión de los trabajadores a los funcionarios públicos), es el instrumento de ratificación el que precisa que se ha de aplicar el art. 6 de manera que sus disposiciones sean compatibles con los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la CE. Se establece de este modo una reserva de interpretación, reserva

[24] SSTC 57/1982, 80/2000, 85/2001,222/2005. Llámese la atención sobre el dato harto significativa -desde la hermenéutica del principio de unidad de la Constitución- que nuestro Alto Tribunal no realiza una verdadera interpretación de conjunto, finalista y sistemática del bloque constitucional sindical/colectivo; y por ello mismo no reclama los artículos 10.2, en relación con los artículos 93 a 96 CE. Ni tampoco toma en consideración Convenios de la OIT como el 87, 98, 151 y 154; ni el art. 6 de la Carta Social Europea, con rango de Tratado Internacional, aprobada en el marco del Consejo de Europa (primera versión de 1961 que fue ratificada por España; segunda versión ampliada y mejora de 1996, incluida la aprobación del Protocolo de Reclamaciones colectivas, que también objeto de ratificación por nuestro País). Y esto es importante porque el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva (art. 53.1 CE) se ha de integrar, entre otras fuentes, de esas normas internacionales ratificadas válidamente por España.

modal que limita estrictamente el reclamo de tal instrumento para servir de elemento determinante del alcance subjetivo del derecho a la negociación colectiva ex art.37.1 CE.

No ha sido, sin embargo, este criterio amplio el seguido por el sector dominante de la doctrina jurídica. Tanto los tribunales de justicia (y el propio TC) como gran parte de la doctrina iuslaboralista ha mantenido posiciones contrarias interpretando que la referencia del precepto constitucional a "representantes de los trabajadores y empresarios" supone una negociación circunscrita al ámbito de las relaciones jurídico-laborales, excluyente, pues, de las relaciones funcionariales con la administración empleadora.

Si discutible en el plano técnico del sentido de las categorías jurídicas propias del Derecho colectivo del trabajo es la argumentación sobre la extracción de límites derivadas de la utilización de los vocablos "representantes" y "empresarios", más dudoso parece todavía el intento de acotamiento subjetivo del precepto sobre la base de la adjetivación "laboral" de la negociación colectiva. No es aceptable, en tal sentido, afirmar que el calificativo de "laboral" supone una limitación subjetiva respecto de los protagonistas de la negociación colectiva, de tal modo que sólo tendrían la consideración de tales los sujetos implicados en una relación de trabajo por cuenta ajena, con exclusión de las relación profesional de los funcionarios públicos con la Administración pública. Sin embargo, esta interpretación no parece pertinente como supuesto aval de una limitación subjetiva del derecho a negociar colectivamente, porque la referencia a lo "laboral" se vincula con el contenido posible de la negociación colectiva (y, consiguientemente, de los acuerdos alcanzados en el proceso negociador), y supone sencillamente que la Constitución concibe como objetivo básico del proceso negociador la regulación de las condiciones de trabajo en sentido amplio, así como las relaciones existentes entre las organizaciones profesiones y el empresario y sus respectivas asociaciones de pertenencia profesional. *E contrario*, se excluye lo extralaboral, que si se piensa no supone una restricción tan amplia como podría pensarse (v.gr., art. 85 del ET o art. 32 k de la Ley 9/1987, de 12 de junio). No puede, por ello, inferirse que la referencia a lo "laboral" predetermine el ámbito subjetivo de este derecho constitucional. En realidad, la delimitación del ámbito subjetivo queda acotada expresamente, como se vio, con la referencia a "los representantes de los trabajadores y empresarios" en el marco del sistema de relaciones profesionales.

Por otra parte, como ha sido advertido en su momento es manifiesto que el art. 37.1 CE plantea una negociación típicamente bilateral, excluyendo, pues, como ámbito propio la negociación política (tipo concertación o pacto social) a tres bandas como ámbito específico de la garantía que allí mismo se contiene, como mecanismos de integración entre la autonomía sindical y el poder público en funciones de gobierno. Aunque, desde luego no prejuzga, en absoluto su realización al amparo de la acción política de los sindicatos (art. 7 y 131 CE).

b) Atendiendo a una interpretación sistemática del art.37.1 con los artículos 7 y 28.1 CE (preceptos, todos ellos, pertenecientes al bloque de constitucionalidad regulador de los derechos colectivos), la pertinencia del reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva aparece con contornos más nítidos en cuanto elemento integrante del contenido esencial del derecho de libertad sindical, cuya titularidad ostentan los funcionarios públicos, por indicación constitucional expresa (arts. 28.1 y 103.3 CE). En este sentido interesa poner de manifiesto que el ámbito de las relaciones profesionales de servicios de los funcionarios públicos con la Administración no existe una identidad de intereses, sino una contraposición estructural inherente a la dinámica de una relación de trabajo por cuenta ajena estatutariamente formalizada en el plano jurídico, cuyo eje prevalente es la dimensión cambiaria sin perjuicio del componente organizativo igualmente presente. El TC ha declarado reiteradamente que forma parte del contenido del derecho fundamental de la libertad sindical el derecho de los sindicatos al ejercicio de las facultades de negociación y conflicto a que se

refieren los párrafos 1 y 2 del art. 37 CE, lo cual atiende al libre ejercicio de la actividad sindical de cara a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios (art.7 CE), permitiendo integrar así el contenido del derecho a la propia actividad del sindicato, dentro de la cual la negociación colectiva (junto con la "facultad" de adoptar medidas de conflicto) constituye sin duda el medio primordial de acción en defensa de aquellos intereses (SSTC 73/1984, de 27 de junio; 98/1985, de 29 de julio, 39/1986, de 31 de marzo, 104/1987, de 17 de junio y 9/1988, de 25 de enero; 108/1989, 105/1992, de 1 de julio, y 208//1993, de 28 de junio, toda ellas declarando que el derecho a la actividad sindical comprende en todo caso el derecho a la negociación colectiva, entendida como un medio indispensable para el ejercicio de la acción sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE). Si el contenido esencial del derecho remite a la "zona resistente" del derecho que el constituyente se ha reservado para sí y si el derecho a la negociación colectiva forma parte del mismo, es manifiesto que el legislador estatal no puede romper esa delimitación de competencias prefigurada en el documento constitucional. De este modo, el margen de discrecionalidad del legislador infraconstitucional es mínimo respecto a las piezas estructurales del contenido esencial. El tener del art.53.1 CE no admite ninguna duda al respecto, al disponer que sólo por ley, *que en todo caso deberá respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I. En esta materia ninguna peculiaridad del ejercicio del derecho de libertad sindical puede autorizar una exclusión de la titularidad del derecho o un grave menoscabo en las condiciones de ejercicio, porque de ser así se estaría vulnerando el *programa constitucional* haciendo irrecognoscible en derecho en cuestión a través de políticas legislativas de recorte de facultades que le son inherentes por decisión del constituyente. Y es que el derecho a la negociación colectiva forma parte del *núcleo* del derecho constitucional de libertad sindical, delimitando aquella "zona resistente" no disponible por el legislador dentro de la necesaria colaboración internomativa entre Constitución y legislación (López Pina y otros). En este sentido debe considerarse implícitamente superada el criterio restrictivo -y muy disfuncional- que adoptara inicialmente el TC, en STCo. 57/1982, fj. 9º, según la cual "Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias, al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de funciones en defensa de sus intereses, derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias, ya que el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo".

En este orden de ideas la base constitucional del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se encuentra en el mismo art. 28.1 CE al cual ha de entenderse que remite directamente el art. 37.1 CE. En este sentido se trata de preceptos constitucionales que mantienen una relación de colaboración internormativa. El derecho de libertad sindical es irrecognoscible sin el derecho a la negociación colectiva. Ello supone que, si no quiere hacerse una lectura sesgada del texto constitucional, los sujetos sindicales ex art. 7 están comprendidos entre los sujetos representativos genéricamente mencionados en el art. 37.1 CE, por más que tenga que convenirse que los derechos colectivos laborales (y sus titulares) se apartan del modelo de monopolio sindical (STCo. 95/1996, de 29 de mayo). Si los sindicatos de "trabajadores" a los que pueden pertenecer los funcionarios son titulares por derecho propio del derecho a la negociación colectiva (arts.7, 28.1 y 37.1 CE), no podrá negarse que el mismo artículo 37.1 CE comprende su derecho a negociar colectivamente, al menos en cuanto "trabajadores" públicos inscritos a los sindicatos o instancias sindicales. Pero las organizaciones sindicales de pertenencia de los funcionarios no son sujetos "externos" a la lógica interna del art. 37.1 CE, sino que destinatarios propiamente dichos (ya que entran dentro la expresión "representantes de los trabajadores y empresarios"). De este modo la base constitucional de una negociación colectiva funcionarial viene constituida por el *grupos normativo* formado por los arts.7,

28.1 (que vienen a considerar a los funcionarios como "trabajadores" a efectos sindicales) y 37.1 CE. Teniendo en cuenta esta remisión internormativa y la amplitud del término "trabajadores" en la Constitución no parece que existan inconvenientes jurídicamente relevantes para la negociación colectiva de los funcionarios encuentre acogida en el art.37.1 CE. De éste último precepto no se deduce (ni parecería pertinente) una restricción de un ámbito de acción sindical como es la negociación colectiva. Con todo, la base del reconocimiento constitucional de la negociación colectiva de los funcionarios se encuentra en el grupo normativo formado por los artículos 28.1 y 37.2 CE, tanto en su lógica específica como en su obligada colaboración internomativa (tales preceptos en el programa constitucional no pueden ser objeto de una interpretación "sesgada" e "incomunicable" que permita ignorarse mutuamente en el momento de su aplicación efectiva; los preceptos constitucionales han de ser aplicados e interpretados atendiendo al principio de unidad del texto constitucional) y sin que, en ningún caso, el establecimiento de posibles "peculiaridades" del *ejercicio* del derecho pueda suponer una suerte de neutralización del mismo a base de introducir medidas de recorte que lo convierte en irrecognoscible como tal.

Aunque establecida respecto de otro derecho constitucional, cabe traer a colación la doctrina del TC según la cual "las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales, estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él, y, por tanto, dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales" (STC 234/1991). Esta doctrina significa que la privación de algún derecho fundamental en cualquier sector del funcionariado es únicamente lícita si proviene inequívocamente de la propia Constitución. Si ese bloque de constitucionalidad de "lo colectivo" se integra por un sistema o haz de derechos que continuamente se va reinterpretando conforme al sistema de valores que cristaliza en una comunidad política, ya parecería llegado el momento de superar las reticencias interpretativas condicionadas por el contexto histórico de fragmentación de "lo colectivo" en el mundo del trabajo por cuenta ajena. Existe una "cultura del derecho fundamental" (Häberle)[25] de negociación colectiva que puede facilitar una hermenéutica del precepto en un sentido subjetivamente más extensivo en coherencia con la regulación general del principio de autonomía colectiva en nuestro texto constitucional. Se alcanzaría así a reconocer con todas sus consecuencias lógicas la conformación de un estatuto constitucional mínimamente homogéneo de los derechos colectivos de los trabajadores por cuenta ajena, no necesariamente uniforme. Pero la cláusula de contenido esencial anudada al derecho a la negociación colectiva está llamada a imponer acciones positivas a los poderes públicos y privados, pero también no blinda completamente al derecho para introducir ciertos límites con otros derechos constitucionales a través del reclamo de las técnicas de ponderación, proporcionalidad y racionalidad. Ahora bien, no tendría sentido jurídico-constitucional se no exigir de legislador y el jurista de los de los derechos fundamentales un actividad de concreción de un núcleo esencial intangible. El art. 53.1 CE establece un mandato al legislador para garantizar efectivamente el contenido esencial de los derechos fundamentales. En este sentido el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios goza de fundamentalidad tanto en sentido material como en la vertiente jurídico-formal, pues se ubica sistemáticamente en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Es manifiesto, pues, que entre la Constitución y el legislador del derecho fundamental se ha de establecer una colaboración internormativa, de manera que la Constitución prefigura y conforma el derecho, y el legislador infraconstitucional lo garantiza y contribuye a reafirmar su configuración y régimen jurídico. El legislador da desarrollo y cumplimiento de los mandatos realizando esa tarea de colaboración internomativa con las limitaciones que cabe inferior de la propia Constitución.

[25] 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., y págs. 260 y sigs., respectivamente.

Por lo demás, en el plano de la legislación estatal no cabe duda actualmente del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. Bien es cierto, sin embargo, que su reconocimiento en la legislación estatal, no debería tener un valor propiamente constitutivo sino de garantía instrumental necesaria y relevante de la negociación colectiva funcionarial realizada a través de las estructuras o instancias organizativas correspondientes[26].

Por tanto, la titularidad del derecho a la negociación en la Constitución es atribuida a la representación de los trabajadores del sector privado como a la representación de los trabajadores del sector público, incluido el ámbito de la función pública. Pero debe acudirse a una interpretación integradora de bloque normativo constitucional formado por los artículos 7, 28.2, 37.1 y 103 de la Constitución. Admitiendo la conexión finalista entre estas disposiciones y los derechos de libertad colectiva/sindical que garantizan, de manera que el derecho a la negociación colectiva directamente de la Constitución. La doctrina que estableciera la STC 57/1982, "reflejaba el momento legal y cultural de aquel momento" histórico "y abría que admitir que reconocimiento y la titularidad del derecho a la negociación colectiva ya no es meramente legal, sino que deriva de la Constitución en cuanto que del contenido esencial de la libertad sindical no puede excluirse el derecho a la negociación colectiva. A ello no ha llegado, pero se había acercado algo, la sentencia 224/2000". Por tanto es necesario replantear y superar la doctrina establecida por la STC 52/1982[27].

Se consagra un sistema de doble canal de representación legal en la delimitación de los sujetos colectivos legitimados para negociar los convenios colectivos estatutarios. Este modelo dualista encuentra amparo en la textura relativamente abierta del art. 37.1 CE. Ahora bien: nada impediría que se reservara legalmente al sindicato y a las representaciones sindicales el derecho legal a la negociación colectiva estatutaria, entre otras razones porque la Constitución (como las normas internacionales) apuesta por el sindicato como eje de la identidad colectiva de los trabajadores (art. 7 CE), en tanto que las representaciones unitarias electivas solo encuentra una amparo "difuso" y genérico en el art. 129.2 CE. Y esa reserva de un canal sindical único de negociación colectiva ya se ha llevado a cabo en el marco de la negociación colectiva en la Función Pública.

El modelo "dual" de legitimación para negociación convenios estatutarios constituye un modelo legal de representatividad negocial que resulta anómalo en relación con los modelos normativos de los países europeos comparables. Ahora bien, hay que tener en cuenta que a pesar del sistema de doble

[26] Se recoge la posición doctrinal mantenida en Monereo Pérez, J.L.; "El derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. (Dirs): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 625-683, espec., págs. 627-633 ("2. Ámbito subjetivo del derecho: titularidad y sujetos titulares").

[27] En este sentido Fernández López, M.F., y Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M.: "Libertad sindical y negociación colectiva", en VV.AA.: *Jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas,* Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., y Valdés Dal-Ré (Coords.), Madrid, La Ley, 2015, págs. 495 y sigs. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, había señalado en otra ocasión -anterior- que "la negociación colectiva funcionarial no tiene el alcance ni la naturaleza del convenio colectivo, pero, afirmado esto, el Tribunal Constitucional no niega la existencia de un margen de autonomía negocial colectiva en el empleo público, que además en todo caso resultaría del propio art. 28.1 CE, como parte integrante del contenido básico de la libertad sindical (ST 73/1984, entre otras muchas). La total contractualización de la relación de empleo público no sería compatible con su régimen estatutario, pero sí un margen de contractualización colectiva de su regulación jurídica". Cfr. Rodríguez-Piñero Bravo Ferrer, M.: "Ley y negociación colectiva en la función pública", en *Relaciones Laborales,* núm. 14 (1997), pág. 4, y observa que "la Constitución admite e incluso exige un espacio negocial colectivo en la relación de empleo público. El marco legal sólo en parte se ha adaptado a esta exigencia constitucional…" (*Ibid.,* pág. 10).
Con la misma lógica el art.2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva, sin establecer distinciones o modulaciones en relación a los funcionarios públicos, aunque es obvio que les afectarán las "peculiaridades" a las que aluden los artículos 28.2 y 103.3 de nuestra Norma Fundamental.

canal, nuestro modelo normativo de representación y negociación colectiva parte de la "sindicalidad" del modelo que pivota, en su conjunto, sobre la figura de la mayor representatividad sindical. Basta reparar en el hecho de que el criterio legal seguido para determinar la mayor representatividad sindical es la audiencia sindical en las elecciones a representantes unitarios y en hecho generalizado el éxito de las candidaturas sindicales (artículos 6 y 7 de la LOLS).

El protagonismo de las representaciones sindicales está presente tanto en los convenios de empresa o ámbito inferior (secciones sindicales con legitimidad preferencial; sindicalización de los miembros que integran las representaciones unitarias electivas)[28] y se convierte en protagonismo absoluto y exclusivo en la negociación de los convenios colectivos sectores o supraempresariales.

Mostrando su capacidad renovadora y de innovación, la negociación colectiva está expandiendo su campo de aplicación más allá del espacio propio del Derecho del Trabajo subordinado, abarcando la regulación de los trabajadores autónomos, considerados como legalmente independientes y no asalariados. Y lo es ya en los convenios colectivos más avanzados negociados con arreglo al cauce previsto en el Título III del ET, aparte de la existencia de otras formas más débiles de negociación colectiva específica -y en no poco desnaturalizada- como son los Acuerdos de Interés Profesional para la regulación colectiva de condiciones de trabajo de los autónomos económicamente dependientes (TRADE), regulados en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, artículos 3.2 y 13. Desde el punto de vista técnico-jurídico, de la categorización jurídica, tales Acuerdos de Interés Profesionales no son verdaderos supuestos de negociación colectiva en el sentido del art. 37.1 CE, porque no existe un verdadero poder de negociación y su régimen jurídico establecido en la LETA se aparta del paradigma propio de los convenios colectivos de trabajo y su fuerza jurídicamente vinculante.

5º. Ámbito objetivo del derecho a la negociación colectiva. Es un modelo normativo que sitúa a la negociación colectiva como fuente de producción de normas de Derecho objetivo y al convenio colectivo como fuente traslativa (expresión del acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios "en virtud de su autonomía colectiva", dice el art. 82.1 ET) del Derecho del Trabajo capaz de asumir un lugar central en la gobernabilidad del sistema de relaciones laborales (reténgase, por ejemplo, el tenor de los artículos 82 y 85 del ET). La negociación colectiva a través del convenio dotado de fuerza normativa erga omnes, puede entrar en la regulación sustantiva de las instituciones más importantes del ordenamiento laboral (el alcance de regulación material que posibilita el art. 85 ET es extraordinariamente amplio). El enriquecimiento de los contenidos ha sido constante, entre las últimas atribuciones se hallan los planes de igualdad y más atribuciones respecto a la digitalización de las relaciones laborales y el respeto a los derechos fundamentales o la flexibilidad laboral interna como alternativa a los despidos colectivos. Eso sí observando el principio de jerarquía normativa, y una coordinación internormativa que se construye sobre sus funciones de complementariedad y suplementariedad. La función promocional del derecho a la negociación colectiva.

6º. Dada la fisonomía jurídica del modelo de negociación colectiva y de garantía de la fuerza normativa vinculante del convenio colectivo estatutario, la regulación legal opera con particular intensidad en los aspectos fundamentales del derecho la negociación colectiva. La ley del ET es ciertamente promocional, pero lo es respecto de un tipo normativo de convenio colectivo cuya eficacia extraordinaria conduce a un intervencionismo fuerte, que desde las reformas de 1994 y 2012 no siempre puede considerarse como estrictamente "promocional", ya que preside, de manera

[28] Artículos 87 y 88 ET; artículos 6.3.b), 7.1, párrafo Segundo, y 8 de la LOLS. Respecto a la "sindicalización" relativa de la representación unitaria (aparte del criterio de la audiencia electoral para ostentar la condición de sindicatos mayormente representativos ex artículo 6 y 7 LOLS), véase 67 a 76 ET.

predominante, el criterio del control legal sobre la dinámica del ejercicio de este derecho fundamental a la negociación colectiva y a la garantía legal de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. En otras palabras, la intervención de apoyo y fomento de la negociación colectiva y a la efectividad de la garantía constitucional de los convenios colectivos no debe invadir los espacios que la autonomía colectiva (de la cual es expresión formal el convenio colectivo estatutario) debe reservar para sí (conforme a su "contenido esencial" ex art. 53.1 CE, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Carta Magna) en un sistema democrático y pluralista de relaciones laborales. Es obvio que la garantía constitucional ex artículos 37.1 y 53 de la Constitución impide que el convenio colectivo puede ser *un instrumento de intervención en al servicio de las políticas estatales dirigistas,* incluso distorsionando su función al configurarlo unidireccionalmente como mecanismo al servicio exclusivo o preferente de la organización empresarial y de las políticas de competitividad de las empresas. Y realizado esa redefinición finalista en contra de los procesos de autonomía y autorreflexividad de los interlocutores sociales.

7º. El modelo legal permite una estructura potencial de autogobierno de la estructura negocial y de los conflictos de concurrencia de convenios, a través de los Acuerdos Marcos Interconfederales, a la par que la ordenación monográfica de determinadas materias al máximo nivel estatal (convenios o acuerdos sobres materias concretas) (art. 83 ET).

Sin embargo, la funcionalidad de los Acuerdos Marcos Interconfederales ha quedado mermada o "debilitada" por las reformas que ha "expropiado" a los propios interlocutores sociales de su capacidad de gobierno de la estructura y articulación autónoma de la negociación colectiva. Ello deriva de la introducción legal de mecanismos que permiten la desestructuración de la negociación colectiva a través de las cláusulas de descuelgue e inaplicación de los convenios colectivos (artículo 82.3 ET) y la preferencia legal a-causal de los convenios colectivos de empresa para proceder a descolgase e inaplicar regulaciones del contenido material de los convenios sectoriales en cualquier momento de la vigencia de éstos (art. 84.2 ET). Esta última vía de fomento de la descentralización interna hacia la empresa y empresas de estructura compleja (y con esto la empresarización de las relaciones laborales y la pérdida de poder de los sindicatos y correlativamente el incremento de poder de los empleadores). Se verá después que la reforma laboral de 2021 ha atenuado visiblemente su eficacia disfuncional (negativa) al impedir que esa disponibilidad convencional opere sobre las materiales salariales. Es una descentralización que se vence hacia un modelo de flexibilidad interna impuesta y no negociada entre los interlocutores sociales. Lo cual supone, entre otras cosas, neutralizar la actuación abusiva de las Empresas Multiservicios que les había permitido una práctica de subcontratación de bajo coste, lo que tenía la consecuencia manifiesta de contribuir a una explotación sistemática de los trabajadores[29]. En cualquier caso, persisten las demás materias sobre las que puede operar el privilegio dispositivo del convenio de empresa sobre los convenios sectoriales.

La tendencia de las reformas de la década de los noventa (con su larga prolongación inalterada hasta la reforma parcial de 2021) ha sido la de favorecer la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos estatutarios por otros ámbitos inferiores de negociación colectivo (cláusulas de descuelgue o inaplicación a través de acuerdos colectivos de empresa y principio de preferencia aplicativa del convenio de empresa; artículos 82.3 y 84.2 ET, respectivamente). Afectando a materias de enorme trascendencia en la ordenación de las relaciones laborales.

Por lo demás, a la disponibilidad de la eficacia del convenio colectivo "extraestatutario" contribuye también la técnica de la modificación unilateral por el empleador del contenido convencional

[29] Véase Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación empresarial y reforma laboral", en 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, págs. 259-372, y bibliografía allí citada.

durante su vigencia, especialmente a través del art. 41 ET (en la formulación originaria el art. 41.2 ET contemplaba la posibilidad de que a través de acuerdo colectivo se pudiera producir la modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III del ET; la reforma de la Ley 3/2012, correctamente, situó sistemáticamente este tipo de inaplicaciones en el art. 82.3 del ET. Reténgase la vigente regulación ex art. 41.6 ET, a cuyo tenor: "La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título II deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 82.3"). El art. 82.3 ET introdujo un arbitraje obligatorio *ex lege,* sea a través del sometimiento a la CCNNCC u a un órgano autonómico competente, o sea un árbitro o colegio arbitral externo. Su implantación legal -de controvertido encaje constitucional como arbitraje obligatorio impuesta "*ope legis*"[30]- obedecería a instaurar un modelo economicista de empresa flexible en la misma dirección que otras medidas que afectaron las reformas del sistema de negociación colectiva en nuestro país; y tras ello el reforzamiento empresarial de los poderes de gobierno de las relaciones laborales. Ahora bien, el arbitraje obligatorio puede ser limitado de "*lege data*" por la autonomía colectiva (toda vez que no hay una prohibición legal similar a la prevista en el art. 84.2 ET sobre la preferencia legal aplicativa del convenio de empresa, que no deja espacio de disponibilidad para la autonomía colectiva al máximo nivel del art. 83 ET), aunque de "*lege ferenda*" sería preferible -y más generalizable- establecer una reforma legislativa encaminada a la sustitución legal del arbitraje obligatorio por la mediación obligaría como mecanismo para contribuir a cerrar el bloqueo de negociación[31].

Al atentado al principio de autogobierno colectivo de la estructura negocial, se sumó el deficiente modelo de ultraactividad del convenio colectivo (vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada; art. 86.3 ET), donde se recurría igualmente a una norma de derecho necesario absoluto, impidiendo que los Acuerdos Marcos ex art. 83.1 ET pudieran incidir en la regla legal introducida por la reforma de la Ley 3/2012, consistente en que los convenio colectivos denunciados después de un año perderían su vigencia sin ultraactividad de su contenido normativo o dimensión normativa, aplicándose si lo hubiera el convenio de ámbito superior (art. 86. 4 ET). Lo cual posibilitó la creación de posibles vacíos de regulación convencional que planteó serios problemas que se tratarán aquí concisamente más adelante.

El art 1.10 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) modifica la redacción originaria del art. 86. 4 ET, a cuyo tenor: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el art. 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo". Con ello vuelve a posibilitarse el autogobierno colectivo a través de los Acuerdos Marco ex art. 83.1 ET.

[30] Si bien, como ya se ha señalado, la STC 119/2014, de 16 de julio, declaró la constitucionalidad del arbitraje obligatorio de sometimiento legal FJ. 5.A).

[31] Vivero Serrano, J.B.: *El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos (incluye la STC 119/2014, de 16 de julio)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 15 y sigs., 173 y sigs., y 177 y sigs.

8º. Junto a los convenios colectivos han ido proliferando, cada vez con mayor intensidad, los Acuerdos de empresa, que a pesar de que su existencia en el propio sistema normativo del ET no quedan reflejados en el art. 3 del ET, el cual enumera las fuentes reguladoras de la relación laboral. Esos acuerdos de empresa -heterogéneos en sus fines y contenidos, de carácter monográfico y de naturaleza y eficacia jurídica compleja y diversificada- se contemplan en los artículos 40.1, 41.2, 44. 4 y 9, 51,2, etcétera. Estos acuerdos de reorganización productiva han constituido un instrumento de *flexibilidad interna negociada*. A través de estos Acuerdos de empresa se ha venido produciendo un giro hacia la empresarización, señaladamente en las operaciones de reestructuración permanente de las organizaciones productivas, pues la proliferación de estos acuerdos refleja una normalización de los mismos resolviendo dinámicamente los problemas planteados en la empresa y las búsqueda de puntos de encuentro y de equilibrio entre los intereses de la empresa/empleador y los intereses de los trabajadores. Estos mecanismos de flexibilidad interna negociada han podido (en el marco de una negociación colectiva gestional)[32] utilizar los acuerdos para evitar o reducir los despidos, y buscar soluciones alternativas (como recolocación, formación profesional de adaptación a otros empleos de la empresa, o grupos de empresas, etcétera). En otras ocasiones, sin embargo, la situación es más problemática, bien porque se imponga unilateralmente por el empleador (tras de un periodo de consulta-negociación sin se trata de modificaciones colectivas), o porque a iniciativa de una de las partes -de ordinario por el empleador- se someta a un arbitraje que para la otra parte del conflicto o controversia es de sometimiento obligatorio en el origen mismo del procedimiento arbitral.

Otro aspecto relevante es que aunque incluso se normalicen legalmente estos procedimientos modificativos -como gestión ordinaria y medida de flexibilidad laboral interna-, se pone de manifiesto que esta institución escapa de la lógica inmanente a la figura de la excesiva onerosidad sobrevenida, por sus causalidad (que no siempre supone mayor sacrificio, sino inutilidad de la prestación, como es el caso, de la atención la competitividad de la empresa, al uso en la organización productiva de las nuevas tecnologías, al simple mayor rendimiento, porque puede afectar a condiciones colectivas de trabajo, incluso establecidas en convenios colectivos extraestatutarios, etc.) y porque la excesiva onerosidad sobrevenida como modalidad de alteración sobrevenida de las circunstancias es un recurso de carácter excepcional o extraordinario en el Derecho común de la contratación privada. En éste se reconoce tan sólo la facultad de la parte perjudicada por el hecho sobrevenido de pedir la modificación sustancial al órgano judicial competente (lo cual tampoco es el caso "ad initio" del art. 41 ET y normas citadas, donde el control judicial es "a posteriori" después de ser adoptadas con la fuerza del principio judicial del "*solve et repete*"), precisamente porque es una modificación sustancial o principal del nexo contractual. Esto es importante para atender a la realidad de las bases subyacentes al conflicto al necesario reequilibrio de intereses que ha de ser afrontado en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

9º. Es un modelo normativo que presupone la existencia de los convenios colectivos *sindicales* extraestatutarios, pero nos los somete a la regulación en una ordenación normativa dentro del Sistema normativo *interno* del ET (su existencia presupuesta se confirma, por ejemplo, en los artículos 82.3, 90.1 y 91.2 del ET) . Con ello *se incumple parcialmente la garantía constitucional de garantizar integral y fácticamente el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de todos los convenios colectivos* (artículos 37.1, pero también los artículos 7 y 28.1 de la Constitución). Es una de las aporías más sorprendentes de nuestro Modelo normativo de negociación colectiva y de garantía de la eficacia de los convenios colectivos extraestatales, los cuales, por decirlo en términos de conjunto, son por definición "convenios sindicales" negociados entre sindicatos y asociaciones empresariales. Estos convenios colectivos sindicales extraestatutarios están protegidos no sólo por el

[32] Para la construcción de esta noción, véase "derecho de información", 1992; 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.

art. 37.1 CE (y la garantía de su "contenido esencial" ex art. 53.1 CE), sino también por el derecho de libertad sindical garantizado en el art. 28.1 de la Norma Fundamental, pues la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (de nuevo art. 53 CE; art. 2.2.d) LOLS y SSTC 177/1988, 2010/1990, 107/2000, 238/2005, 151/1994, 119/2002) y, a mayor abundancia, se insiste, este tipo de convenios extraestatutarios suelen ser negociados típica y significativamente por sindicatos y empresarios o asociaciones empresariales.

10º. Es un modelo que ha alcanzado una madurez y una cierta combinación entre "estabilización" y "flexibilidad" operativa. Pero ello se consigue con la adaptación del modelo de respuesta legal y ante todo de la praxis autorreflexiva real de los propios interlocutores sociales, pues la negociación colectiva continua siendo un poder bilateral de autodeterminación social colectiva, con los límites que marcan la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento laboral. La legislación estatal (o más ampliamente "pública") de cobertura y apoyo nunca es suficiente para la construcción de modelo "real" de negociación colectiva que pueda prescindir la autorreflexividad de los propios interlocutores sociales que son los verdaderos protagonistas en un sistema democrático de relaciones laborales.

11º. Con todo, no se puede considerar que el modelo legal de negociación colectiva diseñado en el Título III del ET tenga ninguna continuidad sustancial con el modelo de negociación colectiva del régimen laboral autoritario de la dictadura franquista enmarcado en la lógica del "sindicalismo vertical" corporativo de Derecho público. La opción por la normatividad de convenio colectivo y su eficacia general hoy por hoy se inserta con plena coherencia -a pesar de ciertos desajustes e imperfecciones- en el sistema democrático y conflictual de relaciones laborales diseñado en nuestra Constitución, como norma fundamental que construye las bases de nuestro sistema político y jurídico. Es un modelo dotado de cierta estabilidad en sus pilares básicos, pero que ha sido objeto de reformas de envergadura por exigencias, ciertamente controvertidas por obedeciendo a exigencias de las políticas y estrategias de conformación del sistema de relaciones laborales. Nuestro sistema de negociación colectiva (Constitución más legislación estatal de desarrollo de las previsiones constitucionales) atiende como nuestro referente histórico de constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho a las bases constitucionales de la libertad sindical (art. 39; Constitución que estuvo bajo la influencia de la Constitución de Weimar de 1919) y la a regulación de los convenios colectivos en la Ley de Contrato de Trabajo de la IIª República Española (art. 12; Ley española de Contrato de Trabajo Inspirada, a su vez, en la Ley de contrato de trabajo alemana de 1923, en relación con la Ley de Asociaciones Profesionales del 8 de abril de 1932, donde se les reconoce la capacidad para celebrar pactos y contratos colectivos).

## 2. EL IMPACTO DE LAS REFORMAS LABORALES EN EL MODELO LEGAL. 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 la 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. Se trataba de facilitar la desvinculación de las empresas singulares de los convenios colectivos sectoriales, debilitando la fuerza vinculante del convenio a través de vías de inaplicación parcial sistemáticamente utilizables. 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) que supuso un giro autoritario (no

necesariamente inconstitucional en todo lo que fue objeto de la reforma legislativa), y que generó más problemas y conflictos de los que supuestamente pretendía resolver. Comenzando porque se hizo a contracorriente y rectificado 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 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. A lo que cabe añadir, la normalización de los arbitrajes forzosos, es decir, de sometimiento obligatorio, contradiciendo el criterio anterior de su establecimiento para supuestos realmente excepcionales (por ejemplo, art. 10, párrafo 1º del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo interpretado teleológicamente por el Tribunal Constitucional, STC 11/1981, de 8 de abril, apartado 2.D) del Fallo).

El otro gran paradigma de desestructuración del modelo sindical de negociación colectiva fue el establecimiento del principio de prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo, 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 una 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 había guardaban silencio en relación con muchas medidas necesarias para promocional 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 negociada[33]. 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 partes 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 -y siguen teniendo- 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).

Es lo cierto que las reformas en el ciclo que se inició en el año 1994 y que se reforzó con la emprendida en 2012 (precedida por las reformas "intermedias" de 2010 y 2011) se vencieron

[33] 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 articula 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.

hacia una flexibilidad legalmente impuesta y asimétrica, porque en todas ellas se reforzó el poder de decisión de los empresarios respecto a los sindicatos (y en no poco incluso frente a las organizaciones profesionales más representativas de los empresarios). Se ha pretendido que la negociación colectiva sea un instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa, desconociendo su mismo carácter bilateral de solución de conflictos, equilibrio de poderes y regulación de las condiciones de trabajo atendiendo a la pluralidad de los intereses divergentes en juego, pues sólo así la negociación colectiva y los acuerdos que puedan alcanzarse en el proceso de negociador podrán considerarse propiamente como *síntesis de opuestas aspiraciones* y en lo gestional como verificación de las necesidades objetivadas de las empresas y atención a la pluralidad de los grupos de intereses confluyentes en la valoración y en los convenios y acuerdos celebrados como expresión formal de la autonomía colectiva. Se pretendía en cierto sentido desnaturalizarla como instrumento de autorregulación del poder social y como cauce para establecer un distribución de la rentas y de instauración de condiciones de trabajo equitativas. La negociación colectiva no puede limitarse a ser un instrumento al servicio de la producción y de las "necesidades" empresariales, por más que esta función es importante y está presente el instrumento negocial de codecisión negociar de cuestiones relativas la dinámica gestional de funcionamiento de las organizaciones productivas.

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 el 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 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 adecuada no residía en la petrificación del modelo legal vigente sin necesidad de reformarlo. La reforma tendría que ser inevitablemente reconstructiva e innovadora en las reconfiguración de las instituciones clásicas.

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 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 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 tecnología (ahora las tecnología 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 determinismo tecnológicos. En el pasado -todavía reciente- se han 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 comporta los proceso 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 a 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 están sujetos 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 las fuerzas que operan en el mercado como espacio de poder económico), es decir, una simple variable dependiente del orden "espontáneo" del mercado[34]. 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 la realidad de la distribución de los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales y la elaboración e interiorización de las nuevas de institucionalización de los conflictos y las formas de colaboración, cuyos términos se reformulan con la evolución de los hechos del acontecer histórico. En la dinámica de la negociación colectiva se materializan los poderes de gobierno del sistema de relaciones laborales. Y en ello operan los diversos canales de producción jurídica, legislación pública y convenios colectivos. Esto es palpable en la dirección de política del Derecho de ambas fuentes de gobierno del sistema de relaciones laborales hacia la potenciación de la descentralización de la negociación colectiva de sector hacia la empresa. Los instrumentos que

[34] 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 "justica 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.

se utilizan en esta descentralización de los niveles de negociación son el convenio de empresa y, muy especialmente, los acuerdos colectivos de empresa, los cuales permiten vincular las materias objeto de negociación a los problemas que más inciden en la organización del personal, la gestión y la actividad específica empresarial. Uno de los grandes problemas que se están planteando es el de la negociación de Acuerdos colectivos de Empresa en la pequeña empresa (y en la "microempresa"; no puede equipararse a estas empresas de muy reducidas dimensiones con la "mediana" empresa, donde las posibilidades de una negociación colectiva eficaz son muchos mayores), donde no sólo suele estar ausente el poder sindical, sino también las estructuras de representación unitaria electiva. Al respecto caben dos grandes alternativas: a establecer las "representaciones" *ad hoc* (de ordinario no sindicalizadas) con trabajadores elegidos por el personal de la empresa; o bien, alternativamente, legitimar a representaciones sindicales "externas" a la pequeña empresa, siendo lo más adecuado el reclamo de los sindicatos más representativos (artículos 6 y 7 de la LOLS, y 87 y 88 del ET) como representaciones "externas", porque garantizan una auténtico poder de negociación colectiva/ sindical frente al empresario. Una tercera opción -que no parece apropiada dada la poca entidad del personal en las pequeñas empresas- es que se otorgue un poder de negociación directa a los propios trabajadores de la pequeña empresa. La apuesta en nuestro país por las "comisiones ad hoc" -con base al modelo arquetípico del art. 41 del ET- está siendo extraordinariamente problemática, porque no están garantizando una representatividad real de los trabajadores ni un verdadero poder de negociación frente al empresario. En la práctica, se trata más bien de una negociación "adhesiva" o "concesiva" en relación al poder unilateral detentado por los empresarios. En este contexto se agudizan las tensiones latentes entre los convenios de sector y los acuerdos colectivos de empresa en sus distintas expresiones; tensiones en las que subyace el debilitamiento -que puede alcanzar al declive- de los sindicatos sino negociación o controlan los procesos de negociación en las pequeñas empresas en las que -no se olvide- están atomizadas la mayor parte de las clases trabajadoras en nuestro tejido empresarial.

Entre las opciones de política del Derecho la reforma de 2021 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 unilateralmente[35]-, 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. Hunde sus raíces en este Plan que fue aceptado por la Unión Europea. Efectivamente, *el "componente 23" recoge como una de las prioridades la modernización de la negociación colectiva*[36]: 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

[35] 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. Puede consultarse la propuesta de reforma global del Estatuto de los Trabajadores 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

[36] 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.

mercado[37], 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 eje sobre el que pivota el sistema de negociación colectiva estatutaria[38]) 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 negociación colectiva constituye una pieza clave del paquete de reformas que serán elevadas al Diálogo Social, abordando aspectos tales como la ultraactividad 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 jubilación[39]. La reforma tiene como objetivo al conjunto de las personas asalariadas y de forma específica a las que tienen sus condiciones laborales reguladas

[37] 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".

[38] 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.

[39] 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.

por un convenio colectivo en sus diferentes ámbitos de 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 el Ministerio de Asuntos Económicos y 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 estos 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 la conservar la empresa, entre ellas los ERTES, el contador a cero en la protección por desempleo, las ayudas a todo 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 inmensa[40].

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", sino es a través de procedimientos que atienda a un justificado 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

[40] 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.

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 cumplimiento). El convenio colectivo típico genérico no es el instrumento considerado como más adecuado para resolver estas situaciones coyunturales. Por lo demás, conviene destacar que la apuesta por la flexibilidad interna negociado como alternativa otras formas de flexibilidad laboral, sí permite hablar de verdaderos instrumentos donde los poderes empresariales se sitúan en el espacio de la negociación colectiva gestional comunicativa o participativa.

Medidas introducidas por la reforma del RDL 32/2021 que cabe estimar como positivas: ultraactividad (materia disponible para la autonomía colectiva negocial), 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 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 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, señalar que la reforma de 2012 había supuesto un giro legislativo hacia un modelo de intervención selectiva y más "autoritaria" en la negociación colectiva[41].

Esta reforma de 2012 (en gran medida la de 2011, ya se situada 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,

[41] 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://mobiroderic.uv.es/bitstream/handle/10550/46097/27-45.pdf?sequence=1&isAllowed=y

"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 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 falto de medidas más innovadoras- planteadas originariamente por el Gobierno de coalición. Recuérdese dos factores de índole sustancialmente política: por un lado, los compromisos asumidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia, con el compromiso adquirido y condicionante para recibir los fondos "Next Generation", y por otro, la exigencia de estabilidad política "interna" en la gobernabilidad de 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 material 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 resolver[42].

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 laboral 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

[42] 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 Tierno, 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.

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 fines 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 materiales 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 una 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 potencia ni garantiza 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 2019[43], 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 tecnología 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 negocial 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

[43] https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf

procesos de regulación de las relaciones laborales y de las decisiones empresariales (la negociación colectiva es una codeterminación negocial sobre el tratamiento dado a determinadas materias, y se convierte en un instrumento de gestión negociada en la que he denominado "negociación colectivas gestional" o participativa, muy presente en los proceso de reestructuración de las empresas y del sistema de empresas)[44].

No es baladí hacer notar que también en este proceso de reformas jurídico-laborales (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 laborales[45].

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; la limitación de la preferencia legal del convenio colectivo como norma de derecho necesario absoluto y medida de flexibilidad interna discrecional y sin alegación de justificado motivo; la cobertura del vacío de determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación; la introducción de nuevos mecanismos de flexibilidad interna (mecanismo red y de estabilización), y limitaciones de las cláusulas convenciones de jubilación forzosa, etcétera.

Tesis 2ª. Las sucesivas reformas laborales anteriores a la de 2021 han ido -en términos de conjunto- 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)[46]. 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.

[44] 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 representantes de los trabajadores,* Madrid, Ed. Civitas, 1992.

[45] 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.

[46] 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

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 supuesto de bloque 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.

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 una 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 hacia 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 incide -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 dirigía 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

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, Fj 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).

la naturaliza de contrato colectivo de trabajo de los convenios de eficacia limita 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)[47].

Tesis 6ª. Al amparo del art. 37 CE encuentran acogida los distintos instrumentos colectivos emanados de la autonomía colectiva negocial, 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 reguladores 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 7. 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 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 esta sea una norma legal dispositiva y no imperativa para la autonomía colectiva negocial. Sería regresar, en este aspecto, al modelo del RD-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 (que no admite la dispositividad colectiva del convenio colectivo 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

[47] Convendría no olvida que "A pesar de la gran extensión del uso de los términos "contrat colectivo", hemos de rechazar su empleo por las siguientes razones: 1.º, porque siendo el carácter predominante en estas convenciones, el normativo, no puede aceptarse una denominación que no alude al mismo; 2.º, porque el nombre de contrato no es adecuado a la naturaleza jurídica de la convención colectiva; 3.º, porque la adopción de tal nomenclatura introduciría confusión entre figuras jurídicas tan netamente diferenciadas, como la regulación de las condiciones de trabajo y el arrendamiento colectivo de servicios". Cfr. Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición y estudio preliminar, "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho" (pp. XI-CLXIII.)*",* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pág. 9.

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 un 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 colectica (preferible a la expresión "administración colectiva", que tiene una connotación más reglamentista, y en nuestro país, de origen netamente estatalista vinculada a época de los convenios colectivos sindicales de régimen franquista) de la institución del convenio y de la propia negociación colectiva dinámica -que implica una reinterpretación adaptativa de los convenio colectivo 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 91del 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 pensiones[48] 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 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 activa[49] 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. Pero debe destacarse que, en el fondo, *ha cambiado la finalidad* principalmente

[48] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

[49] "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".

legalmente perseguida con esta medida habilitadora en favor de la negociación colectiva, *pues ahora lo que se persigue ante todo es la prolongación de la vida activa de los trabajadores maduros o de edad avanzada*. 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"[50]. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia al 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 27/2011[51]. 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 años[52].

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". Así, presenta una lógica flexibilizadora inherente a su posición jurídica en el ordenamiento jurídico que ha de ser valorada y potenciada. Es así que la negociación colectiva es en sí misma un instrumento flexible y la pregunta a la que hay que dar respuesta estará relacionada con el dilema subyacente a ¿Cuál es el modelo de flexibilidad que ha de orientar a la negociación colectiva? O por la flexibilidad neoliberal basada en la imposición de medidas unilaterales adoptadas por el empleador, por la reducción de costes y la precarización de los trabajadores; o bien, flexibilidad garantista que apuesta por una flexibilidad realmente negociada, por la calidad del empleo, la productividad y la innovación permanente. Pues bien, desde el punto de vista del "trabajo decente" o digno de la persona que trabaja y del modelo de competitividad en una economía *"social"* de mercado (que es el modelo diseñado en el bloque constitucional ex artículos 1, 40, 33, 38, 128, 129, 131, etcétera, de nuestra Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico), se ha de postular este segundo modelo normativo.

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

[50] Preámbulo de la Ley 21/2021.

[51] 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.

[52] 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.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, 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.

propuestas en orden a lo que se ha denominado la *flexibilidad laboral ofensiva y bilateral*[53], entendiendo 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 (tanto desde el punto de vista constitucional como de la legalidad vigente) una amplísima libertad de negociar *contenidos sociolaborales* (paradigmáticamente, el art. 85 ET) y a través de su posible materialización en diversos instrumentos jurídicos emanados de la negociación colectiva. 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"), pues resulta manifiesto que la negociación colectiva es el procedimiento colectivo más dinámico y apropiado para la asimilación, la respuesta autorreflexiva y adaptación permanente a las transformaciones en curso vinculadas a las siempre cambiantes formas de organización del trabajo y las mutaciones de estructuras y formas de colaboración de las empresas.

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 -tampoco 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 (sobre el fomento de la negociación colectiva), 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)[54] 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 consagra 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

[53] 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.

[54] 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.

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 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 (se a través de convenio colectivo, o sea mediante acuerdos de empresa, en muchos casos en el cuadro de una consulta-negociación colectiva gestional o comunicativa) o en la atención a las 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 procedimiento 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:

1º. Se carece de una regulación más completa y detallada del impacto de la digitalización de las relaciones laborales y los derechos digitales[55]. 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 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales[56]. También se ha establecido "códigos de conducta" en la negociación colectiva (aunque la experiencia conoce de estos "códigos de conducta" cuya fuente es el poder unilateral del empresario), situados en el racionalidad del "Sofl Law" colectivo[57]. 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 previstas 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

[55] 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

[56] 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.

[57] Ello no obstante, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, le atribuye un carácter vinculante, pero una vez que "se adhieran a los mismos": Capítulo IV. Códigos de conducta y certificación, art. 38 ("Códigos de conducta"). 1. Los códigos de conducta regulados por la sección 5.ª del Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679 *serán vinculantes para quienes se adhieran a los mismos*. Dichos códigos podrán dotarse de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos (…)".

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 […]"). La negociación colectiva tiene un importante papel de adaptación del ámbito de los delegados sindicales a nivel de empresa[58]. En todo caso la negociación colectiva tiene un papel central en lo relativo a las medidas de regulación, vigilancia y control de los algoritmos, para la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la eficiencia[59]. Resulta paradigmática la llamada a la negociación colectiva que se realiza en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), cuyos artículos 9 ("Tratamiento de categorías especiales de datos personales"), apartado 2.h), y 88 ("Tratamiento en el ámbito laboral") remiten expresamente a los convenios colectivos para establecer "normas más específicas" (o "normas específicas") para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral[60].

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)[61]. El Acuerdo tiene

[58] Solà Monells, X., y Esteban Lejarreta, R.: *La representación laboral en las empresas dispersas y en red. Problemática, disfunciones y propuestas correctoras,* Granada, Ed. Comares, 2021, págs. 154 y sigs., con referencia a las cláusulas convencionales.

[59] Rodríguez Escanciano, S.: *Derechos laborales digitales: garantías e interrogantes,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2019; Baz Rodríguez, J.: *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital,* Madrid, Ed. Wolters Kluwer, 2019; Moreno Díaz, J.M.: *La negociación colectiva en el marco de la digitalización,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2021; Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informática en el marco de la actual empresa "neopanóptica",* Cizur Menor (Navarra), 2021.

[60] Con un carácter más general y en el pórtico mismo del RGPD se indica que "El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los convenios de empresa, pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral , incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral". Cfr. Considerando 155 del Preámbulo. Por lo demás el derecho de informa de los representantes de los trabajadores ex art. 64.1.4 ET (añadido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre) es ya en sí útil para la el soporte informativo de la negociación colectivo, dada la íntima vinculación entre las estructuras representativas y la dinámica de la negociación colectiva.

[61] En los convenios colectivos sectoriales en los supuestos en que el contrato fijo-discontinuo se justifique por la celebración de una contrata o subcontrata, el plazo máximo de inactividad entre contratas y subcontratas (artículo 16.4 del ET) debería ser fijado por el convenio colectivo. 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.

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, poniendo de relieve que los sindicatos (y las organizaciones empresariales) no se limitan a articularse con la ley para completarla o mejorarla, sino que pretende mantener un espacio de autonomía y autogobierno colectivo no dependiente de la regulación legislativa y por tanto yendo más allá de la regulación legal y de su función de garantía del principio de normativa mínima y tutela de los derechos sociales de desmercantilización. De esta manera dominan las relaciones de poder entre los interlocutores sociales pero también la institucionalización de reglas de juego que no sólo derivan del sistema legal, sino también de reglas de las cuales se dotan los propios antagonistas sociales, protagonistas de la negociación colectiva. Y por supuesto a partir de su autonomía colectiva tiene la potestad de establecer convenios como fuentes positivas en sentido traslativo e instrumento de codecisión negocial (artículos 37.1, en relación con los artículos 7 y 28.1 de la Norma Fundamental del ordenamiento jurídico).

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, 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 a 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 modernizar los convenios colectivos para para enriquecer sus contenidos de tal manera que contribuya, 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 colectica 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.

Pero, como es obvio, no toda reforma puede realizarse a través de un pretendido e ineficiente "laissez faire colectivo" absoluto. La legislación pública tiene que garantizar por mandato constitucional una normativa básica de derechos fundamentales de libertad y de derechos sociales de "desmercantilización" del trabajo profesional; y debe establecer una necesaria legislación de garantía y fomento a la negociación colectiva (como se impone deducir el art. 37.1 CE). A partir de ahí, la autonomía colectiva debe detentar el espacio vital de autorregulación y autotutela que le es propio (art. 37.1º y 2º, en relación con el art. 7 CE). Hay que señalar, asimismo, que estos objetivos pretendidos

Para las 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.

se han conseguido de manera más eficiencia gracias 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 una diálogo social bilateral entre los interlocutores sociales)[62]. 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 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 garantista 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 ASAC[63]. 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)[64]. 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

[62] 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.

[63] 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.

[64] La procedimentalización y el encauzamiento casi sin solución de continuidad es fomentado por vía legislativa. Paradigmáticamente, el bloque normativo formado por los artículos 85.3.c) y e), 82. 2º y 3º, 86.4, 89.4, 91, Disposición Adicional Novena 1.c), Disposición adicional decimotercera ("Solución no judicial de conflictos"), entre otros, del ET. Resulta particularmente significativa por su lógica interna la Disposición adicional decimotercera ("Solución no judicial de conflictos") del ET, según la cual "En el supuesto de que, aun no habiéndose pactado en el convenio colectivo aplicable un procedimiento para resolver las discrepancias en los periodos de consultas, se hubieran establecido, conforme al art. 83, órganos o procedimientos no judiciales de solución de conflictos en el ámbito territorial correspondiente, quienes sean parte en dichos periodos de consultas podrán someter de común acuerdo su controversia a dichos órganos".
Véase el 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 sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). «BOE» núm. 334, de 23 de diciembre de 2020. https://www.boe.es/eli/es/res/2020/12/10/(6). Las sinergias en la línea del art. 37.1º y 2º CE entre los procedimientos de solución autónoma (aparte del origen ex art. 83.3 ET) se refleja en el art. 1, conforme al cual : "El presente Acuerdo tiene por objeto el mantenimiento y desarrollo de un sistema autónomo de prevención y solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre las empresas y las trabajadoras y trabajadores, o sus respectivas organizaciones representativas, así como el *impulso de la negociación colectiva* con pleno respeto de la autonomía de las partes y la realización de cuantas acciones se estimen oportunas para mejorar la calidad y el conocimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos". Se impulsa la expansión de los procedimientos de solución autónoma a otros niveles: Por convenio colectivo o acuerdo colectivo sectorial estatal o convenio de empresa, grupo de empresa o empresas vinculadas que cuenten con centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma, se podrán establecer sistemas propios de solución de conflictos no integrados en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje previsto en el art. 5 de este Acuerdo. Si dicho sistema propio no contemplara todo el ámbito funcional del art. 4, operará el VI ASAC para lo no recogido por aquél" (art. 3.3).

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"[65]. No se indica que la huelga sea la última medida a adaptar, 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 gestional o participativa, previstos en artículos como el 41, 40.1, 44, 47, 51, etcétera, del ET) y re-negociación de los convenios colectivos.

Significativamente en le CSEr se establece que con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover el establecimiento y uso de procedimientos apropiados de conciliación y arbitraje *voluntario* para la solución de conflictos laborales (art. 6.3 CSEr). De acuerdo con el art. 6.3 CSEr, se deben establecer procedimientos de conciliación, mediación y/o arbitraje para facilitar la solución de conflictos colectivos. Pueden establecerse por ley, por convenio colectivo o por el uso. El art. 6.3 también se aplica al sector público[66].

Importa hacer notar que no es la primera vez que los interlocutores sociales realzan 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"[67]. En definitiva: los interlocutores sociales defienden su espacio propio de autonomía colectiva.

-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 promueve, en efecto, por 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

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

[66] El *Digesto de la Carta Social Europea* 2018, art. 6.3. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado en sus conclusiones que la conciliación-mediación es un proceso para la solución amistosa de un conflicto laboral, mientras que el arbitraje permite que la disputa se resuelva sobre la base de una decisión tomada por una o más personas elegidas por las partes. El resultado del procedimiento de conciliación-mediación no es obligatorio para las partes. Por el contrario, el resultado del procedimiento de arbitraje es vinculante para las partes. Cualquier sistema de arbitraje debe ser independiente, y la cuestión de fondo del arbitraje no puede predeterminarse por criterios preestablecidos. Ahora bien: *Cualquier forma de arbitraje obligatorio es contraria a esta disposición*, ya sea que la ley nacional permita que solo una de las partes en un conflicto someta el conflicto al arbitraje sin el acuerdo de la otra parte o que permita Gobierno u otra autoridad para llevar la disputa a arbitraje sin el acuerdo de las partes o una de ellas. Sin embargo, dicha restricción es posible si se encuentra dentro de los límites establecidos por el art. G. Con la pertinente "jurisprudencia" del Comité Europeo de Derechos Sociales. https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf. Traducido por Carlos Hugo Preciado Domènech. Doctor en Derecho. Magistrado especialista del TSJ Catalunya.

[67] 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.

y del nuevo Mecanismo Red como herramienta de flexibilidad interna que mantenga empleos y empresas frente a medidas más traumáticas.

-En relación al impacto de las *nuevas tecnologías* se pretende desarrollar en la negociación colectiva todos los elementos que el acuerdo sobre nueva normativa de trabajo a distancia -o 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 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 comunes[68].

E). En materia de previsión social complementaria (vinculada las prestaciones sociales a las que complementa, mejorándolas)[69], 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.

[68] 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 instamos 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, instamos 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).

[69] Aunque contempladas de la lógica de la masa salarial (o retribución en sentido amplio). Capítulo VI ("Retribución), apartado 4.

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"[70]. 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 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 noviembre[71]. Hay que tener en cuenta que esta 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 se asumen funciones o tareas en interconexión con las políticas de inversiones.

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 salariales[72].

[70] Véase los artículos 238 y siguientes de la LGSS.

[71] 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. Thompson-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.

[72] "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

H). La materia de la Seguridad y Salud en el Trabajo es unas 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 trabajo[73].

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). (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 flexibilidad externa y en la

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 deberían 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).

[73] 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).

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 el 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 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 relativa 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). Está en proceso de elaboración una Propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión digital, que abre espacios a la negociación colectiva[74].

-Pero el marco de referencia estratégico es el proceso estructural 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 que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como en 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 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 Digitalización[75] 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.

[74] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el derecho a la desconexión. Texto recogido en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_ES.html#title1 Conforme al art. 4 "Los Estados miembros podrán, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, confiar a los interlocutores sociales la celebración de convenios colectivos a nivel nacional, regional, sectorial o patronal que establezcan o complementen las condiciones de trabajo a que se refiere el apartado 1" (apartado 2). Por otra parte, se establece que "Los Estados miembros velarán por que los trabajadores que no estén amparados por un convenio colectivo de conformidad con el apartado 2 gocen de protección de conformidad con la presente Directiva" (apartado 3).

[75] https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=en&agreementId=5665

En desarrollo de dicho Acuerdo Marco, firmado por los interlocutores sociales europeos, las partes firmantes del V AENC se considera 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 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 instamos 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.

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 de la autonomía colectiva tiene 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)[76].

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 la 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 su la incorporación de las nuevas tecnologías y su afectación a trabajo a 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 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

[76] 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. 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.

acuerdos colectivos en las relaciones laborales en espacio 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 *impone* 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 llevarlos a la práctica sincronizando la acción internacional y a 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 inevitable conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos; procedimientos que no excluyen el recurso extremos 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"[77].

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 empresarial[78].

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 tecnología como instrumentos de dominio y no sólo como posibles -necesarios- instrumentos al servicios 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 en su derecho a la libertad absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con

[77] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, págs.45-65, en particular pág. 64.

[78] 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), Thompson-Aranzadi, 2021; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023.

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 laborales[79]. El riesgo es que se anteponga las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algoritmos tal y como son utilizados) anteponiendo 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 dominio y acumulación del poder en continuo aumento. Es 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 utilización de las tecnología 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 descentralizado 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 ET[80], con una regla de preferencia legal indisponible por la autonomía colectiva, conduciendo hacia una forma de descentralizada forzada desde este punto de vista). En 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

[79] 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.

[80] Véase Gorelli Hernández, J.: "La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico", Segunda Ponencia del segundo panel de las *40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo* (celebradas en Granada, los 8, 9 y 10 de noviembre de 2023), Monereo Pérez, J. L. (Coord.), Granada, CARL, 2024. 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.

presión que ejerce la potenciación de la competitividad de la empresa flexible y la opción liberalizador 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 sector. 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 una incremento de los poderes reales del empleador favorecido por una negociación colectiva "concesiva"[81] 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. Hay que subrayar, en este contexto, que el sindicato, en su condición de sujeto sociopolítico, constituye uno de los instrumentos para que los trabajadores puedan defenderse de los poderes privados y públicos en una democracia constitucional pluralista y, llegado el caso, ser una instancia de poder de resistencia -junto a otras- ante posibles involuciones llevadas a cabo a través de políticas "deconstituyentes" de las instituciones del sistema democrático establecido en las Constituciones normativas con Estado Social de Derecho. La misma negociación colectiva, con sus sistemas de equilibrios, puede ser un cauce de diálogo bilateral que contribuya a crear las condiciones para evitar las tentaciones totalitarias de los poderes públicos y privados cada vez están más entrelazados.

## 3. LAS MEDIDAS CONCRETAS ADOPTADAS POR EL RD-LEY 32/2021: ANÁLISIS DE SÍNTESIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DEL DERECHO

### 3.1. El principio de prevalencia legal del convenio de empresa sobre el convenio de sector o supraempresarial: incidencia de la reforma RD-ley 32/2021, en la concurrencia de convenios colectivos

La reforma de 2012 había establecido unilateralmente -sin consenso con los interlocutores sociales- un principio de prevalencia del convenio colectivo de empresa sobre los convenios de ámbito superior, configurada como norma de Derecho necesario absoluto, y, por tanto, indisponible por la autonomía colectiva negocial. Esta reforma supuso una revisión de la ya en sí problemática regulación al respecto operada en virtud del RD-Ley 7/2011, de 20 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. La reforma operada en el RD-ley 2012 (convertida después en Ley 3/2012) transformó *ope legis* el carácter supletorio de la regla de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que había sido introducida originariamente por la reforma de 2011, en una norma de Derecho necesario absoluto (orden público laboral absoluto), intangible para la acción de la autonomía colectiva y explícitamente considera como indisponible respecto de los convenios y acuerdos colectivos. Instaura la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa con carácter indisponible por los Acuerdos Marco Interconfederales y acuerdos y convenios colectivos sectoriales

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

(norma derecho necesario absoluto). De este modo, y en cualquier momento, un convenio de empresa podría afectar a lo establecido en un convenio de ámbito superior que le es aplicable en materias de enorme relevancia en el contenido y equilibrio interno del convenio colectivo. Su efecto, no ha sido sólo la pérdida de una mínima homogeneidad, sino una devaluación salarial y una excesiva atomización en cascada de la negociación colectiva hacia el horizonte de la empresa y con pérdida de control colectivo/sindical de los sujetos que negociaron el convenio sectorial. Un cambio de esta trascendencia, debe recordarse, se hizo sin un periodo previo de consulta, ni tampoco, por supuesto, de intento de negociación (pre)legislativa con los interlocutores sociales.

La STC 119/2014, de 16 de julio, avaló la legitimidad constitucional de esta innovación legal, entendiendo que la misma "ni imposibilita la negociación colectiva del ámbito superior sobre las materias respecto de las cuales se prevé tal prioridad ni resta eficacia normativa a la regulación sectorial ya existente, que seguirá siendo de aplicación en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio colectivo". Por otra parte, la jurisprudencia entendió, correctamente, que la regla de prioridad aplicativa solo es predicable para los convenios de empresa, pero no para los convenios de ámbito inferior a esta (centro de trabajo o una unidad productiva autónoma dotada de organización específica ex art. 1.5 ET) (STS 8 de febrero de 2018, rec. 56/2017). Para ello el Tribunal Constitucional parte de que el art. 37.1 CE habilita al legislador ordinario para seleccionar e imponer unidades de negociación colectiva a través de reglas legales de concurrencia que atribuyan preferencia aplicativa los correspondientes convenios colectivos, y hacerlo con carácter indisponible para los Acuerdos-Marcos y convenios de sector. Más allá de esto, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad de la regulación legal se limita, en lo sustancial, respecto a la distribución de las competencias de la autonomía colectiva entre los diversos niveles o unidad negociadora. El derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE es un derecho de estricta configuración legal Sentado esto, el Alto Tribunal legitima la opción de política legislativa por la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio superior de sector impuesta como orden público laboral por la reforma laboral de 2012, siendo así que en la configuración legal del derecho constitucional a la negociación colectiva el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición de la ley en la jerarquía normativa. De ahí que, entendiendo el Tribunal Constitucional, el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular los aspectos básicos de su ejercicio, regulación legal que puede adquirir, si así se ha establecido, el carácter señalado de *ius cogens* reforzado como derecho necesario absolutamente inmodificable (SSTC 119/2014, 8/2015, en relación con la STC 85/2001, entre otras).

Así conforme al art. 84.2 ET la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos estatutarios de ámbito superior (Título III ET)[82], tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en un conjunto importante de materiales (que en la primera redacción de la Ley 2/2012, incluía las cuantías salariales). Esta intromisión en la diseño de la estructura y reglas de concurrencia de la negociación colectiva y a través de normas de derecho necesario absoluto no parece coherente con la configuración del derecho que se infiere del art. 37.1 CE (pese la superación del test de constitucionalidad según declaró el Alto Tribunal), pues pertenece

[82] No obstante, "ello no impide que las partes puedan pactar que para la modificación del convenio extraestatutario se acuda a trámites y procedimiento más exigentes que los previstos por el art. 41 ET; al fin y al cabo se trataría de establecer una mayor protección frente a la MSCT". Cfr. 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* (Celebradas en Granada, los día 8, 9 y 10 de Noviembre de 2023), Monereo Pérez, J.L. (Coord.), 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.

a su contenido esencial (art. 53.1, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 CE). Lo que vincula tanto al Tribunal Constitucional (control concentrado de constitucionalidad) como a los órganos de la jurisdicción ordinaria (control de difuso de convencionalidad)[83]

-El principio o regla de primacía legal *ope legis* (art. 84.2 ET) se plateaba como una excepción a las reglas generales de concurrencia de los convenios colectivos establecidas en el art. 84.1 ET (el art. 84.1 ET lo deja muy claro cuando indica que "salvo lo previsto en el apartado siguiente"). Con una finalidad de flexibilidad interna "negociada" de adaptación sobrevenida a las circunstancias de la empresa y, de ordinario, con la facultad de introducir modificaciones "in peius" de las condiciones de trabajo y empleo listadas en el apartado 2 del art. 84.2 ET, sin la carga de la prueba de la concurrencia de una causa objetiva justificante o legitimadora (a diferencia de la medida del descuelgue prevista ex art. 82. 2 ET). En cualquier caso, no estamos en la inaplicación ex art. 84.2 ET no estamos ante un instrumento de flexibilidad interna unilateralmente adapta por el empresario, sino a un flexibilidad interna negociada materializada en un convenio de empresa. Esto le aproxima, por ejemplo, al descuelgue de modificaciones sustanciales o no sustanciales previsto para los convenios colectivos estatutarios ex art. 82.3 ET[84], y le diferencia, por ejemplo, del supuesto de modificaciones sustanciales de convenios colectivos extraestraestaturarios, puesto que después de agotado el periodo de consulta-negociación colectiva gestional, el empleador puede proceder a imponer la modificación sustancial,

[83] La admisibilidad del control de convencionalidad y sus distinción respecto al control de constitucionalidad, en FJ 6 de la STC Pleno 140/2018, de 20 de diciembre de 2018. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré. 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.

[84] La "modificaciones de las condiciones de trabajo" (deja claro que no se limita sólo a las modificaciones sustanciales, sino también a las modificaciones no sustanciales o no esenciales establecidas en los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III del ET deberá realizarse conforme a lo establecido en el art. 83.3 (Art. 41.6); es decir, a través del instrumento del descuelgue del convenio colectivo estatutario, el cual exige, en principio, el acuerdo colectivo de empresa (art. 83.3 ET, que confirma que no exige el carácter "sustancial" de la modificación, por más que remita tan sólo al procedimiento ex art. 41 ET). Significativamente, el art. 82.3 ET, incluye en la lista de materias un apartado "g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social", que no figura en la lista ex art. 41.2 ET. Además, la lista de materias ex art. 82.3 ET es cerrada, a diferencia de la matizada que sí realiza el art. 41.1, párrafo 2º, del ET, a cuyo tenor "Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, *entre otras,* las que afecten a las siguientes materias…". Aquí podría plantearse la existencia de una contradicción porque si la lista ex art. 82.3 ET es cerrada -según el tenor literal que no hace ninguna referencia a una posible cláusula de apertura a otras modificaciones- *no* podrían incluirse otras modificaciones. Pero se puede salvar indicando que si se puede realmente lo más (descuelgue de "modificaciones sustanciales") contenidas en un convenio colectivo estatutario, también se puede lo menos (descuelgue de "las modificaciones no sustanciales"). Lo que está claro, en cualquier caso, es el empleador *no* puede modificar unilateralmente una condición de trabajo o de empleo establecida por convenio colectivo estatutario. Pero, por supuesto, tampoco quedaría impedida la vía de revisión, en todo momento, del convenio colectivo estatutario prevista ex art. 86.1, párrafo 2ª, del ET. Pero este problema interpretativo se ha resuelto ya por la jurisprudencia y la doctrina científicas.
Efectivamente, como se ha advertido, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "la diferencia esencial entre uno y otro instrumento reside en el tipo de condición que pretende modificarse, de manera que las fijadas por convenio colectivo estatutario (y que estén en el listado del art. 82.3 ET) han de tramitarse por el procedimiento de descuelgue (En este sentido las SSTS de 30 de junio de 2016, RJ\2016\3939; de 15 de julio de 2015, RJ\2015\6381; la SAN de 3 de abril de 2017, AS\2017\560; o las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2022, JUR\2022\363586; Andalucía de 21 de marzo de 2019, AS\2019\113; Galicia de 6 de octubre de 2015, AS\2015\1926; Cataluña de 22 de julio de 2015, AS\2015\1798; Madrid de 15 de septiembre de 2014, AS\2014\2902; Madrid de 8 de julio de 2014, AS\2014\2770)". Cfr. Gorelli Hernández, J.: *La inaplicación del convenio colectivo. Principales elementos conflictivos de su régimen jurídico*, Segunda Ponencia en 40 Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo (CARL), Granada, CARL, 2023, pág. 3, nota 18.

sin perjuicio de la posibilidad ex posterior de acudir a la impugnación judicial de la medida (art. 41.5 ET).

Pero, en realidad, y con ser eso ya importante, va más lejos porque impide que la autonomía colectiva ex art. 83 ET pueda ordenar la estructura de la negociación colectiva y los criterios para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos. Afecta también al art. 3.3 ET, que establece un principio de norma más favorable en la concurrencia entre convenios colectivos, como normativa estatal supletoria respecto de la autonomía colectiva negocial al máximo nivel (art. 83.2 ET[85]). El legislador opta como criterio normalizado por la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector (teniendo en cuenta que ni siquiera la reforma de la Ley 3/2012 fue una reforma negociada sino impuesta a los interlocutores sociales al máximo nivel). Es una intromisión en la delimitación de modelo normativo de estructura y concurrencia entre convenios colectivos.

-Este principio de primacía legal tenía la característica inusual de su ser "acausal", toda vez, que no se exige que el convenio colectivo de empresa tenga que alegar y probar la existencia de un justificado motivo para inaplicar, nada menos, el convenio de ámbito superior (a diferencia de los descuelgues y cláusulas de inaplicación previstos ex art. 82.3 ET que requiere la prueba de la existencia de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

-Pero no quedaba ahí la singularidad, porque se introduce una prohibición en una norma procedimental dirigida a la autonomía colectiva, a saber: "Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado". Se trata de una norma de Derecho necesario absoluto, que limitaba el espacio decisorio que le es propio a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para establecer los principios y criterios que han de regir la estructura y reglas de concurrencia en el sistema de negociación colectiva (art. 84.2, último párrafo, del ET).

-Por otra parte, la misma prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas (que incluye a las redes de subcontratación) por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET (art. 84.2, penúltimo párrafo, del ET)[86]. No debe pasar desapercibida la relevancia de esta preferencia extensiva porque el mundo empresarial actual está presidido por procesos de colaboración e integración empresarial a través de la "forma del grupo de empresa", como modalidad de empresas de estructura jurídico-económica complejamente organizada y articulada.

-El supuesto contemplado venía a establecer una normativa -*no previamente negociada con los interlocutores sociales*- de flexibilidad interna negocial, que resulta indisponible para la autonomía colectiva ex art. 83.2 ET[87], invadiendo, así, espacios propios de autorregulación que deben ser

[85] A cuyo tenor: "Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbitos" (art. 83.2 ET).

[86] La Disposición Adicional del RDL 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancía, amplia el ámbito de aplicación del principio o regla de preferencial legal aplicativa del convenio de empresa al establecer que "los convenios colectivos que se negocien de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.1 ET por una pluralidad de empresas que estén vinculadas en razón de su adscripción a un mismo puerto y nominativamente identificadas tendrán igual prioridad aplicativa que los convenios a que se refiere el art. 84.2 de ET".

[87] "Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de

preservados a los actores sociales. Impide el autogobierno del espacio vital propio en la delimitación y control de la estructura y régimen de concurrencia de los productos derivados de la negociación colectiva. El principio de preferencia legal no es, así, una regla más de excepción al principio de no afectación ex art. 84.1 ET, sino que incide sobre el (auto)gobierno de la estructura y la concurrencia de convenios en virtud de intervencionismo legal cuando menos dirigista y autoritario. Y es dirigista porque se impone *"ope legis"* a la autonomía colectiva un determinado ámbito de negociación como es el del convenio de empresa con la supresión del carácter dispositivo para la autonomía colectiva de esta excepción al principio del "prior in tempore" formulado en el art. 84.1 ET.

El legislador no impone la negociación colectiva de empresa (de ser así se agravaría el problema con una más manifiesta inconstitucionalidad de la medida), pero sí la favorece de manera *normalizada* a expensas de la decisión de la autonomía colectiva de los sujetos legitimados para negociar el convenio de sector objeto de inaplicación, afectando a la fuerza vinculante del convenio de sector vigente, el cual se convierte en disponible en un conjunto de materiales muy importantes (aunque con lista cerrada) a través del convenio de empresa. El protagonista es el legislador estatal que es la que se autoconfiere el poder de decisión como ordenación de la estructura y reglas de concurrencia de los convenios colectivos. Aunque no se imponga literalmente una estructura negocial -lo cual implicaría

distintos ámbitos" (art. 83.2 ET). Ámbito de autogobierno que confirma la regla supletoria ex art. 84.1 ET, sino fuera por la salvedad introducida "y salvo lo previsto en el apartado siguiente". Pero antes de las reformas del ciclo corto de los años 2010, 2011, 2012, lo que se preveía es que los sindicatos y las asociaciones empresariales podrían en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Véase también "in fine" el vigente art. 84.3 ET, conforme al cual "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 Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". De ahí podría emerger, de manera incipiente, un *marco autonómico de negociación colectiva de ámbito de Comunidad Autónoma,* que acabaría incidiendo en la conformación de singularidades autónomas en el estatuto profesional convencional de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En esa dirección camina explícitamente el pacto de investidura entre PSOE y PNV, Madrid, 10 de noviembre de 2023.

Incidiendo en la problemática de la "prelación de convenios", se acuerda modificar en el plazo de seis meses el art. 84.3 y 84.4 del ET en los siguientes términos: "Artículo 84. Concurrencia. 3. No obstante lo establecido en el artículo anterior, en el ámbito de la una comunidad autónoma, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88, podrán negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales en la comunidad autónoma que tendrán prioridad aplicativa sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre que dichos convenios y acuerdos obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación y su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales. 4. En el supuesto previsto en el apartado anterior, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica". Debe subrayarse que se impone el principio legal de mayor favorabilidad respecto de los convenios o acuerdos estatales (prevalecen los convenios a nivel de comunidad autónoma cuando mejoran la situación de los trabajadores), lo que no viene exigido en absoluto en la redacción vigente del art. 84 ET para la inaplicación del convenio de ámbito superior, por un lado, y por otro, que se restringe el ámbito de materias que pueden ser objeto de inaplicación en virtud de la preferencia legal de los convenios o acuerdos de empresa de ámbito autonómico. Ahora bien, debe subrayarse, en este contexto flexibilizador, que continuaría rigiendo el criterio legal de no exigencia de causalidad específica para llevar a cabo la inaplicación del convenio o acuerdo de ámbito estatal.

Aproximaciones de urgencia sobre esta propuesta de preferencia limitada de los convenios y acuerdos autonómicos sobre los de ámbito estatal pueden apreciarse en Correa Carrasco, M.: "La propuesta de regla de concurrencia de convenios recogida en el pacto de investidura entre PSOE y PNV", *Briefs AEDTSS*, 63, 2023; Martínez Gayoso, M. N.: "Estado de las autonomías y negociación colectiva", Briefs AEDTSS, número, *Briefs AEDTSS*, 62, 2023; Moll Noguera, R.: "La reforma del art. 84 por PSOE Y PNV: el resurgimiento del principio de mayor favorabilidad", *Briefs AEDTSS,* 64, 2023.

una obligación de negocial convenios de empresa por la vía del art. 84.2 ET-, sí hay un intromisión en el diseño de la estructura de la negociación colectiva toda vez que se abre la posibilidad de que cualquier convenio de empresa pueda disponer sin exigencia de alegación de motivo justificado de importantes materias litadas en ese precepto, privando a la autonomía negociadora expresada en el convenio superior preexiste de hacer valer la regulación que se ha establecido para todo el sector. La dispositividad del convenio superior vigente por el convenio de empresa se impone a través de un principio de especialidad prevalente "*ex lege*" sobre la autonomía colectiva expresada normativamente en el convenio de sector afectado. Dispositividad "*ope legis*" del convenio superior preexistente por el convenio colectivo de empresa en el importante conjunto de materias establecido en el art.84.2 ET, sin contar con un mínimo control por parte de los sujetos negociadores del convenio superior y tampoco con lo que pueda ser establecido por un Acuerdo Marco pactado conforma a lo previsto ex art. 83.2 ET. No solo se trata de una simple *flexibilidad habilitante* para el convenio colectivo de empresa, sino también -y más incisivamente- de una *flexibilidad legalmente impuesta* a la negociación colectiva (a nivel Acuerdos Marcos y de Convenios Colectivos Sectoriales). Con este criterio flexibilizante impuesto por la propia ley se altera la mecánica garantista de *colaboración* internormativa y aplicativa entre la legislación pública y la negociación colectiva, donde predomina la prohibición y el establecimiento de límites y restricciones a su poder social y jurídico de autorregulación específica. Pero también en detrimento de su función típica de complemento y mejora.

La dispositividad no implica derogación alguna del convenio superior, pero si afecta a su eficacia jurídica personal generalizada en todo su ámbito de aplicación. Si hay inaplicación *in peius* ex art. 84.2 ET (el convenio de empresa no deroga en *ius strictum* el convenio de ámbito superior, pues este continua vigente; es decir, no es un "convenio derogatorio" si se utiliza una terminología estrictamente técnico-jurídica; cuestión distinta es si se hace referencia a que se produce una "derogación singular" respecto al ámbito empresarial afectado) la regulación de las materiales afectadas la regulación convencional sectorial de las mismas seguirá estando vigente para el resto de las empresas que no han hecho uso de su facultad de inaplicación atribuida por el legislador. Y el convenio colectivo no pierde su fuerza normativa, pero ve minorada su ámbito material de aplicación en todo el sector de actividad en las materias objeto de incumplimiento específico. Es manifiesto que, como regla, los convenios de ámbito inferior pueden establecer sin hacer reclamo del art. 84.2 ET una regulación *in melius*, porque de ordinario los convenios colectivos establecer garantías de mínimo mejorables a través de los convenios de ámbito inferior, afectando a la homogeneidad y al equilibrio interno buscados. Pero sería ingenuo pensar que el art. 84.2 ET espera regulaciones "in melius" y no "in peius". De ser así, ¿Qué razón tendría prohibición a la autonomía colectiva al máximo nivel que impidiera la disponibilidad de esos convenios de sector por los convenios de empresa a través del cauce a-causal del art. 84.2 ET? Esta medida -supuestamente de flexibilidad interna negocial- es más una desarticulación o desestructuración de la negociación colectiva que la potenciación de una descentralización ordenada y garantista hacia la empresa, con el efecto inducido general de favorecer un *dumping social empresarial* dentro del sector de actividad de que se trate.

No se puede hablar simplemente de una intervención reforzada del legislador, sino más exactamente de un dirigismo autoritario que invade espacios antes reservados a la esfera de funciones de la autonomía colectiva[88]. Corresponde ciertamente a la ley estatal establecer un marco regulador de la estructura y de los principios de concurrencia de los convenios colectivos, pero no se olvide que le corresponde llevar a cabo una política de fomento de la negociación colectiva, de tal manera que a ésta no se prive de los espacios vitales de regulación que le son propios. Aunque parezca

[88] En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: "Los 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, espec., págs. 455 y sigs. ("3. Las opciones de política del Derecho estatal: el giro hacia un modelo de intervención selectiva y más autoritaria en la negociación colectiva").

innecesario decir, el legislador debe entender que la negociación colectiva no es un instrumento de regulación suyo (no se olvide lo que expresamente indica el art. 37.1 ET respecto al papel del legislador: "garantizar" el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva), sino de los interlocutores sociales; como tampoco es un instrumento al servicio de los intereses de la empresa (que más allá de su objetivación, incorpora los beneficios y riesgos propios de la empresario). Es un instrumento de organización de las relaciones colectivas de trabajo, de solución de los conflictos laborales y gestión participativa en las decisiones empresariales. Por tanto, no es un simple instrumento al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa. El art. 84.2 ET sobrepasa inequívocamente los límites de la intervención estatal en la ordenación de la negociación colectiva para tratar de imponer su propio modelo de estructura y reglas de concurrencia entre convenios, ignorando sus límites y los espacios vitales de autonomía que le corresponden a la negociación colectiva como proceso de autorregulación social: a este le debe corresponder el gobierno de las decisiones fundamentales sobre la estructura y reglas de concurrencia de los convenios colectivos, como se puede inferir incluso del propio art. 83.2 ET, en relación con el art. 37.1 CE (cuyo contenido esencial comprende el derecho de las partes negociadoras a diseñar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos que son la expresión formal (jurídico-positiva) del poder sustancialmente normativo que ostentan.

La experiencia jurídica en la aplicación del principio de preferencia ex art. 84.2 ET muestra la utilización problemática del convenio de empresa para desestabilizar la estructura de la negociación colectiva, porque los convenios sectoriales no han podido controlar previamente las inaplicaciones realizadas -en las materiales legalmente previstas, que antes de la reforma de 2021 comprendían la materia salarial. Es más se ha tratado más de una flexibilidad de adaptación de una flexibilidad negativa de imposición por el convenio de empresas de condiciones de trabajo *in peius* respecto a las garantizadas en el convenio de sector. Y ya se sabes cómo determinadas expresas (las empresas multiservicios) utilizaron esa facultad preferencial sobre los convenios de sector. Este cauce de inaplicación a-causal supone un vaciamiento de la fuerza reguladora de las condiciones de trabajo del convenio sectorial afectado. Y recordemos que conforme se desciende al ámbito de la empresa el poder del empleador se hace más fuerte -más preeminente por la misma lógica de la necesidad- respecto de la representación sindical y unitaria de los trabajadores. La pretendida descentralización hacia la empresa a través del principio de preferencia aplicativa o preferencia legal del convenio de empresa lejos de utilizarse como un instrumento de flexibilidad laboral negociada, se está utilizando como mecanismo de precarización de las realizaciones laborales y de excesiva atomización de la negociación colectiva en los sectores de actividad. El debilitamiento de la función homogeneizadora de los convenios colectivos sectoriales ha quedado debilitada, por una descontrolada técnica de fomento legal de la descentralización flexibilizadora hacia la empresa, sino que existan verdaderos instrumentos de garantía y control de que esa flexibilidad sea equilibrada y no una simple "flexibilidad nociva", que acaba estableciendo una competencia desleal entre las empresas del sector y un reducción y fragmentación injustificada de las garantías colectivas atribuidas a los trabajadores. Es necesario, por ello, que la autonomía recupera el control de los equilibrios necesarios entre centralización y descentralización satisfactoria por ser adecuada para dar respuesta a los desafíos de las transformaciones en curso y por alcanzar un necesario equilibrio entre los intereses contrapuestas en juego en un modelo económico, como el actual del capitalismo tardío, donde las empresas no se estructural precisamente como organizaciones productivas basadas en pretendidas "comunidades de intereses".

El carácter negociado de la reforma laboral establecida por el RDL 32/2021 impidió una neutralización completa de esta medida neutralizadora del poder de autogobierno legítimo de la autonomía colectiva sobre la estructura de la negociación. Sin embargo, su virtualidad ha sido la de

suprimir el primer apartado a) del art. 84.2 ET, 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 las siguientes materias […] a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa". La modificación es importa en sí misma, pero insuficiente para que el convenio colectivo de sector sea el eje principal del sistema de negociación colectiva en el respectivo ámbito de negociación y como garantía de una cierta homogeneidad de condiciones de trabajo en el mismo y evitar prácticas de competencia desleal y especulativa a través de la reducción de los costes y garantías laborales. En otras palabras: evitar una forma de flexibilidad laboral interna nociva, tanto desde el punto de vista laboral como de las buenas prácticas entre las empresas de un mismo sector de actividad económica.

Se trata, así, de introducir una reforma parcial pero relevante, dados los datos de la experiencia (por otra parte previsibles) en el uso abusivo y las disfuncionalidades a que dio lugar la disponibilidad del convenio sectorial en materia salarial por parte del convenio de empresa. Y es importante porque ha devuelto a la negociación colectiva de nivel sectorial el papel central de ordenación de la materia y la posibilidad de garantizar de un modo más homogéneo en el sector la fijación de salarios dignos que contribuyan a la redistribución de las rentas vinculados al trabajo y a los rendimientos/beneficios empresariales (artículos 35.1 y 40 CE).

Pero en todo lo demás, tanto el principio de primacía legal absoluta e incondicionada causalmente como en el resto de las importantísimas materias esta disposición queda intacta. Así, el convenio colectivo de empresa en cualquier momento de la vigencia del convenio sectorial o supraempresarial puede hacerse prevalecer sobre él en cualquiera de las siguientes materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. En efecto, esta lista puede ser ampliada por los acuerdos y convenios colectivos de ámbito superior (El art. 84.2. f) ET dispone que la prioridad aplicativa se podrá extender a: "Aquellas otras [materias] que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2"). Pero ahí acaba la función del convenio superior al de empresa, porque no puede reducir estas materiales, ni tampoco suprimir o condicionar causalmente la utilización de este principio de preferencia *ex lege* dado que estamos ante una prohibición legal recogida en una norma de derecho necesario absoluto. Si existe esta ampliación, se ha de entender que respecto de las materias ampliadas sí se puede establecer condiciones y procedimientos establecidos por Acuerdo Marco ex art 85 ET.

Ciertamente, el *alcance la reforma* es limitado, pero hay que reflexionar seriamente sobre el hecho de que muchos de los convenios de empresas que utilizan la facultad de actuar el mecanismo de flexibilidad interna negociada ex art. 84.2 ET, lo hacen mirando, ante todo, a la posibilidad de devaluar los salarios previstos en el convenio de ámbito superior o convenio sectorial[89]. Basta recordar el lugar que aquí ocuparon las Empresas multiservicios para precarizar a sus trabajadores y para conseguir

[89] La Exposición de Motivos del RDL 32/2021 era nítida al respecto cuando subrayaba que "las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumento negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue".

contratos de subcontratación a bajo coste (se entiende bajo coste facilitado por la explotación de los trabajadores). Esto además generó una nociva competencia desleal entre las empresas a la que sí trató de hacer frente la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, imponiendo a las empresas que licitan en el sector público apliquen a sus trabajadores el convenio colectivo sectorial (art. 130 LCSP)[90].

Atendiendo a lo indicado esta supresión consensada por los interlocutores sociales tiene una doble virtualidad: evitar la precariedad salarial (que no se debe confundir con la flexibilidad salarial negociada que puede ser positiva al ser orientada a la dinámica la productividad e innovación de la empresa y la distribución de rentas) y al mismo tiempo impedir el fomento legal de la competencia desleal entre las empresas de un mismo sector, que es la práctica abusiva a la que aboca la regulación precedente establecida de manera indiferenciada por la reforma imprimida por la Ley 3/2012. Será el convenio de ámbito superior (convenio sectorial) el que recupere la competencia para la fijación de la cuantía de los salarios profesionales de sector, que es una de las cuestiones centrales de la negociación colectiva. De manera que los convenios de empresa, que, recuérdese, no operan con la exigencia de justificado motivo, pierden la posibilidad de modificar "in peius" lo establecido en el convenio de sector en materia salarial. Lo cual apunta muy directamente a la experiencia precedente de la utilización abusiva y disfuncional de este cauce de inaplicación "a-causal" por parte de las empresas multiservicios.

Con la reforma minimalista -aunque importante- del art. 84.2 ET, se alcanza un objetivo relevante cómo es el predominio de la negociación colectiva sectorial para establecer la gestión de la política retributiva en el sector. Las demás materiales enunciadas en la lista cerrada ex art. 84.2 ET (y para convenios de empresa, no de ámbitos inferiores como el de centro de trabajo o unidad productiva autónoma) continúan siendo plenamente disponibles y sin alegación de causa por el convenio colectivo de empresa. Y si no hay convenio colectiva de empresa que haya optado por utilizar esta facultad preferencial, entonces el convenio colectivo de sector se aplicará también a las empresas a las que no hayan utilizado dicha facultad de descuelgue o inaplicación.

No debe confundirse, en ningún caso, este supuesto con la posibilidad de *modificación causal* (es decir, por justificado motivo debidamente probado, esto es, por la existencia de causas económicas, técnica organizativas o producción) a través del cauce específico regulado en el art. 82.3

[90] Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Conforme a su art. 122.1 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares"):"Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones. 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; *la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación*; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Ahora bien: Téngase en cuenta que se declara que el párrafo primero del apartado 2 no es conforme con el orden constitucional de competencias, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», en los términos del fundamento jurídico 7 A) d), por la STC 68/2021, de 18 de marzo. Ref. BOE-A-2021-6614

ET: el descuelgue salarial por justificado motivo acreditado por la empresa[91]. Ni tampoco por la vía causal del art. 41 ET para los convenios extraestatutarios, que contempla una criticable posibilidad de modificación unilateral del empresario de las condiciones de trabajo establecidas en este tipo de convenios legales, regulados al margen del ET. Pero esta facultad unilateral no puede afectar a los convenios estatutarios, para los cuales cualquier modificación exige del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, salvo el sometimiento a una decisión arbitral (art. 82.3 ET)[92].

Y, por supuesto se ha de recordar que "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" en todo momento (art. 86.2 ET). Por otra parte, con arreglo al art. 84.3 ET, "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 lo 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". Esta última es una norma estatal dispositiva para la autonomía colectiva negocial al máximo nivel ex art. 83.2 ET.

Señalar, finalmente, que el RD-ley 32/2021, modifica también la redacción del apartado e) [en la anterior redacción apartado f)[93]] indicando ahora que el principio de preferencia del convenio de empresa sobre los convenios de sector opera sobre: "e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre vida laboral, familiar y personal". El cambio añade el principio de "corresponsabilidad", que, en sentido estricto, no queda comprendido necesariamente en el "derecho de conciliación" sin más.

En una futura reforma la estructura de la negociación colectiva, con el diseño de las relaciones existentes entre los concurrentes convenios de sector y los convenios de empresa, debería ser competencia propia y exclusiva de los Acuerdos Marcos Interconfederales y de los mismos convenios de empresa, que deberían establecer una distribución de funciones entre el convenio superior o de sector y los convenios de empresa, pero partiendo de que las reglas del convenio sectorial no puedan ser inaplicadas unilateralmente y sin causa por los convenios de empresa. Esto permite una cierta homogeneidad de condiciones de trabajo, pero también evitaría que la competitividad nociva a través de la inaplicación con la finalidad exclusiva de reducción costes o de aumento de los poderes empresariales. Dicho de otro modo, debe imperar una racionalidad finalista, que permita adaptar causalmente las condiciones de trabajo a las características singulares de la organización productiva. Pero, de ser así, el convenio colectivo de empresa actuaría como un instrumento de flexibilidad interna negociada. Todo ello debería operar sobre las reglas de juego establecidas por el Acuerdo-Marco o en el convenio colectivo de sector que despliega su fuerza normativamente vinculante sobre la empresa objeto de la negociación colectiva empresarial. Con todo, la desaplicación de condiciones debería cumplir dos requisitos: en primer lugar, el establecimiento de unas reglas de jugo en el Acuerdo-Marco o en el convenio colectivo de sector (solución ésta quizás más adecuada), y, en segundo lugar, que la desaplicación haciendo prevalecer la prioridad del convenio de empresa obedezca a un justificado motivo objetivable (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). El art. 85 ET dentro

[91] Reténgase que conforme al art. 85.3.c) del ET, sin perjuicio de la libertad de negociación colectiva, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: […] c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo".

[92] En efecto, con arreglo al art. 41.6 "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" del ET.

[93] Conforme a esa anterior ahora modificada, se decía; "f)Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal".

del contenido mínimo legal o estructural del convenio sectorial podría imponer el establecimiento de criterios causales para fijar un principio convencional de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de aquellas empresas sometidas a su ámbito de aplicación[94]. Es rechazable la pretensión de operar una descentralización *forzada* de la negociación colectiva (por impuesta al convenio sectorial o a un Acuerdo-Marco Interconfederal). Pero es que, además, el objetivo perseguido ha sido disfuncional porque únicamente se ha utilizador para la devaluación salarial y la regulación in peius de las condiciones de trabajo, sin que ello haya venido acompañado de alcanzar el objetivo de mayor atención a la empresa a efectos de mayor dinamismo e innovación. Por otra parte, en lo poco que ha habido de auténtica descentralización, lo que se ha producido es una *desorganización* de la regulación de las condiciones de trabajo en el sector y ese uso abusivo que utilizaron -según se indicó más arriba- las Empresas Multiservicios (algunas de ellas controladas por grandes complejos empresariales) y sin que ello supusiera nada parecido a una prudente y controlada regulación de adaptación de las condiciones de trabajo a las pequeñas empresas.

La supresión de la preferencia legal aplicativa del convenio de empresa para desaplicar las cuestiones relativas a los salarios no resuelve el problema pero atenúa buena parte de los problemas suscitados en relación exclusiva a la devaluación de las cuantía de los salarios, lo que se vincula con el régimen de la subcontratación, ya que las empresas contratistas o subcontratistas (y no sólo las Empresas Multiservicios dedicadas a la subcontratación) no podría poner en práctica la adjudicación de contratas sobre la base de la oferta de menores costes salariales. En suma: se ha garantizado un cierto saneamiento del mercado de la subcontratación expulsando a aquellas empresas contratistas o subcontratistas que no son capaces de ofrecer una calidad de los servicios con la disponibilidad de personal más adecuado para llevar a cabo las tareas propias del objeto de contrata o concesión.

Un supuesto particular de inaplicación del convenio colectivo se establece en el art. 32 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en virtud del cual «Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación».

A los efectos de lo previsto en el artículo 32 EBEP «se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público». Medida ésta que se aplica, además, a los pactos o acuerdos negociados para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (a los efectos de lo previsto, en este caso, en el art. 38.10 EBEP).

La constitucionalidad de estas medidas es realmente cuestionable en ambos casos, pero es particularmente grave en el caso del personal laboral por la vulneración que supone del derecho constitucional a la negociación colectiva consagrada en el art. 37.1 CE.

[94] Resulta harto significativo que se haya establecido ex art. 85.3 ET una previsión limitada (y referida genéricamente a los convenios colectivos) respecto a las inaplicaciones causales previstas en el art. 82.3 ET: "Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refieren los apartados anteriores, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: […] c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo" (art. 82.3.c) ET).

Dejar constancia, por último, del hecho de que, paradójicamente, existe una normativa que puede desalentar la inaplicación prevista en el art. 84.2 ET. El art. 122 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares") Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), establece la obligación de la empresa concursante de regirse por el convenio sectorial como condición para ser adjudicatario de contratos públicos[95].

### 3.2. Reforma del régimen jurídico de la ultraactividad del convenio colectivo denunciado. El cambio de modelo en la regulación legal

Respecto a la regulación de la ultraactividad (situación jurídica del convenio que ha finalizado su vigencia -inicial o prorrogada- después de haber sido denunciado) hay un cambio de modelo de regulación en contraposición al establecido por la Ley 3/2012, que, como se sabe, no fue objeto de negociación con los interlocutores sociales. Categoría jurídico-laboral ya clásica que sufrió un giro cualitativo con dicha reforma unilateral, y que en su origen pretende evitar vacíos de regulación convencional (coherente con la vigencia de las normas paccionadas que no sean expresamente derogadas por los sujetos legitimados para ello), sin perjuicio de que las partes negociadoras, en equilibrio de fuerzas (al cual contribuye la ampliación de la eficacia temporal del convenio), puedan alcanzar un acuerdo de renovación o revisión que permita renegociar la norma colectiva en ultraactividad y, de este modo, responder a las exigencias cambiantes en el que se mueven las empresas y los mercados de trabajo y la composición de la pluralidad de intereses colectivos/sindicales contrapuestos. La ultraactividad hace posible una renegociación en equilibrio de fuerza entre los interlocutores sociales, que no tiene porqué conducir necesariamente a un bloqueo de la negociación irreparable o indefinido. Hay que hacer reclamo de los procedimientos autónomos establecidos por los Acuerdos Marco Interconfederales (art. 83 ET) y no a soluciones legalmente imperativas, que se han mostrado inoperantes.

Tómese como punto de partida que el ordenamiento jurídico confiere a las partes negociadores un poder de regulación del tiempo de vigencia del convenio colectivo: desde su fijación iniciar hasta su prórroga, su ultraactividad y posible revisión durante todo el periodo de vigencia[96]. La conclusión

[95] El art. 122.2 de la Ley 9/2017 establece que: "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del art. 214.1; *la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo*. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos". La materia salarial fue suprimida por la reforma de 2021 de la lista de materias ex art.84.2 ET, pero quedaron las restantes materias laborales objeto de disponibilidad por el convenio colectivo de empresa. Reténgase lo establecido en los artículos 201 ("Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral") y 202 ("Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden").

[96] En efecto, el art. 86 ("Vigencia") establece que "corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios colectivos, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio" (véase art. 90.4 ET). Y añade, seguidamente, que "durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión" (apartado 1º). También se regula la prórroga y la denuncia: "Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes" (Apartado 2º); y la situación jurídica del convenio una vez denunciado y concluida la duración pactada: "La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo,

es manifiesto: este es un campo abonado para la regulación de la autonomía colectiva, a la cual el legislador remite continuamente. Con la reforma de la ultraactividad en 2021, ese protagonismo se refuerza. Se potencia, así, el principio de autonomía colectiva.

La reforma acometida por la Ley 3/2012, en la fase final de la vigencia de un convenio colectiva, una vez denunciado y concluida la duración pactada que "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación" (art. 86.3, último párrafo, del ET, en versión *anterior* a la reforma laboral de 2021). Esta normativa era sorprendente primero por su imprecisión y en segundo lugar por sus consecuencias lesivas no sólo para los sujetos originariamente negociadores sino sobre todo para los sujetos destinatarios porque presenta el riesgo evidente de generar un vacío normativo de regulación convencional. Ambos elementos reflejaban en el origen que este precepto sería uno de los que darían lugar a una mayor conflictividad social y controversias jurídicas de envergadura.

El apartado 3 del art. 86 ET mantiene el modelo precedente, incluida la vigencia de la regulación normativa del convenio, salvo las cláusulas obligacionales por las que su hubiese renunciado a las facultades sindicales en relación a la huelga que decaerán a partir de la denuncia del convenio colectiva (deber de paz convencionalmente pactado en la dirección del art.82.2 ET limitan las facultades sindicales de acción directa consiste en la huelga, pero también pueden limitar otros medios de presión colectiva/sindical)[97]. Se trata de un deber de paz negociado, al modo de una "cláusula de tregua". En tal sentido el art. 8.1 -en relación con el art. 11.c)- de RD-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, dispone que "los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia (sic.), durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho". Por su parte, el art. 82.2 ET admite expresamente la legalidad los pactos de renuncia a las facultades que los sindicatos ostentan en materia de huelga ("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*".

La regulación del ET introduce el que sería ya el apartado 4 del art. 86 ET, devuelve a la autonomía colectiva lo que le es propio. Pero, además y de no menor importancia, introduce una regulación razonable y objeto de negociación legislativa previa con los interlocutores sociales ("legislación negociada"). Constituye un cambio de paradigma de regulación de los problemas inherentes a la vigencia de los convenios colectivos, tanto en lo que atiende a los conflictos jurídicos como, ante todo, a los conflictos de intereses colectivos. Ese apartado 4 del art. 86, finaliza indicando que "Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".

La idea-fuerza del modelo de regulación ex art. 86 ET, es el apoyo y racionalización legal al autogobierno de la autonomía colectiva. Está presente en todas las vicisitudes y las decisiones fundamentales: le corresponden a ella. A partir de ahí, los rasgos del modelo normativo tras la reforma de 2021 son los siguientes:

---

en defecto de pacto…" (apartado 3º). También las consecuencias del transcurso de un desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio…" (apartado 4º). Problemática, ésta última, que centró la reforma laboral de 2021 y que aquí se hará referencia.

[97] Sobre la eficacia de las cláusulas de paz laboral, véase STC 189/1993, de 14 de junio.

1º. Ya el mismo art. 86.1, párrafo 2º, del ET confiere amplios poderes a la autonomía colectiva para revisar, en todo momento, los contenidos de un convenio colectivo estatutario vigente sin esperar a que sea negociado[98]. El principio de autogobierno de la vigencia del convenio se refuerza respecto a su posible prórroga, situación jurídica del convenio colectiva una vez denunciado y concluida la duración pactada (art. 86, apartados 2 y 3 del ET), sometimiento a procedimientos de solución autónoma o arbitraje regulados por los acuerdos interprofesionales (art. 86, apartado 4 del ET).

2º. En particular: en caso de dificultad o bloqueo del proceso de negociación, se establece que transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo, las partes deberán someterse necesariamente a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el art. 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes. Aquí existe una prefiguración negociadora en los Acuerdos-Marco del recurso en tal situación de bloqueo a un procedimiento de mediación en el conflicto de colectivo de intereses o de regulación planteado. Quien impone estos procedimientos no es la norma legal, sino la norma social contenida en Acuerdos-Marcos adoptados, con libertad de negociación, previamente por la autonomía colectiva al máximo nivel. Se apuesta por la vía negociadora para evitar la situación de provisionalidad y promover el cierre de un acuerdo.

No era aceptable que en la regulación precedente de la Ley 6/2012, en defecto de acuerdo, se impusiera un arbitraje *ope legis*. Esta regulación tiene carácter dispositivo para la autonomía colectiva, en coherente con la lógica de fomento y racionalización que preside e informa el art. 86 ET en su conjunto (paradigmáticamente, art. 86. 3º y 4º ET).

Por lo demás, en la redacción dada por la reforma de la Ley 3/2012, se indicaba que "en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio" (art. 86.3, último párrafo ET).

3º. Se podrá someter el conflicto a un procedimiento arbitral de sometimiento voluntario, es decir, acordado en el marco de la negociación colectiva (previo o coetáneo). Se indica, efectivamente, que siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los *procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales*, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos, y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET.

4º. La tercera regla prevé el supuesto de que sin perjuicio del desarrollo y solución final de los referidos procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación *sin alcanzarse un acuerdo,* se mantendrá la vigencia del convenio colectivo en su conjunto, es decir, incluyendo tanto el contenido normativo como el contenido obligacional. Esto supone, en principio, que el conflicto queda abierto, y queda sin solución final. La solución final estriba en que la ultraactividad *indefinida* (que no debe confundirse con vigencia vitalicia o eterna) establecida en la norma legal se establece como *solución legal supletoria*, es decir, que sólo opera jurídicamente (tiene efectos jurídicos) en defecto de cualquier otra solución convencional o que se pueda alcanzar a través de reclamo de los procedimientos previos de mediación o de arbitraje voluntariamente asumido por la autonomía colectiva (con carácter previo o coetáneamente ante la situación sobrevenida).

El sometimiento a una mediación o arbitraje, solo se aplica si hay pacto expreso, previo o coetáneo (art. 86.4 ET); no se impone "ex lege", ni tampoco de manera sobrevenida por una autoridad

[98] "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" (art. 86.1, párrafo 2ª, del ET).

ajena a la propia autonomía colectiva negocial. El respecto a la autonomía colectiva negocial es máximo, toda vez que se indica que "sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo" (art. 86.4, último párrafo, ET). Esta regla legal, como se constata, es de carácter dispositivo, y admite explícitamente la posibilidad de pacto en contrario.

Y esto es importante porque el mantenimiento de la vigencia indefinida del convenio colectivo sino hay lugar a estos procedimientos consensuados de mediación o arbitraje, supone establecer, aparte de *evitar un vacío* de regulación colectiva, un equilibrio de poder entre los interlocutores sociales, porque la solución de la reforma de 2012 -reflejada en la redacción precedente- conllevaba una presión para representación colectiva/sindical de los trabajadores sino querían perder lo que ya se había conseguido en el regulación del convenio que perdía su vigencia; lo que podía ser utilizado por el empleador para forzar a una negociación más concesiva o a la baja; o todavía peor: aprovechar la pérdida de vigencia llegado el caso para tratar de imponer unilateralmente las condiciones de trabajo no impuestas por el orden normativo legal, incluida la pérdida salarios profesionales ex convenio colectivo. Y no es esta una hipótesis, sino una realidad fáctica que condujo a controversias jurídicas que tuvieron que sustanciarse en los órganos del orden de la jurisdicción social. Conflictividad judicial que culminaría con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/14) que apostó -sólo en estos casos excepcionales- por la contractualización de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio derogado por pérdida de vigencia. Sin embargo, esta opción interpretativa "creadora" planteó nuevos problemas, como, por ejemplo, la incoherencia de asumir una visión contractualista del convenio colectivo que tiene fuerza normativa y efectos directos y automáticos sobre los contratos de trabajo y la regulación de las relaciones colectivo/sindicales; o el debate sobre si las condiciones contractualizadas podrían en hipótesis ser objeto de modificación a través de la vía del art. 41 ET, dado que más allá de su origen se interiorizan en el contrato de trabajo como condiciones de naturaleza jurídica obligacional. Por lo demás, por su propia naturaleza jurídica las materias relativas a las relaciones colectivas/sindicales no son contractualizables, con lo cual no se resuelve el problema de la vigencia de los contenidos convencionales en su integridad, y queda afectado el principio de unidad del convenio colectivo como un orden normativo internamente equilibrado y coherente.

Hay un elemento importante que debe subrayarse: el art. 86.4 ET dice lo que dice y no admite interpretaciones restrictivas, que además entraría en contradicción con *el nuevo modelo legal de regulación de la ultraactividad convencional,* a saber: "Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de parte, cuando hubiera transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, *se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".* A partir de ahí *la aplicación de la norma no exige que exista un procedimiento vivo de negociación colectiva, porque no hay ninguna obligación legal de "no levantarse de la mesa de negociación"*. Eso sería imponer a las partes sociales (sujetos negociadores) una obligación de negociar inexistente en el modelo actual de regulación de la ultraactividad convencional. Se trata de una *vigencia indefinida (no vitalicia, ni intocable*). No pierde vigencia el convenio el ultraactividad porque el hecho de que no se continúe negociando. Pero no "ad aeternis", porque, como es obvio, siempre será posible una negociación dinámica. Entra en juego el principio de autodeterminación colectiva, sin ninguna obligación o carga adicional de continuar el proceso de negociación o de mantenimiento en vivo de la negociación colectiva; y mucho menos que se entienda erróneamente que si no se mantiene en vivo el procedimiento de negociación desaparecería la previsión legal explícita de mantener vigente el convenio colectivo en situación jurídica de ultraactividad. Nuestro modelo de negociación colectiva es ya *explícitamente* (y en la experiencia negociadora) un modelo dinámico y no estático. Por ejemplo,

el convenio colectivo en ultraactividad podría ser sustituido o revisado, en cualquier momento, por los partes sociales que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 del ET[99].

Por otra parte, conforme a la Disposición transitoria séptima 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): "Régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley. Los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el art. 86.3 del ET en la redacción dada por el presente real decreto-ley". Se estaría ante una ultraactividad potencialmente indefinida. Pero puede producirse un abandono definitivo de la negociación por ambas partes (por ejemplo, STS 4/2020, de 8 de enero, rec. 129/2018).

Por otra parte, los interlocutores sociales pactaron en los diversos convenios colectivos con harta frecuencia la continuidad de la ultraactividad indefinida, porque ello era disponible en el art. 86.3, último párrafo, ET en la redacción dada por la Ley 3/2012. Este era un cauce autónomo para neutralizar los efectos perniciosos de las reglas de la ultraactividad, que podrían conducir en última instancia, en hipótesis, a la desaparición del convenio colectivo como tal instrumento producto de la autonomía colectiva.

Con el objeto de reforzar la vigencia y ordenación del proceso negociador, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025 plantea a las partes negociadoras de convenios colectivos que se impulse la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador que estimulen la intensificación de las negociaciones hasta el cierre de las mismas, y promover el recurso a los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC).

Es posible la denuncia anticipada del convenio, con la finalidad de poner fin o renegociar el convenio antes de la fecha prevista para su pérdida de vigencia. Ello puede producirse por mutuo acuerdo (v.gr., para renegociar en un supuesto de fusión de empresas con distintos convenios; art. 44 ET) o, incluso, unilateralmente en los casos excepcionales en que concurran una alteración sobrevenida de circunstancias cualificantes, especialmente en los casos de utilización de la cláusula «rebus sic stantibus» (STC 210/1990), o de afectación grave a la base del acuerdo negocial o una ruptura del equilibrio interno del convenio (STS 4.7.1994).

En relación al importante supuesto de transmisión de empresas, hay que tener en cuenta el importante supuesto específico previsto en el art. 44.4 ET (que es una transposición fiel del art.3.3 de la Directiva 2001/23/CE[100]). Conforme al art. 44.4 ET, "Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida". La normativa

[99] Paradigmáticamente el art. 86.1, párrafo 2º del ET dispone que "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".

[100] Art. 3.3 de la Directiva 2001/23/CE: "Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año".

tiene un carácter supletorio respecto de la autonomía colectiva después de consumada la transmisión de empresa[101].

4º. Cierto que de alcanzarse un acuerdo colectivo o solución asimilada legalmente el convenio colectivo mantendrá su vigencia jurídica como norma desplegando toda su eficacia. Pero, obsérvese ya de entrada, que estamos ante una solución establecida en la normativa estatal de carácter supletorio para la autonomía colectiva: "Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, *en defecto de pacto,* cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo" (art. 86.4, último párrafo, del ET). Se trata, por tanto, de una regla supletoria legal de mantenimiento del convenio colectivo como un todo unitario, de manera que un Acuerdo o Convenio podrá establecer otra regla distinta; y, por otra parte, señalar que esa vigencia (admitida ya su situación jurídica de vigente, a pesar de que en su momento fuese denunciado) podrá ser afectada por otro convenio (reténgase el segundo párrafo del art. 86.1 ET, esto es, la revisión anticipada de un convenio colectivo *durante su vigencia.* El cual actuaría con toda la fuerza que confiere el principio de regresividad establecido en los artículos 82.4 y 86.5 del ET[102], puesto que actúa el principio de modernidad del convenio, de manera que al amparo del convenio colectivo no se generan "derechos adquiridos" o "consolidados" individualmente en los contratos de trabajo; lo que hace valer, dicho sea de pasado, la tesis normativista por contraposición a la tesis contractualista del convenio colectivo).

Ahora bien, el nuevo modelo no conduce necesariamente a una petrificación de la negociación colectiva y de sus contenidos, pues de lo que se trata es de evitar vacíos de negociación, a la par que posibilitar que en cualquier momento pueda abrirse una renegociación del convenio colectivo en ultraactividad indefinida (que no puede identificarse con un pretendido carácter inamovible y menos aún vitalicio). En efecto, esa situación no clausurada del conflicto no necesariamente se producirá "ad eternis", porque siempre podrá producirse una negociación dinámica como ya prevé el art. 86.1, párrafo 2ª, ("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"). Y en relación también con el art. 84.2 ET. Al tiempo la dinámica de la negociación acabará por entrar en esta materia evitando una posible petrificación de la regulación de las condiciones de trabajo. Por lo demás, por esta vía no puede darse lugar a una suerte de convenio colectivo de vigencia absolutamente indefinida, precisamente porque siempre existirá esa posibilidad de revisarlo (art. 86.1 ET) y por esa situación jurídica sería contraría la lógica interna de un modelo de negociación colectiva que ya se ha vencido hacia su carácter dinámico y no estático. Un convenio colectivo ultraactivo o prorrogado carece de la preferencia aplicativa concurrencial (con la consiguiente prohibición de concurrencia) y puede ser modificado por un convenio posterior en el tiempo, lo cual evitaría en potencia su petrificación, dejando abierta la posibilidad de actuación del ejercicio de una negociación colectiva que afecte a las relaciones laborales comprendidas en el ámbito de aplicación del preexistente convenio en situación jurídica de vigencia ultraactiva (véase STS 958/2021, de 5 de octubre, rec. 4815/2018).

La corrección respecto al modelo regulativo de la anterior redacción introducida por la Ley 3/2012, resulta obvia, pues se indicaba que: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior

[101] Véase STJUE de 11 de septiembre de 2014, Asunto C-328/13, y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, STS de 28 de abril de 2021, rec.169/2019. Sobre el alcance del efecto sucesorio comprensivo de la continuidad los convenios colectivos (como norma dispositiva respecto de la autonomía colectiva en fase posterior a la transmisión), véase Monereo Pérez, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa,* Madrid, MTSS, 1987; Monereo Pérez, J.L.: "La sucesión de empresa (artículo 44 ET)", en Monereo Pérez, J.L.(Dir.): *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores,* Granada, Ed. Comares, 2012.

[102] Paradigmáticamente, SSTS de 16 y 30 de abril de 2007, Rec. 47/05 y Rec. 764/05, respectivamente.

que fuera de aplicación". Ello supone que la autonomía colectiva ha recuperado su poder jurídico autónomo de ordenación respecto a los convenios colectivos que han perdido su vigencia.

Es bien sabida la problemática jurídica que esta solución autoritaria supuso en la práctica: en numerosos casos no existía convenio colectivo de ámbito superior aplicable, y entonces se podía entender que se producía un vacío de regulación colectiva, de manera que los empleadores sólo quedaría limitados por la normativa legal, lo que condujo a situaciones abusivas que se dirimieron por cauces judiciales. Al tiempo -y se dice bien, después de largo tiempo-, persistió la situación de inseguridad jurídica sobre el sentido de esta solución normativa. La cuestión fue resuelta finalmente por el Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/14) entendiendo que en estos casos de pérdida de vigencia *ex lege* los contenidos del convenio colectivo que perdía su vigencia se contractualizaban, es decir, se incorporaban al contenido de los contratos individuales de trabajo que habían estado sometidos originariamente a su ámbito de aplicación[103]. Esta tesis de la "interiorización" o contractualización de los convenios colectivos estatutarios -que son normas sociales paccionadas-, no estaba exenta de problema de coherencia técnico-jurídica, toda vez que los convenios estatutarios actúan como una ordenamiento normativo externa a dichos contratos, y a su amparo no se generan condiciones más beneficios como se establece explícitamente en los artículos 82.4 y 86.3 ("El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan") del ET; aunque, ciertamente, en tal caso, no existe otro convenio colectivo posterior que resultase aplicable, lo innegable es que una normativa convencional no opera por incorporación de sus contenidos, sino externamente una normativa que se impone y se somete al principio de modernidad normativa; y en la técnica jurídica si pierde su vigencia no generará condiciones adquiridas a su amparo, salvo lo que pueda establecer el propio convenio colectivo de que se trate. Sin embargo, la solución del Tribunal Supremo acabo resolviendo este problema complejo. Esta posición del Tribunal Supremo -que tuvo el gran mérito de evitar una devaluación salarial masiva-, presenta el riesgo evidente de devaluar, a su vez, la eficacia jurídica autónoma y directa del convenio colectivo, tanto en la lógica interna del art. 37.1 CE, como la del modelo legal diseñado en el Título III del ET, que determina que el convenio se aplique directa e inmediatamente como un instrumento colectivo de ordenación de las condiciones de trabajo y de las reglas que han de imperar en el gobierno de las relaciones laborales en su ámbito de aplicación (y haciéndose acompañar con coactividad específica y justiciabilidad como orden de normatividad colectiva) (los primero pronunciamientos del Alto Tribunal, fueron bien elocuentes. Así STC 58/1985, FJ. 3º, que rechaza explícitamente la tesis de la contractualización o incorporación en los contratos individuales de trabajo del contenido normativo o regulador del convenio colectivo).

Aun así esta solución planteó nuevos problemas interpretativos. Así, paradigmáticamente, el problema de si esas condiciones originariamente colectivas ahora contractualizadas e interiorizadas en los contratos individuales de trabajo, podían ser modificadas unilateralmente por el empleador a través del procedimiento de modificación de condiciones sustanciales de las condiciones de trabajo regulado en el art. 41 ET; si la contractualización se extendía o no a los trabajadores de nuevo ingreso[104]. No es cuestión de entrar aquí en más detalles de toda esta problemática que, afortunadamente, la reforma operada por el RDL 32/2021, sobre la situación jurídica del convenio colectivo denunciado, ha situado de manera más coherentes los términos de la solución tanto en el plano de la política del Derecho (de fomento de la autonomía colectiva, y no tanto la obsesión legislativa por su limitación),

[103] En esta STS de 22 de diciembre de 2014, se declaraba que: "Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente".

[104] Cuestión resuelta negativamente en la STS de 13 de mayo de 2019, Rec. 55/18.

como técnico-jurídica (no desconociendo la lógica de las normas colectivas, que como tales normas no se interiorizan en los contratos de trabajo).

3º. En el RDL 32/2001, se establece un régimen transitorio en la aplicación de la modificación del art. 84 ET. Así, se dispone en la Disposición transitoria sexta ("Aplicación transitoria de la modificación del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma"): 1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.2. Las modificaciones operadas en el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras. 3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el art. 84 del ET por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

Por su parte, la Disposición transitoria séptima del RD-ley 32/2021 ("Régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley"), establece que: Los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del ET en la redacción dada por el referido Real Decreto-Ley.

La reivindicación del principio de autogobierno colectivo en materia de vigencia y ultraactividad de los convenios se refirma en el V AENC, indicando que para preservar la vigencia de los convenios y reducir al máximo los bloqueos en la negociación, plantean a las partes negociadoras de convenios colectivos: Impulsar la renovación y actualización de los convenios, articulando reglas sobre vigencia, ultraactividad y procedimiento negociador que estimulen la intensificación de las negociaciones hasta el cierre de las mismas. Promover el recurso a los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales, teniendo en cuenta además las nuevas funciones incluidas en el VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (VI ASAC), de impulso de la negociación colectiva y prevención de conflictos (apartado 1 del Capítulo II. "Negociación colectiva". Vigencia y ordenación del proceso negociador)[105].

Entretanto se suceden con normalidad jurídica diversos Acuerdos de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo[106].

[105] 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.

[106] Por ejemplo: Unidad Editorial Información Económica, SL.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Económica, SL. (BOE 11-08-2023). -Unidad Editorial Información Deportiva, SL.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información Deportiva, SL. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del convenio Unidad Editorial.- Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial, SA. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del convenio Unidad Editorial Información General, S.LU Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unidad Editorial Información General, SLU. (BOE 11-08-2023). Ultraactividad del Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL-Resolución de 31 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga de ultraactividad del Convenio colectivo de Unedisa Comunicaciones, SL. (BOE 11-08-2023).

### 3.3. La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación empresarial (contratas y subcontratas)

Sirva como punto de partida que el art. 42 del ET necesitaría de una reforma en profundidad y de carácter global. Es una disposición que contiene una regulación técnicamente deficiente y desde la perspectiva de fondo resulta inadecuada por falta de adaptación a las nuevas formas de empresas "desmaterializadas". No se puede entrar aquí en esta materia remitiendo a la bibliografía indicada al final de este estudio.

Pero en cualquier caso, debe dejarse constancia aquí que la subcontratación como instrumento de descentralización productiva (o más ampliamente, la externalización) ha adquirido en nuestra época unas magnitudes impensables hace algunas décadas, porque el fenómeno no es nuevo, sin embargo se ha producido una expansión extraordinaria y con siempre renovadas formas de manifestación, que hacen que la ordenación jurídica de la subcontratación quede obsoleta, comenzando por la delimitación del supuesto de hecho de la regulación legal. El desfase del modelo normativo de regulación del fenómeno ha facilitado subcontrataciones precarizadoras (bajo coste laboral) con menosprecio de los derechos de los trabajadores, por un lado, y por otro, ha propiciado la competencia desleal entre empresas y una dinámica empresarial -que propiciada por la misma regulación legal- hacia un modelo de competencia basada en la reducción de costes del trabajo, la falta de calidad en el empleo, por contraposición frontal, disfuncional, con un deseable modelo de competitividad laboral y empresarial basado en la competitividad por la innovación, la calidad del producto y la calidad del empleo (el "trabajo decente").

-Una manifestación de las insuficiencias de esta regulación estriba en el hecho de que el art. 42 ET carecía hasta la reforma del RDL 32/2001 de una regulación que determinara el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas. Con la reforma de 2021 se añade un nuevo apartado 6 al art. 42 ET.

-El art. 42.6 ET, presenta ya una exclusión en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centro especiales de empleo. La Disposición adicional vigesimoséptima del ET ("Régimen jurídico aplicable en los casos de contratas y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo), establece que "en los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

- La reforma de 2021 se concretó en añadir un apartado 6 en el art. 42 ET, con la finalidad de establecer una regulación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de subcontratación empresarial: determinar, en suma, el convenio aplicable en cada momento a las contratas y subcontratas. Conviene dejar constancia, ya inicialmente que la reforma de 2021 *no* obliga a aplicar el convenio de la empresa principal, incluso en el caso de se esté ante obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal o comitente. Esta sería, seguramente, la mejor opción de política legislativa para garantizar el trabajo decente en la subcontratación empresarial y le asimilaría a la solución aplicable *ope legis* al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal[107].

[107] Art. 11 ("Derechos de los trabajadores") de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. 1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos.

La "ratio iuris" que impera aquí es, en primer lugar, garantizar la seguridad jurídica mediante la determinación del convenio aplicable. Pero, en segundo lugar y de no menor relevancia, hay que ir más allá, porque además se trata de poner freno a las prácticas empresariales abusivas que, amparadas en la falta de una regulación legal específica y explícita (las reglas generales se mostraron siempre insuficiente, a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia), para aplicar los convenios colectivos que ofrecían una regulación "in peius" (el caso de los convenios de empresa aplicables a las Empresas Multiservicios, que además se beneficiaban el "descuelgue" a-causal previsto en el art. 84.2 ET, significativamente en materia salarial, con la consiguiente devaluación de salarios). La reforma parcial pretendía sanear el mercado de contratas (en perjuicio de todos los intereses en juego en las operaciones de subcontratación) y garantizar, al mismo tiempo, la observancia de los derechos de los trabajadores de las empresas implicadas en la red de subcontratación y el principio de no discriminación (teniendo en cuenta que son muchos los sectores de servicios inequívocamente feminizados; el caso emblemático es el de las "kelys"[108]).

-Ahora bien, el apartado 6 del art. 42 del ET, es un precepto técnicamente impreciso que no garantiza en todos los casos la aplicación del convenio colectivo de sector, como inicialmente se pretendía y se podría deducir de la Exposición de motivos del RDL 32/2001. De ahí los problemas interpretativos que se plantearon de inmediato. Hay que hacer una lectura interpretativa que sitúe el orden de preferencia aplicable en estos casos de subcontratación: 1º. En supuesto de que la empresa contratista o subcontratista disponga de un convenio propio vigente, se aplicará sin más (parece), ya sin preferencia legal salarial, puesto que ha sido suprimida del art. 84.2 ET. 2º. En el caso de que no exista convenio colectivo de empresa, pero que, sin embargo, esté vigente un convenio colectivo sectorial aplicable para la actividad en que se encuadra la empresa contratista, con arreglo al procedimiento previsto en el Título III del ET, será, entonces, éste el que deberá ser aplicado. 3º. En defecto de las dos reglas prevalentes, resultará aplicable el convenio colectivo sectorial que se corresponda con la actividad desarrollada por las empresas contratista o subcontratista (mantenimiento, limpieza, seguridad-vigilancia, servicios auxiliares, etcétera). Es decir, es el correspondiente a las específicas actividades laborales encargadas (STS de 11 de noviembre de 2021, Rec. 3330).

Con todo ello se ha rehusado la opción de política del Derecho más garantista, que no sería otra que aplicar el convenio de la actividad principal (es decir, la aplicación del convenio de la empresa principal a las empresas contratistas y subcontratistas), en la estela del modelo normativo aplicable a las Empresas de Trabajo Temporal[109].

---

La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en *el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas* a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad, la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales.

[108] En el Preámbulo o Exposición de Motivos de la legislación reguladora se indicativa que es "difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajo de igual valor tengan condiciones laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan".

[109] Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, art. 11 ("Derechos de los trabajadores): "1. Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho, durante los períodos de prestación de servicios en las mismas, a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto. A estos efectos, se considerarán condiciones esenciales de trabajo y empleo las referidas a la remuneración, la

Sin embargo, conviene realizar una interpretación sistemática del conjunto de las reformas y así se verá que estamos en una reforma de más calado. La finalidad de esta reforma es dar cobertura convencional adecuada a los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratista, por un lado, y por otro, evitar las situaciones de abuso de derecho y de precarización que permitía el sistema legal. El grupo normativo regulador pone límites a la precariedad del empleado y a un modelo de competitividad basado en la reducción de costes salariales de los trabadores que prestan servicios en empresas contratistas y subcontratistas. La reforma de 2021 en esta materia pretende a contribuir -sin alcanzarlo de por completo, por el alcance parcial limitado de la reforma negociada- transitar desde el modelo de Derecho Flexible y neoliberal del Trabajo a un modelo de Derecho Flexible garantista del Trabajo.

-Por ello es necesario poner en relación este art. 42.6 ET con la supresión del contrato para obra o servicio determinado, que constituía un factor de precariedad en sí (reconduciendo la plantilla adscrita hacia el empleo temporal y eludiendo las obligaciones convencionales de subrogación convencional de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas cesantes)[110].

duración de la jornada, las horas extraordinarias, los períodos de descanso, el trabajo nocturno, las vacaciones y los días festivos. La remuneración comprenderá todas las retribuciones económicas, fijas o variables, establecidas para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria que estén vinculadas a dicho puesto de trabajo. Deberá incluir, en todo caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones. Será responsabilidad de la empresa usuaria la cuantificación de las percepciones finales del trabajador y, a tal efecto, dicha empresa usuaria deberá consignar las retribuciones a que se refiere este párrafo en el contrato de puesta a disposición del trabajador. Asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad, la orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales".
Este modelo normativo aplicable al trabajo en régimen de gestión indirecta de personal a través de las ETT sí garantiza efectivamente el principio de igualdad de todos trabajadores que realizan la misma actividad laboral y el ocupan o desempeñan el mismo puesto de trabajo. Este modelo normativo ha sido defendido por Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación empresarial y reforma laboral", en Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta: La reforma laboral de 2021: Estudio técnico-jurídico de su régimen jurídico, Murcia, Laborum, 2022, pp. 259-372, y la bibliografía allí citada.; Véase, asimismo e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí en mor de brevedad, Monereo Pérez, J.L.: "Identidad de las empresas multiservicios: Régimen jurídico y responsabilidades", en Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Cinca, Madrid, 2018, págs. 235-274, en particular págs.271-274. Para una perspectiva más ampliamente e incidiendo en otras muchas propuestas no recogidas aquí también en aras de la brevedad, Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos de los trabajadores en la subcontratación empresarial", en Derecho de las relaciones laborales, núm. 2 (2016), págs. 110-143; VV.AA.: La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 2018; Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación, Madrid, Ed. Fundación Alternativas, 2010, págs. 55-61; Observatorio de la Negociación Colectiva: La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico, Fundación 1º de Mayo, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, 2018, espec., págs. 509 y sigs.; Vicente Palacio, A.: "Empresas multiservicios: Negociación colectiva y subcontratación", en Monereo Pérez, J.L., y Perán Quesada, S. (Dirs.): Externalización productiva a través de la subcontratación empresarial, Granada, Comares, 2018; Esteve-Segarra, A.: Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios, Albacete, Bomarzo, 2019, Cap. VII, págs. 63 y sigs.

[110] Hay que tener en cuenta que la reforma laboral de 2021 ha abierto la posibilidad de que las empresa contratistas o subcontratistas puedan utilizar el contrato fijo-discontinúo como instrumento flexible, pero dotado de mayores garantías que los contratos para obra o servicio determinado. Al respecto conveniente tener en cuenta las previsiones del V AENC, el cual establece para los convenios colectivos sectoriales: que en los supuestos en que el contrato fijo-discontinuo se justifique por la celebración de una contrata o subcontrata, el plazo máximo de inactividad entre contratas y subcontratas (artículo 16.4 del ET) se regule en la negociación colectiva.

-Por otra parte, es relevante a efectos del art. 42.6 ET la supresión de la preferencial legal de los convenios de empresa que regulan la materia salarial (art. 84.2 ET), precisamente porque esta facultad de inaplicación sin necesidad de aducir causa había sido aprovechada por las empresas (señaladamente las Empresas Multiservicios para realizar una devaluación de los salarios y realizar una competencia desleal entre en el mercado de contratas y subcontratas).

-Asimismo hay que tener en cuenta en el ámbito del sector público la norma más poderosa y disuasoria contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017: art. 130 ("Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo") de la LCSP[111], y art. 122 ("Pliegos de cláusulas administrativas particulares")[112].

Con el juego de este grupo normativo se puede hacer frente a la utilización abusiva de la descentralización productiva a través de la técnica de la subcontratación. Práctica abusiva que había sido propiciada -y en parte lo sigue siendo- por las reformas de la Ley 3/2012, y, hay que subrayarlo, por problema insuficiencias estructurales del modelo de regulación iuslaboral de la incidencia de la subcontratación -como fenómeno poliédrico- en las relaciones individuales y colectivas de trabajo.

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

[111] Conforme al art. 130.1 LCSP: "Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 […].3. En caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general".

[112] Conforme al art. 122.2 LCSP, 2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1; la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo. En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Téngase en cuenta que se declara que el párrafo primero del apartado 2 no es conforme con el orden constitucional de competencias, salvo los incisos relativos a la necesidad de incluir «los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato» y «En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos», en los términos del fundamento jurídico 7 A) d), por la Sentencia del TC 68/2021, de 18 de marzo. Ref. BOE-A-2021-6614

### 3.4. Cambio de modelo de regulación de las cláusulas convencionales sobre "jubilación forzosa" y su conexión con otras medidas de retiro forzoso o no voluntario de los trabajadores mayores en el marco de los procesos de restructuración/reorganización empresarial

Las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa del trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación siempre ha sido una materia objeto de controversia y no sólo para la doctrina científica, sino también para el propio legislador que ha oscilado en su regulación e incluso oscilado en mantener o suprimir esta habilitación legal a la negociación colectiva.

El nuevo modelo normativo de regulación de las cláusulas convencionales sobre "jubilación forzosa" se establece, de manera harto significativa, en el marco de una legislación de Seguridad Social ciertamente conexa y coextensa con la legislación laboral.

-La jubilación forzosa al amparo de convenio colectivo es la historia de un fracaso desde la perspectiva de la "racionalidad social" que informa el sistema público de pensiones y la justicia social en el trabajo.

En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, así como el equilibrio entre unas cotizaciones suficientes y una pensión digna de jubilación se modifica, nuevamente y a través de la reforma de Seguridad Social operada a finales del año 2021, el contenido de la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). La disposición adicional décima de 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 pensiones[113] retoma la prohibición de recoger, en los convenios colectivos, cláusulas que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años. Ahora bien, en los convenios colectivos suscritos con anterioridad al 1 de enero de 2022 (siguiendo lo establecido por la Disposición Transitoria 9ª del Estatuto de los Trabajadores) podrán mantenerse, hasta un periodo de tres años desde la finalización de la vigencia inicial pactada para el convenio colectivo, las cláusulas de jubilación forzosa. Aclara la Ley 21/2021 las razones de esta medida, al afirmar que: "[…] en materia de medidas para 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. Ello implica incorporar indicadores que ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población y que liberen a las generaciones más jóvenes de un ajuste provocado por la llegada a la jubilación de grupos de trabajadores más numerosos" (Preámbulo de la Ley 21/2021).

No obstante y antes de realizar un estudio a la evolución normativa y la nueva regulación, conviene hacer un recorrido histórico de los cambios que ha sufrido esta materia pues, en sus distintas vertientes, la jubilación forzosa afecta no sólo ámbito laboral -esto es, a los derechos fundamentales de los mayores y, por ende, al derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 de la Carta Magna), así como al derecho a retirarse voluntariamente después de una largo ciclo de vida activa laboral-, sino también al sistema público de pensiones, en tanto que la prolongación de la vida activa se mantiene como medida para la sostenibilidad de las pensiones actuales y venideras. Ahora bien, tampoco cabe olvidar aquí la dimensión colectiva o de negociación para la regulación de relaciones colectivas de trabajo que tiene esta materia[114], puesto que las partes -en virtud de su potestad para negociar

[113] BOE de 29 de diciembre de 2021, núm. 312.

[114] Se ha señalado, con acierto, que se entrecruzan cuatro intereses a tutela, todos ellos legítimos, dos de carácter individual y dos de índole colectiva: 1) el derecho al trabajo, lo que implica que los trabajadores puedan disfrutar

convenios colectivos[115]- podrán preverse, como medida de fomento de empleo (*rectius,* "favorecer la prolongación de la vida laboral", Disposición adicional décima, apartado 1, ET) la extinción de los contratos de los trabajadores de 68 años o más a fin de que estos sean relevados por otros trabajadores contratados de manera indefinida. De forma excepcional, se podrá reducir la edad de jubilación de 68 años cuando se traten de actividades en donde la mujer esté infrarrepresentada. Y, todo ello, para así alcanzar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, aunque sin olvidar el derecho a mantener una pensión contributiva del 100%. En definitiva, la finalidad del legislador español es ahora aquilatar ese equilibrio entre partes, al tiempo que se protege el derecho a la igualdad por razón de género. Es éste uno de los elementos más innovadores de la reforma, que en la línea de reducir la brecha de género tanto en el ámbito laboral como en el ámbito de las pensiones[116].

Conforme a la disposición adicional 10ª, apartado 2, "Excepcionalmente, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género, el límite del apartado anterior podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20 por ciento de las personas ocupadas en las mismas. Las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estará definida por los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) en vigor en cada momento, incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad (REGCON), de conformidad con el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio"[117].

---

-los que así lo deseen libremente- a una vejez laboralmente activa de los trabajadores y, por supuesto, cuando se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de la Seguridad Social, el derecho a una pensión digna del sistema público de pensiones; 2) el interés del empleador en gestionar su plantilla de trabajadores con la finalidad de alcanzar una mayor productividad empresarial, 3) el interés colectivo de combatir el desempleo, utilizando las jubilaciones forzosas como medidas de políticas activas de empleo si se cumplen efectivamente con los requisitos legales, y, por último, 4) el ahorro en prestaciones y el mantenimiento en cotizaciones que conlleva la prolongación de la vida laboral de los trabajadores mayores, necesario para equilibrar la financiación del sistema de Seguridad Social. Véase Sala Franco, T., "Las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva: una larga historia probablemente inacabada", *Información Laboral* nº. 8, 2018, p. 14.

[115] Álvarez Cortés, J.C., "Capítulo 3. Extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad legal de jubilación (DF.1ª)", VV.AA., Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G (Dirs), Ortiz Castillo, F (Coord), *Las reformas laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y normas concordantes*., Murcia, Laborum, 2019, p. 100.

[116] Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos", en *Revista de derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 27 (2º Trimestre), 2021, pp. 11 y ss., en particular pp. 12-20. Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la "jubilación forzosa", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social,* núm. 18 (1º Trimestre), 2019, pp. 13 y ss., en particular pp.22-25 ("Jubilación forzosa. Referencia jurídico-crítica al "nuevo" modelo legal" de recuperación de las jubilaciones forzosas negociadas en convenio colectivo en virtud de la Ley 27/2011).

[117] Por lo demás, la aplicación de esta medida de género en la garantía efectiva del derecho al trabajo de las mujeres "La aplicación de esta excepción exigirá, además, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La persona afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. b) En el CNAE al que esté adscrita la persona afectada por la aplicación de esta cláusula concurra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20 por ciento sobre el total de personas trabajadoras a la fecha de efectos de la decisión

En la sustitución del trabajador jubilado forzosamente se persigue formalmente alcanzar un equilibrio entre derecho al trabajo y fomento del empleo juvenil -alegando el relevo generacional efectivo-, por un lado, y por otro, se introduce el objetivo de fomento del retraso del cese de la actividad laboral para evitar un trato discriminatorio y favorecer el envejecimiento activo; pero, por último, se añade adicionalmente la perspectiva de género en virtud de la nueva redacción dada por la Ley 21/2021. En esta medida de género preferencial la finalidad perseguida no reside en el fomento de la prolongación de la vida activa -Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET-, sino ante todo realizar el principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres contribuyen a contrarrestar la segregación o brecha ocupacional por razón de género -Disp. Adic. 10ª, apartado 2)[118].

Adviértase, en cualquier caso, que esta medida de genero preferencial se configura con un carácter *excepcional* ("excepcionalmente" dice la norma de referencia ex Disp. Adic. 10ª, apartado 2), respecto de la *regla general* de prolongación de la vida activa y ante todo el relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de al menos una persona trabajadora (Disp. Adic. 10ª, apartado 1 del ET).

-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 la jubilación forzosa. 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 pensiones[119] 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 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 la jubilación activa[120] 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"[121]. La fijación de una edad de jubilación se sitúa en esa tendencia hacia al alargamiento de la edad legal de jubilación pensionable que, ya con el RD de

extintiva. Este CNAE será el que resulte aplicable para la determinación de los tipos de cotización para la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. c) Cada extinción contractual en aplicación de esta previsión deberá llevar aparejada simultáneamente la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la mencionada actividad. La decisión extintiva de la relación laboral será con carácter previo comunicada por la empresa a los representantes legales de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada.».

[118] Maldonado Molina, J.A., "Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021", en *Temas Laborales,* núm. 161, 2022, pp. 407 y ss., en particular pp. 420-422.

[119] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

[120] "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".

[121] Preámbulo de la Ley 21/2021.

11 de marzo de 1919, fijaba ese techo en los 65 y que, progresivamente, se ha ido alargando por mor de la Ley 27/2011[122]. 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 años.

La idea de fijar una edad de jubilación queda condicionada a la obtención de una cotización suficiente para el acceso a una pensión contributiva[123], para lo cual esta extinción por razón de la edad podrá operar cuando la misma se vincule a la contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador. La nueva cláusula fija, de manera más estricta, los nuevos términos y suprime la enumeración de objetivos de política de empleo que se recogían con la anterior redacción despejando así parte de los problemas que anteriormente se relacionaban con el cese en el trabajo y la amortización de puestos de trabajo. Este sustancial cambio en la redacción de la letra de la ley va a determinar, irremediablemente, un cambio en la praxis ordinaria de las cláusulas convencionales que se suscriban a partir del año 2022, en línea con los objetivos de establecimiento de un trabajo decente. Se retorna al inicio de esta tortuosa historia, permitiéndose las jubilaciones forzosas sólo cuando no se amortice el puesto del trabajador jubilado y se contribuya a la estabilidad, así como al reparto de empleo generacional[124].

En línea con lo establecido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[125] la reforma de 2021 suprime el género gramatical masculino para, en su lugar, emplear los términos neutros de "persona trabajadora" o "persona afectada". Ahora bien, de manera excepcional, permite reducir esa edad de jubilación por razones de género y a fin de establecer medidas de acción femenina en aquellos rectores en donde la mujer esté infrarrepresentada. En efecto, esta edad mínima de jubilación podrá rebajarse a los 67 años en caso de que en la actividad de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE)[126] a la que esté adscrita la persona afectada exista una ocupación femenina inferior al veinte por ciento y el trabajador jubilado alcance el 100% de la pensión contributiva. Para alcanzar el principio de igualdad efectiva, la contratación indefinida y por tiempo completo operará -en estos casos- a favor de una mujer. Sin embargo, la reforma no responde al problema de si podrá o no aplicarse esta misma medida cuando la que se jubile sea una mujer. Interpretando teleológicamente la letra de la ley, hay que entender que, en estos casos, habrá de operar la regla general, en lugar de la excepcional. Empero, serán los tribunales lo que deban resolver finalmente esta cuestión.

Como mecanismo de control del cumplimiento de los requisitos que exige la ley, la reforma establece que la decisión extintiva de la relación laboral deberá comunicarse por la empresa a los representantes de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada, con carácter previo, pero sin fijar un concreto plazo.

[122] 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.

[123] 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*, Nº30 de 2022.

[124] A este respecto, destaca la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2021, en donde ya declaraba la nulidad de una extinción comunicada en aplicación de una cláusula de jubilación forzosa prevista en convenio, al apreciar el TSJ que la sustitución del trabajador jubilado no cumplía con los requisitos de calidad en el empleo y relevo generacional que exige la exposición de motivo del RD-ley 28/2018. Ya, en esta sentencia, el tribunal interpreta que el relevo debe ser a favor de colectivos tan vulnerables como los jóvenes.

[125] BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2007.

[126] Se tomará como referencia el artículo 6.2 y el anexo 1 del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. Para ello, la Administración de la Seguridad Social habrá de facilitar la tasa de ocupación de los trabajadores respecto de la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

Finalmente, la Disposición Adicional 10ª prevé un régimen transitorio que trata de eliminar la enorme litigiosidad que con este cambio va a operar para, finalmente, aterrizar de manera suave en la nueva regulación. De ahí que, en relación con la Disposición Adicional 9ª de la Ley 21/2021, se establezca la aplicación de las reglas antedichas sólo a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 1 de enero de 2022. Por su parte, los convenios colectivos suscritos con anterioridad a esa fecha, las cláusulas de jubilación forzosa podrán ser aplicadas hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada por convenios. La fijación de un plazo tan amplio (quizás excesivo) aquilata y dificulta, enormemente, el equilibrio entre las partes para la obtención de una efectiva igualdad.

La reforma de la operatividad de las cláusulas de los convenios colectivos sobre "jubilación forzosa" viene a instaurar un nuevo modelo más equilibrado entre los intereses y bienes jurídicos en juego. Ahora el bien jurídico que prevalece es el fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores mayores (en interés del propio trabajador y de la sostenibilidad del sistema público de pensiones), sin desconocer la relevancia del fomento del empleo estable y los ajustes de plantillas.

## 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 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 equilibrio inestable. La Constitución y la normativa internacional reguladora de este derecho social fundamental de libertad colectiva/sindical consagran esa centralidad, a la par que 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). En este sentido nuestra Norma Fundamental asume una cultura del derecho a la negociación colectiva que inserta la tradición nacional (básicamente de la Segunda República Española) en la tradición común del constitucionalismo democrático social de las normas internacionales generales y europeas relativas al significado y alcance de este derecho fundamental de libertad colectiva/sindical; es decir, asume el *estándar* internacional multinivel establecido en los Tratados y acuerdos internacionales, puesto que han sido ratificados por nuestro país (artículos 93 a 96 CE) y constituyen un cano hermenéutico de interpretación obligatorio para los órganos judiciales ordinarios (control de convencionalidad) y para el propio Tribunal Constitucional (control de constitucionalidad)[127]. Ciertamente aparte del "modelo estándar", siempre se harán visibles las peculiaridades de los "modelos reales" de negociación colectiva, esto es, la realidad existencial en la praxis de la negociación colectiva, pues su desenvolvimiento dinámica no depende sólo del marco constitucional y legal, sino también del gobierno autónomo de los interlocutores sociales y de las

[127] Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre), en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019; Valdés Dal-Ré, F.: "Control de convencionalidad y Carta Social Europea", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) et altri: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social Europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Barcelona, Ed. Tirant lo Blanch, 2021; Monereo Pérez, J.L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017; Monereo Pérez, J.L.: "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", en *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, núm.4, 2022, pp. 215-326. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622

reglas de juego que se autoimponen y que establecen los espacios de apertura negocial y las medidas de autolimitación como ámbito de ordenación autoconstituido (técnicas autónomas de regulación).

Lejos de aquellos que auguraban un declive sindical[128] 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 su contenidos, aunque también se han producido orientaciones de política del Derecho presididas por un intervencionismo selectivo y más autoritario[129]. Ciertamente, estamos en un proceso de reconfiguración institucional de todo el Derecho del Trabajo, bajo la influencia de las transformaciones en las fuerzas productivas (señaladamente las nuevas tecnologías), las formas de organización de las empresas y las nuevas forma de trabajo (que a menudo crean situaciones difusas de demarcación entre trabajo subordinado y trabajo autónomo), pero ello no significa que las instituciones clásicas del ordenamiento laboral desaparezcan, pues lo que se produce es un proceso de adaptación a la par que la creación de nuevas instituciones, de manera que estaríamos ante una metamorfosis del Derecho del Trabajo en todos su pilares y categorías fundamentales[130]. Se crean nuevos "derecho" y se redefine y enriquece el "contenido esencial" de los derechos ya consagrados en el orden jurídico (derechos de carácter individual y colectivo/sindical) en la continua "lucha por del derecho". Y ello atiende a los cambios disruptivos de todo orden en los que está inmerso en el Derecho del Trabajo (teniendo en cuenta que la disrupción es inherente a todo revolución tecnológica, la cual ha acompañado siempre a la intrahistoria del desarrollo del ordenamiento laboral como sector diferenciado del ordenamiento jurídico general). Se trata de cómo fomentar el trabajo decente -con derechos individuales y colectivos- en un mundo en continuo cambio. Ahora presidido por una "sociedad del riesgo" caracterizada por la digitalización (transición digital) y por el impacto de la expansión del "sistema-mundo" (globalización inestable) y la crisis ecológica (que incide tanto en la calidad ambiental cómo en el medio ambiente de trabajo).

- El ordenamiento jurídico internacional configura al derecho de negociación colectiva como un derecho social fundamental de libertad colectiva que debe ser siempre interpretado y aplicado atendiendo al bloque "sindical" ("lo colectivo" en la Constitución democrático-social del trabajo y su subjetividad jurídica), que conforma con el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga, si bien se observan diversos intentos provenientes del lado empresarial que tratan de expulsar de ese bloque al derecho de huelga, manteniéndose no obstante, en este marco de la constitución social del trabajo, que se trata de un corolario indisociable del derecho de sindicación.

[128] Todo ello sin desconocer el dato fáctico de que la conformación de las nuevas formas de organización de la empresa y del empleo en las sociedades globalizadas y de transición tecnológica y ecológica, puede entrañar el serio peligro de una pérdida de poder sindical vincula a la fragmentación y dilución de las identidades colectivas del trabajo. Puede consultarse por su perspectiva internacional, OIT: *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global, en* https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf

[129] 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. 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; Moreno Vida, Mª. 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.

[130] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, págs. 9 sigs., 29 y sigs., y 213 y sigs.

Ni la Organización Internacional del Trabajo ni los instrumentos jurídicos generados en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de su consagración como fuente de Derecho Social comunitario[131], han articulado un verdadero marco garantista del derecho a la negociación colectiva ni tampoco de la correspondiente eficacia jurídica normativa y general del convenio colectivo. En este sentido, la Constitución Española sí ha sido más garantista respecto al derecho de negociación colectiva al desplegarse sobre él un marco protector mediante técnicas de garantía específicas y en atención a su vinculación normativa a los principios y a los valores superiores consagrados en la Constitución. En cualquier caso, la negociación colectiva nacional (como acontece, por lo demás, con todos los ámbitos del sistema de relaciones laborales) está fuertemente condicionada por la nueva fase de mundialización de la economía-mundo que hoy se conoce como "globalización", la cual tiene distintas manifestaciones entre las cuales se encuentra precisamente las autorregulación de los actores (poderes) económicos y también proceso de negociación colectiva transnacional de nuevo tipo, no siempre bien coordinada con los sistemas nacionales[132].

-La negociación colectiva como derecho social fundamental de libertad debe ver respetado su contenido esencial dentro del sistema de límites que se impone deducir de su coexistencia con otros derechos y libertades que la Constitución garantiza (la garantía del contenido esencial de la negociación se encuentra explicitada en el art. 53.1 CE, en conexión necesaria con la norma de apertura constitucional deducible del bloque normativo constitucional conformado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución, y nos conduce en vía interpretativa). Pero estas relaciones y sistemas de límites no deben suponer una relación jerárquica con la libertad de empresa, que no es un derecho superior al derecho a la negociación colectiva y significativamente se encuentra en el capítulo II del Título I de nuestra Norma Fundamental. Es más: el derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical (lo recordaba la STC 225/2001, de 26 de noviembre, FJ. 6) conlleva la máxima protección jurídica que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales dentro del sistema de garantías establecidas en el art. 53 CE, al ubicarse la libertad sindical en la Sección Primera del Capítulo I del Título I de nuestra Carta Magna. Por ello parece harto discutible la última jurisprudencia constitucional sobre la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, la cual introdujo normas que suponían una nítida *intrusión* en los espacio de autonomía del derecho inherentes al contenido esencial de la libertad sindical como zona reservada y, por tanto, infranqueable por el legislador infraconstitucional (SSTC 119/2014, 8/2015). Entre los precedentes en sentido contrario, puede retenerse la jurisprudencia establecida en la STC 208/1993, de 28 de junio, FJ. 3.

---

[131] Art. 155 TFUE y concordantes. Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (Artículo 28 CDFUE)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): *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.

[132] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía,* Estudio preliminar a Ripert,G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CL; Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., págs. 382 y sigs.; Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P.: J.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales,* Barcelona, Icaria Editorial, 2015, espec., págs. 15 y sigs.; Teitelbaum, A.: *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo,* Barcelona, Icaria Editorial, 2010; y Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II.2 ("La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía"), págs. 54-109; Guamán, A. y González, G.: *Empresas transnacionales y derechos humanos,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2018; Ojeda Avilés, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2013, capítulo 9, analizando la negociación colectiva transnacional; Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, Capítulo III ("El Derecho del Trabajo de las cadenas globales de valor"), págs. 93 y sigs., con referencia al pluralismo jurídico, más o menos ordenado.

-Corresponde al legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales (artículos 37.1, 53.1 -la ley reguladora "deberá respetar su contenido esencial"-, en relación con el bloque normativo de apertura al sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales ex artículos 10.2 y 93 a 96 de la CE), garantiza el derecho respetando el contenido esencial y establecer una regulación de carácter promocional del mismo como espacio de autorregulación colectiva, sin perjuicio de introducir los límites que del marco de contenido posible legal se infiere de la misma incorporación o inserción de este derecho fundamental de libertad en el sistema de derechos constitucionales que se insertan dentro de la constitución social y de la constitución económica dentro del principio de unidad de la Norma Fundamental. De este modo, ha de prevalecer la dimensión garantista, ordenadora y promocional de la negociación colectiva frente a la tentación de hacer prevalecer una dimensión limitadora y restrictiva de las funciones constitucionalmente atribuidas a este derecho fundamental. Esa función promocional está presente en la mejor doctrina del Alto Tribunal, cuando destaca la función de la negociación colectiva para la regulación de los conflictos laborales y su condición de instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo (por ejemplo, SSTC 208/1993, FJ. 4; 105/1992, FJ. 6).

-Corresponde al legislador infraconstitucional garantizar la eficacia jurídica de los convenios colectivos de manera que puedan materializar el respecto a las decisiones de autodeterminación colectiva frente a la interferencia de otras libertades y poderes públicos y privados -sean individuales o sean colectivos- que traten de desnaturalizar esa fuerza vinculante: su fuerza normativa inherente a su eficacia directa e inmediata (sin necesidad de interiorización en los contratos de trabajo), la indisponibilidad singular por parte de sus destinatarios, y la coactividad específica que comporta dotarlo de un sistema de garantías para hacerlo valer efectivamente, incluida la justiciabilidad de sus disposiciones (a través del orden social de la Jurisdicción). El convenio colectivo es un Derecho objetivo creado y sancionado jurídicamente que asume una determinada función dentro del sistema jurídico. Es difícil pensar que esos rasgos del convenio colectivo no supongan en la teoría general de las normas y de las fuentes del Derecho objetivo el reconocimiento de su eficacia jurídica normativa.

-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 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 caben 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. Pero no pudo alterar completamente el modelo normativo vigente ni neutralizar las consecuencias más negativas ("perversas") de las reforma de 1994 y 2012. Pero ha tenido la virtualidad de ser una reforma negociada que ha introducido en material de negociación colectiva reformas estructurales significativas.

-La decisión legislativa de apostar por el convenio colectivo estatutario configurándolo como un convenio normativo de eficacia personal general como el convenio estatutario es una diferencia importante de España respecto a los demás países de Europa donde el convenio colectivo ordinario es el normativo de eficacia personal limitada. Las razones que explican esta apuesta del ordenamiento jurídico español por el convenio de eficacia general se sustentan en el logro que se consigue de proporcionar una amplia cobertura de trabajadores a través de la negociación colectiva, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica y una amplia homogeneización de las condiciones de trabajo, reduciéndose así los costes entre las empresas y disminuyendo la competencia en esa cuestión, por lo que sin duda constituye uno de los pilares y valores positivos del modelo legal de negociación colectiva.

El modelo legal de negociación colectiva claramente se ha decantado hasta ahora por un convenio colectivo estatutario fuerte, normativo y de eficacia general, llamado a desempeñar un papel esencial en la ordenación de las relaciones laborales y en la determinación de las condiciones de trabajo, con el obvio respecto a la ley y al principio de jerarquía. No obstante, el legislador ha mutado tal rol para atribuirle uno de carácter más secundario en beneficio de la autonomía empresarial; debiéndose tener en cuenta que el convenio colectivo ocupa un lugar destacado en el sistema de fuentes en el ámbito laboral, configurándose la autonomía colectiva como una fuente de producción originaria que se inserta en el pluralismo jurídico, tendente hacia la "democracia pluralista". El anterior legislador de la Ley 3/2021ignoraba el papel y las materias propias en las que se desenvuelve la autonomía colectiva por imperativo constitucional, con las peligrosas quiebras a la fuerza normativa y eficacia general que esto puede suponer en la aplicación práctica del convenio colectivo estatutario, y también con la preocupante situación en la que puede desembocar al destruir los cimientos que mantienen en equilibrio la paz sociolaboral.

Puede mantenerse que el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, conservó los elementos esenciales del sistema español de negociación colectiva así como la de autonomía colectiva, aunque dotándolo de importantes, y también peligrosas, notas intervencionistas, en la línea claramente de la Ley 35/2010, de 17 de Septiembre; pero que la Ley 3/2012 ha ido mucho más allá. Se tratan de tres leyes reformadoras, que sin duda han modificado instituciones esenciales redefiniendo el modelo de relaciones laborales, siendo la Ley 3/2012 la más incisiva en el modelo de negociación colectiva, aunque también afecta a otras instituciones laborales, observándose que no promocionan a la negociación colectiva sino que tratan de reducirla lo máximo posible restándole capacidad negocial a las partes negociadoras.

Nótese que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, adujo como justificación para llevar a cabo tal reforma que con la crisis económica que atraviesa España desde 2008 se ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español. Según este legislador, la gravedad de la crisis actual no tiene precedentes ya que en España se ha destruido más empleo y más rápidamente, que en las principales economías europeas. Para ellos, el culpable resulta evidente: el modelo laboral, y por tanto, para solventar esos graves problemas estructurales, es preciso acometer una flexibilización tal del modelo que finalmente acabe con tan notable desviación del mismo que lo convierta en irreconocible. Sin embargo, esta tesis que responsabiliza al modelo legal de las altas tasas de desempleo no es compartida, sin dejar de reconocer que ciertamente era preciso llevar a cabo algunas reformas ya que tiene ciertos problemas estructurales graves; y que desde luego tal reforma debería acompañarse de una reflexión autocrítica por parte de estos mismos legisladores…

La Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 es muy clara al respecto, reconociendo que las modificaciones operadas en materia de negociación colectiva, en el Capítulo III del ET, 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.

Es importante advertir que se formuló una queja por CCOO y UGT contra el Gobierno de España ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT el 10 de mayo de 2012 frente al Real Decreto-ley 3/2012 162, entendiendo que esta norma vulnera los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva reconocidos y garantizados por los Convenios núms. 87, 98 y 154 de la OIT 163, habiéndose ampliado esta queja tras la Ley 3/2012, de 6 de julio, la realidad actual es que las relaciones laborales vienen regidas por las modificaciones introducidas por la Ley 3/2012 afectando negativamente a los trabajadores desde hace ya más de un año. De igual modo, también es preciso observar la existencia del recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012 promovido ante esta Ley, admitido a trámite,

y que fue resuelta en el sentido de convalidar la constitucionalidad de la reforma de la Ley 3/2012 (Sentencias de 2014 y 2015, ya citadas).

No se desconoce que la inserción de un modelo de democracia social en una economía de mercado enmarcada en el sistema del capitalismo intervenido implica ceder, pero deben hacerlo ambas partes. Sin duda, la convivencia de estos esquemas organizativos obliga a articular un difícil equilibrio de fuentes reguladoras de los derechos sociolaborales (heteronomía, autonomía colectiva, autonomía individual), en cuyo marco la negociación colectiva ocupa un espacio vital predominante, sin que el legislador de turno pueda, ni deba, obviar la intangibilidad de esa configuración constitucional: ni el predominio absoluto de la autonomía colectiva frente a la norma heterónoma y la autonomía individual, ni la postergación de la autonomía colectiva hasta un espacio ridículo de actuación, resulta acorde con el texto constitucional. En la actualidad nos encontramos más cerca del último extremo no deseado.

En este sentido, el art. 37.1 CE obliga a que efectivamente se disfrute de una libertad de negociación para la autodelimitación de la estructura y contenidos de la negociación colectiva dentro de los límites legales, pero precisamente la estructura de la negociación colectiva es un campo específico y genuino que debe corresponder en lo principal a aquélla esfera de libertad colectiva. Por tanto, en virtud del art. 37. 1 CE se prohíbe un intervencionismo excesivo del Estado (y tanto más "autoritario") en el espacio propio de autorregulación colectiva ya que corresponde al poder estatal garantizar y promover que existan instancias adecuadas para que se desarrolle satisfactoriamente el ejercicio de este derecho de libertad y autonomía. La pregunta inmediata, ¿En las reformas normativas anteriores a la reforma realizada en virtud del RD-ley 32/2021 subyace este intervencionismo promocional o se trata más bien de un intervencionismo excesivo y de orientación autoritaria del Estado? La respuesta es nítida. La finalidad de esta normativa no es otra que limitar y reducir significativamente el poder y el ámbito de actuación de la negociación colectiva hasta lograr que se desdibuje de tal forma que decaiga ante la autonomía individual empresarial.

-Las vías articuladas por la Ley 3/2012 para quebrar la eficacia del convenio colectivo estatutario son diversas, pudiendo considerarse que son varios los instrumentos des-constructores que se han insertado en el interior de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Desde una perspectiva más amplia, por ejemplo, la flexiseguridad reinante en todas las reformas acometidas en el ámbito de las relaciones laborales, bajo el escudo de imperativos europeos. Más concretamente, en el terreno propio de la negociación colectiva, incluso la UE ha colaborado en esa degradación de los derechos sindicales a favor de los intereses económicos, como puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que opta por sacrificar derechos sociales y «constitucionalizar» el dumping social (STJCE 11 diciembre 2007, asunto C-438/2005, Viking; la STJCE 18 diciembre 2007, asunto C-341/2005, Laval un Parthneri; y la STJCE 3 abril 2008, asunto C-346/2006, Rüffert). En estos pronunciamientos se hace visible un conflicto entre el Derecho europeo de la competencia (asentando en una constitución económica fuerte dentro del Sistema de los Tratados de la Unión Europea) y el Derecho colectivo/sindical (hoy por hoy, bajo el soporte de una constitución débil en el sistema de los Tratados de la Unión Europea; y "nacionalizado" en lo que se refiere a las bases fundamentales de la libertad sindical, el derecho de huelga y la misma negociación colectiva).

En el plano interno, la devaluación del convenio colectivo como instrumento regulador de condiciones de trabajo resulta evidente, poniéndose de manifiesto que la contractualización de las condiciones de trabajo es la finalidad que se esconde tras tal política reformista, de corte marcadamente neoliberal.

Se desvaloriza igualmente lo establecido en convenio colectivo al permitirse que se lleven a cabo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo aun cuando no se haya llegado a un acuerdo (acuerdo de reestructuración productiva) en el período de consultas-negociación colectiva gestional. Idéntica permisibilidad en el caso de los despidos colectivos tras la realización del preceptivo período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, pero que no es vinculante.

Finalmente, se cuestiona la intangibilidad del convenio de una forma ya ciertamente peligrosa y directamente también el propio modelo de negociación colectiva. Se ha destruido uno de los caracteres esencial del convenio colectivo estatutario como es su intangibilidad. El resultado no puede ser distinto si se facilita hasta el extremo la revisión y la inaplicación del convenio y se articulan una reglas de concurrencia que precisamente llevan a considerar como excepción la aplicación de la regla general de no afectación de convenios establecida en el art. 84. 1 del ET, otorgando preferencia al convenio de empresa en materias esenciales de las condiciones de trabajo.

-Entre esas importantes quiebras al modelo legal de negociación colectiva se encuentra la posibilidad recogida en el art. 82. 3 del ET, precepto que precisamente establece la eficacia normativa y personal generalizada dentro de su ámbito de aplicación del convenio colectivo estatutario, sustentando su aplicación de manera inmediata y directa; pero a continuación prevé la inaplicación del convenio colectivo estatutario que resulte de aplicación, tanto si es de empresa como sectorial, en un elenco importante de materias, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que también concreta en el precepto aunque forma nada exigente, posibilitando incluso un descuelgue "preventivo" frente a pérdidas previstas. Es importante tener en cuenta que la reforma acometida por la Ley 3/2012 permite desligarse de la aplicación de un convenio colectivo de empresa por esta vía, algo novedoso ya que hasta entonces sólo se permitía el descuelgue de convenios sectoriales entendiendo que efectivamente en la empresa podían concurrir una serie de circunstancias que lo justificaran. Desde entonces se permite la inaplicación del propio convenio de empresa, algo bastante relevante y difícil de justificar. Como aspectos relevantes, señalar que la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo regulada en el art. 41 del ET, que también es un instrumento importante de flexibilidad interna, no puede utilizarse para "rebajar" condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo estatutario, debiéndose acudir en estos casos al procedimiento del art. 82. 3 ET, tal y como establece el art. 41. 6 del ET tras las últimas reformas (se modifica por el art. 12.1 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero).

Asimismo, con esta flexibilización en el procedimiento y la ampliación de materias susceptibles de inaplicación prevista en el art. 82. 3 del ET se relativiza, por no decir que casi prácticamente desaparece, la predicada fuerza inderogable "in peius" del convenio colectivo (o principio de inderogabilidad singular del convenio colectivo), consistente en impedir que se aplicaran unas condiciones de trabajo inferiores a las establecidas en el convenio colectivo. En cualquier caso el descuelgue está previsto como una medida de flexibilidad interna causal (art. 82.3, párrafo 1º, del ET) y de carácter coyuntural que supone la inejecución temporal ("suspensión") del convenio colectivo afectado por la inaplicación parcial (conforme al art.82.3, párrafo 6º, del ET, "el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa").

Con esa reforma se consiguió el objetivo reconocido en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 de hacer más viable la posibilidad del descuelgue, ya que si bien el Real Decreto-Ley 7/2011 actuó en este sentido, no lo hizo con el ímpetu flexibilizador suficiente al no haberse avanzado significativamente en este terreno según los datos; por lo que la Ley 3/2012 se ha propuesto posibilitar

aún más tal inaplicación del convenio colectivo estatutario. En este sentido, ha "corregido" que el Real Decreto-Ley 7/2011 no garantizase el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo, incorporando que ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas.

Se impone un *arbitraje de carácter obligatorio de carácter público* en caso de que no haya acuerdo sobre la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en el convenio de ámbito superior (art. 82.3 ET). Lo cual es merecedor de crítica, ya que invade espacios propios reservados a la autonomía colectiva y supone una clausura de las discrepancias que han bloqueado la posibilidad de un acuerdo colectivo, puesto que la resolución administrativa o el laudo arbitral tiene carácter jurídicamente vinculante y de inmediata efectividad. Este tipo de decisiones heterónomas no encajan con la doctrina establecida por la STC 11/1981, FJ. 24. Lo normal será que sea el empleador el que acuda a este procedimiento arbitral de carácter público, que afecta al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE (en relación con el art. 53.1 CE), y a la fuerza vinculante de un convenio colectivo vigente sobre el que no ha habido acuerdo colectivo sobre su modificación. De ahí las dudas razonables sobre su constitucionalidad. Por lo demás, la decisión heterónoma adoptada en este procedimiento arbitral (donde no hay un compromiso arbitral por ambas partes afectadas por el conflicto y el bloqueo de la negociación) "tendrá la misma eficacia de los acuerdos en período de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91" del ET. Queda nítido que este procedimiento *sustituye a la decisión de autonomía colectiva* en supuestos de normalización jurídica y no precisamente de carácter excepcional. Las disfuncionales son tales que el propio empleador puede utilizarlo como vía para revisar de manera obligada el convenio colectiva vigente y respecto del cual desea su revisión o descuelgue de condiciones de trabajo, a pesar del descuerdo con la parte social.

Por otra parte, y dentro de este bloque de quiebras a la eficacia del convenio colectivo estatutario, también debe aludirse a las modificaciones operadas en las reglas de concurrencia. Si bien recientemente se habían calificado a las mismas como reglas legales que actúan de algún modo como refuerzo o parapeto de la vigencia del convenio colectivo y de su eficacia, cabe resaltar cómo han sido modificadas hasta el extremo de que en la actualidad deban incluirse en el bloque de las que quiebran esta eficacia. El art. 84 del ET establece una regla general de prohibición de concurrencia entre convenios ("un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto"), pero a continuación ha articulado el legislador un amplio elenco de posibilidades que excepcionan esta regla general priorizando el convenio de empresa y una orientación claramente descentralizadora que impide a los sujetos colectivos que articulen la estructura de la negociación colectiva y sus correspondientes reglas de concurrencia. Como puede observarse, la prioridad aplicativa del convenio de empresa establecida en el art. 84. 2 del ET y la inaplicación del convenio del art. 82. 3 del ET son preceptos que comparten finalidad, si bien éste último requiere un justificado motivo para legitimar jurídicamente el descuelgue o inaplicación

Es así que se ha pasado tras la Ley 3/2012 de un modelo donde la ley asumía un rol garantista del derecho a la negociación colectiva a un modelo en que se concibe a la ley como interventora, y prácticamente única reguladora de este derecho, lo que supone un grave y peligroso ataque a este derecho fundamental y una alteración sustancial del sistema de fuentes instaurado en la Constitución Española en 1978.

Señala el propio legislador (Exposición de Motivos de la Ley 3/2012), que otorgar prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que

se entienden primordiales es necesario para una gestión flexible de las condiciones de trabajo, reconociéndose que se ha avanzado en esa tendencia del Real Decreto-Ley 7/2011, garantizando la descentralización convencional por este comenzada si bien ya impuesta de forma heterónoma, en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores. Esto supone condenar al mercado de trabajo a una fragmentación tal de las condiciones de trabajo que supone ir en contra del modelo legal de negociación y atomización colectiva hasta ahora instaurado y que incluso presenta serias dudas de constitucionalidad. En este sentido, el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, presentado el 5 de octubre, frente a la Ley 3/2012, al que ya se ha hecho referencia, recoge entre los motivos de impugnación, entre otros, la lesión del derecho a la negociación colectiva ligado al de libertad sindical en relación con la preferencia aplicativa absoluta del convenio de empresa legalmente consagrado en el art. 84. 2 del ET. Como se sabe, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2014 y 2015 confirmaron sin fisuras a la constitucionalidad de la reforma en su integridad.

En este sentido, algunos sectores doctrinales han apreciado un carácter disfuncional de los convenios provinciales por lo que reclamaban su desaparición o restricción, pudiéndose en la actualidad hablar de un modelo bipolar en el que predominan un convenio colectivo sectorial, estatal o autonómico que ordenaría el conjunto de la estructura negocial en el marco del art. 83.2 del ET y proporcionaría una regulación completa para pequeñas y micro-empresas, que normalmente no tienen convenio; y el convenio de empresa, que ostenta un relevante papel de adaptación y ajuste a la realidad empresarial con la finalidad explícita de conseguir la mejora de la competitividad y un aumento de la tasa, y que también es más fácilmente moldeable a los intereses empresariales. Sin duda, el legislador apuesta por un nuevo sistema de negociación colectiva que persigue una regulación convencional más cercana a la empresa y su adaptación a las circunstancias económicas concurrentes, con una tendencia a la absoluta atomización de las condiciones de trabajo.

-La Ley 3/2012 se enmarcaba en una profunda y peligrosa tendencia flexibilizadora, que evidentemente está cuestionando el papel que juega el convenio colectivo estatutario en la actual coyuntura histórica como instrumento normativo y cauce de gestión autónoma del sistema de relaciones laborales. Previó esta Ley un elenco amplio de posibilidades que posibilitan desligarse de la aplicación del convenio colectivo estatutario que resulta preceptivo según el juego de reglas establecidas por el propio Estatuto de los Trabajadores. Se aprecia la generalización de importantes quiebras al modelo constitucional respecto a la eficacia jurídica del convenio colectivo, soslayándose asimismo también el modelo legal estatutario en cuanto a la eficacia normativa y la eficacia personal erga omnes otorgada a los convenios colectivos estatutarios al permitirse un sistema tan amplio, prácticamente acausal, flexible y de fácil tramitación de la inaplicación del convenio colectivo, bien sea a través del art. 82. 3 del ET o bien a través de las nuevas normas de concurrencia del art. 84 del ET que apuestan por la descentralización total de negociación colectiva, con los importantes efectos de fragmentación que esto conlleva entre los trabajadores. Por tanto, las recientes reformas normativas, ignoran el importante rol del convenio colectivo estatutario como homogeneizador de las condiciones de trabajos, instrumento de equilibrio de poderes sociales y garante de paz social laboral. La Ley 3/2012 ha desposeído al convenio estatutario de su esencia misma, derivándose en una desvalorización profunda del convenio colectivo como instrumento normativo y en una individualización de las condiciones de trabajo, demoliéndose núcleos esenciales del modelo de negociación colectiva español, y muy especialmente los relativos a la eficacia del convenio. El resultado es que en la actualidad el convenio colectivo estatutario tiene una eficacia jurídica contractual colectiva y una eficacia personal general disponible.

-Y asimismo, la acuciante problemática servida en bandeja de plata por el legislador respecto a la ultraactividad de convenios, potenciando aún más el poder negociador del que goza el banco

empresarial. Materia en la que, como se indicó, ha incidido de manera significativa la reforma laboral de 2021. Pero ahora conviene recordar las bases regresivas y disfuncionales del modelo de ultraactividad instaurado por la Ley 3/2012.

Una vez denunciado el convenio colectivo conforme a lo establecido en el mismo, el convenio entra en la fase de ultraactividad, y a partir de ese momento se entiende que decae la vigencia del convenio en su totalidad, tanto el contenido normativo como el obligacional, téngase en cuenta que las reformas acontecidas en los últimos tiempos están debilitando los contornos del contenido normativo y del obligacional. No obstante, excepto las cláusulas de paz, este convenio puede seguir aplicándose en aras de la ultraactividad, lo que hasta ahora había garantizado seguridad jurídica y paz social, si bien es cierto que una excesiva prolongación de la misma también puede generar otros conflictos. Tras la Ley 3/2012, incluso con el Real Decreto-Ley 3/2012, el art. 86. 3 del ET ha sido reformulado en el sentido de limitar temporalmente esta figura a un año desde que el convenio ha sido denunciado, salvo pacto en contrario. La reforma de 2021 establecería otra solución más idónea en el reformado art. 86.4 ET ("Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya cordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el art. 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes […]. Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, *en defecto de pacto*, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzar un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo". Se trata de una regla supletoria respecto de la autonomía colectiva. Por lo demás, aunque no exista ese pacto previsto, siempre existirá una posible negociación dinámica ex art. 86.1, párrafo 22º, y 84.2 del ET).

La solución establecida por la Ley 3/2012 (sin consenso con los interlocutores sociales) entrañaba el riesgos de favorecer la autonomía individual y la consiguiente potenciación de los poderes del empleador o a las asociaciones empresariales, pues finalmente se podía producir una vacíos negociales difícilmente compatibles con las garantías establecidas en los artículos 37.1 y 28.1 CE. Esa *amenaza cambiaba en sí la correlación de fuerzas* entre las partes negociadoras, pues se ejercía una fuerte presión sobre la representación de los trabajadores en el proceso de negociación que no desconocía las consecuencias últimas que supondría no alcanzar un acuerdo negocial al aplicarse la "solución final" prevista por el legislador dirigista.

Para algunos es fácil olvidar ahora que en otras etapas de bonanza económica, la ultraactividad también ha operado a favor de los intereses empresariales; pudiendo concluir que la ultraactividad ha resuelto más problemas de los que ha ocasionado. Además, ese plazo de un año para que se negocie un nuevo convenio, y mientras tanto se extienda la ultraactividad, no se ajusta a la práctica negocial española, considerándose excesivamente reducido.

Es importante advertir que la reforma de 2012 ya tendía hacia la mutación de la negociación colectiva en un instrumento de gestión de los intereses empresariales (apartándose de su configuración constitucional como instrumento de composición del conflicto colectivo de intereses), inscribiéndose la modificación experimentada por el art. 86.3 del ET en esta dinámica (en la redacción de la Ley 3/2012, porque la vigente es distinta y ha establecida por el RD-ley 32/2021)[133].

[133] Resulta algo sorprendente el pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales de la CSEr pudo considerar razonable y no opuesta al art. 6 CSEr esta preferencia aplicativa, como se había planteado en la reclamación contra el Gobierno Español. Conclusiones XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre, párrafos 14º y 20º. Criterio interpretativo de autoridad, pero discutible desde el punto de vista de la interpretación doctrinal. Y es tanto más discutible porque el mismo CEDS se había mostrado contrario a los arbitrajes obligatorios en el marco de los bloqueos de negociación colectiva. En relación al mismo art. 6.3 CSEr: Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover el establecimiento y uso de procedimientos apropiados de conciliación y arbitraje *voluntario* para la solución de conflictos laborales. Cualquier

Una de las cuestiones más litigiosas derivadas de la regulación que incorporara la Ley 3/2012, de esa versión del art. 86.3 del ET en relación con la vigencia del convenio fue la solución a la que se vio abocado el Tribunal Supremo, en el sentido de "contractualizar" plenamente (en la lógica del derecho común de la contratación civil) las condiciones de trabajo que establecía el convenio colectivo que perdía su vigencia jurídica y, sin embargo, no existía un convenio colectiva de ámbito superior aplicable […]. Con todo la solución final impuesta por la reforma de 2012 había creado muchos más problemas de los que supuestamente pretendía resolver.

Y es que, al tiempo, resulta más adecuado y eficiente que la negociación colectiva contribuya dinámicamente al proceso de racionalización jurídica de los conflictos existentes que se pueda plantear en cada momento del desenvolvimiento vital de los productos emanados de la autonomía colectiva.

-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[134]. Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, a la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido.

-Por otro lado, y aun en ese contexto expuesto de debilitamiento de la negociación colectiva como instrumento de reequilibrio entre las fuerzas productivas, se puede destacar no obstante, cómo precisamente estas mismas reformas han profundizado en el "derecho sindical" a la negociación colectiva, desde la perspectiva de que si bien el art. 37. 1 CE permite extraer una titularidad abierta a otros sujetos colectivos que no tienen por qué ser los sindicales; ahora bien, una interpretación de conjunto del bloque sindical, con los arts. 7 y 28. 1 CE como ejes vertebradores, permite afirmar que los sujetos llamados a negociar preferentemente deben ser los sindicatos. Una de las escasas virtudes de estas reformas, es la reafirmación legal del sindicato como sujeto colectivo negociador por antonomasia, en coherencia con esa interpretación sistemática de la Constitución Española, entendiéndose que la configuración del derecho a la libertad sindical consta de un contenido complejo en el que se localiza

sistema de arbitraje debe ser independiente, y la cuestión de fondo del arbitraje no puede predeterminarse por criterios preestablecidos. *Cualquier forma de arbitraje obligatorio es contraria a esta disposición*, ya sea que la ley nacional permita que solo una de las partes en un conflicto someta el conflicto al arbitraje sin el acuerdo de la otra parte o que permita Gobierno u otra autoridad para llevar la disputa a arbitraje sin el acuerdo de las partes o una de ellas. Sin embargo, dicha restricción es posible si se encuentra dentro de los límites establecidos por el artículo G. Cfr. Conclusiones 2006, Moldavia, art.6.3 CSEr. Véase Digesto de la Carta Social Europea (2018). https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf

[134] El convenio colectivo ha supuesto la institucionalización jurídica del conflicto colectivo de trabajo; no sólo porque lo resuelve dinámicamente cuando éste se produce, sino también porque se tiende a producir una separación entre conflicto actual y convenio, en la medida en que se estandariza el proceso de negociación formal: a menudo el convenio es sustituido por otro nuevo sin que se haya producido un conflicto intermedio o cuando éste se ha producido ya se ha predispuesto inmediatamente el cauce jurídico-procedimental apto para su solución pacífica. La «secuencia» tradicional venía siendo: «conflicto-convenio-conflicto-convenio…». Actualmente, en un sistema evolucionado de negociación colectiva propio del constitucionalismo social, se produce una progresiva independización entre conflicto y convenio, de manera que la secuencia cambia radicalmente en los términos siguientes: «convenio-conflicto-convenio… convenio-convenio-convenio…». Estamos ante una manifestación cualificada del proceso de «juridificación» del conflicto sociolaboral; y en parte, también por ello mismo, a la integración de los conflictos de trabajo en la dinámica político institucional del sistema establecido. Para esto último, véase Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N., Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Granada, Ed.Comares, 2023, pág. 206; ampliamente, 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, Comares, 2002, espec., págs. 625-683.

un contenido esencial de construcción eminentemente constitucional, y un contenido adicional de formulación legal y convencional, lo que sustenta la interpretación que defiende que dentro de ese contenido esencial se encuentra el derecho a la negociación colectiva como una herramienta imprescindible de acción sindical sin la cual el derecho a la libertad sindical quedaría totalmente desvirtuado e irreconocible como tal. Las últimas reformas laborales han reforzado esta doctrina del "derecho sindical" a la negociación colectiva al otorgar al sindicato y a sus instancias representativas, las secciones sindicales, una preferencia para negociar convenios colectivos estatutarios y los acuerdos de inaplicación, en perjuicio de otros sujetos colectivos como los representantes unitarios que no tienen tal protección constitucional sino que sólo se encuentran implícitamente referenciados en el art. 129. 2 CE. Tras el Real Decreto-Ley 7/2011, en la articulación de las reglas de legitimación de los correspondientes niveles negociales se aprecia de forma patente cómo se apuesta claramente por el sindicato como interlocutor en todos los niveles negociales, aunque no en todos de forma excluyente. Las razones de esta tendencia "sindicalizadora" de las reglas de legitimación estatutarias son frenar el continuo avance de fuerzas sociales no sindicalizadas, lo que provoca cierto temor en los poderes públicos y también empresariales desde la perspectiva de que su espontaneidad e informalidad las hacen estar fuera de control (y menos susceptibles de "calculabilidad" de sus decisiones). Este avance tampoco es visto con buenos ojos por los propios sindicatos que reclaman a los poderes públicos que promocionen la concepción orgánica-institucional del derecho a la libertad sindical.

Esta apuesta por los poderes sindicales no se trata de una opción normativa desconocida en el ordenamiento jurídico española (ni podría estarlo atendiendo a la preferencia constitucional por el sindicato como asociación que persona la identidad colectiva de los trabajadores; artículos 7 y 28.2 CE), estando ya instalada (y plenamente asumida y normalizada) en las reglas de legitimación negocial en el caso de los funcionarios públicos, si bien con carácter exclusivo por lo que aún es más radical.

En este sentido, y atendiendo a las duras condiciones laborales que se están aplicando a los trabajadores en la actualidad es preciso reivindicar más que nunca el papel otorgado al sindicato por la propia Constitución Española, debiendo ser ésta la base para el alegato más enérgico para la reafirmación del sindicato como sujeto idóneo para negociar y compensar la situación de desequilibrio total que está precisamente impulsando el poder legislativo y ejecutivo tras las últimas reformas en general. Es decir, estas reformas si bien reafirman al sindicato como interlocutor preferente, le obligan simultáneamente a desplegar su actuación en un contexto normativo adverso que le desposee de ámbitos propios de la autonomía colectiva como es precisamente la ordenación y estructura de la negociación colectiva, o la posibilidad de quebrar unilateralmente el empresario la eficacia jurídica normativa y personal general del convenio a través de la descausalización y flexibilización de los acuerdos de inaplicación. Pues bien, en ese contexto, el poder sindical es cada vez más necesario; no hay una alternativa -viable y mínimamente efectiva- a la organización sindical para garantizar la autodefensa de los intereses colectivos y sociopolíticos de los trabajadores implicados en el mundo del trabajo. Se ha advertido que los sindicatos son detentadores de poder; necesitan poder para desempeñar su papel en la sociedad. Los sindicatos representan el poder colectivo de los trabajadores y precisamente esta es la razón de su existencia[135].

No obstante, y en el ámbito aún de las reglas de legitimación negocial, el legislador, si bien ha aportado seguridad jurídica al respecto, por ejemplo en materia de grupos de empresas y empresa red, aunque no con la flexibilidad suficiente requerida para este tipo de formas empresariales; ha obviado la regulación de algunos supuestos problemáticos como las unidades transversales de empresas

[135] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, trad. J.M. Galiana Moreno, "In Memoriam" por Faustino Cavas Martínez y José Luján Alcaráz, y edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019, pág. 360.

contratistas y subcontratistas cohesionadas por la empresa principal, que surgen como consecuencia de diluir el modelo tradicional de organización de la empresa centralizada. En este sentido, es necesario superar el modelo de niveles de negociación autónomos que operan como compartimentos estancos con el fin de conseguir espacios transversales capaces de atender a las nuevas realidades derivadas del fenómeno de la descentralización productiva, singularmente por lo que hace a las contratas y a las empresas de trabajo temporal.

-Entre los modelos estáticos y los modelos dinámicos de negociación colectiva, actualmente no se puede afirmar que nuestro modelo puede 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 es indisponible por la negociación colectiva en virtud del art. 84.2 ET[136], 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 colectivo, entre otras cosas porque en un nuestra negociación colectiva sigue 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

[136] 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. En cualquier caso, el Comité Europeo de Derechos Sociales de la CSEr pudo considerar razonable y no opuesta al art. 6 CSEr esta preferencia aplicativa, como se había planteado en la reclamación contra el Gobierno Español. Conclusiones XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre, párrafos 12º y 14º. Criterio interpretativo de autoridad, pero discutible desde el punto de vista de la interpretación doctrinal.
Más allá de estos supuestos, resultan de interés también las pronunciamientos sobre aspectos de la negociación colectiva -entre otras materias- recogidos en Salcedo Beltrán, C.: "Conclusiones 2022/XXII-3 del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre los derechos laborales: los incumplimientos progresan (in)adecuadamente (*Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra?*)". https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=142698&_part=2&_action=get&_extwin=1. Un minucioso análisis con 8 interesantes conclusiones de no conformidad dirigidas a España.

atomización de la negociación colectiva[137]. 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 entre articulación negociación 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 colectivo, 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).

-Existe, pues, una visible tendencia (en el modelo legal y convencional) a favorecer un modelo de negociación dinámica y flexible atenta a las 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 laboras -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 a es 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 mecanismos RED de flexibilidad y Estabilización del empleo, las negociaciones sobre la incorporación de las nuevas tecnología en la empresa y su incidencia en la organización del trabajo, etcétera)[138], 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 entre 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 habla de "normalización" jurídica y de utilización ordinaria en la experiencia jurídica negociadora. Hace

[137] 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.

[138] 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 Ruíz Santamaría, J. L. (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2021, 1152 páginas.

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 que el principio de preferencia del convenio colectivo 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 verdaderamente 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 misma sector. Afortunadamente la reforma laboral de 2021 ha impedido que el salario forme parte de las materiales que podrían ser inaplicables por un convenio colectiva de empresa sin acreditar ningún justificado motivo. Tan sólo subyacen las razones de pura conveniencia empresarial. Esto es una suerte de formas 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 las 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 trabajo[139].

[139] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, espec., págs.29 y sigs.,137 y sigs., y 2013 y sigs.

-En nuestra tradición histórica (cuando ha existido un sistema democrático, y esto acontece en el periodo de entreguerras y especialmente con la Sistema normativo laboral de la IIª República Española) la legislación estatal ha desempeñado un importante papel en la regulación de la negociación colectiva como un elemento considerado necesario para la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico. Después de más de cuarenta años de dictadura esa ordenación democrática y la cultura sindical de negoción colectiva prácticamente era historia y esto planteó problemas en la configuración constitucional y sobre todo en la definición del modelo legal de negociación colectiva a través del Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pero el Título III del ET (versión originaria, Ley 8/1980, de marzo) no es tributario del modelo de "negociación colectiva" (sic) del sindicalismo vertical corporativo-autoritario del régimen franquista. El propio Título III deriva directamente del ABI (Acuerdo Básico de Interconfederal celebrado entre UGT y CEOE, Madrid, 10 de julio de 1979; y del Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva entre UGT y CEOE, AMI, Madrid, 5 de enero de 1980) que prefiguró su orientación, modelo y contenidos esenciales[140].

-Ahora bien, no debe esperarse todo del legislador como una "maná" que llegará del cielo (al modelo de un criticable "Estado providencia"), sino que la propia autonomía colectiva, es decir, la capacidad de autogobierno ostentada por los interlocutores sociales, debe ponerse a prueba a fin de demostrar sus facultades creadoras innovando los contenidos de la negociación colectiva para adaptarlos dinámicamente a las transformaciones de la sociedad del trabajo y del mundo de las empresas del capitalismo avanzado (nuevas formas de trabajo y de organización de las empresas, la digitalización de las relaciones laborales (trabajo en plataformas, incremento de la automatización y, sobre todo, la robotización, la inteligencia digital, etc.), la garantía de efectividad de los derechos fundamentales de los trabajadores, la generalización de la práctica de subcontratación empresas como forma específica de externalización productiva, afrontando la financiarización de las relaciones labores y el peligro emergente de socavar e incluso destruir las bases sociales del trabajo asalariado, tomarse en serio la regulación convencional de la introducción de medidas de flexibilidad interna como alternativa a las distintas formas de flexibilidad externa, etcétera.).

-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 contenidos de la

[140] Estos Acuerdos Sociales pueden consultarse en Monereo Pérez, J.L.; *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Ed. Lex Nova/Thompson-Aranzadi, 1999, págs. 165-195. El Acuerdo Interconfederal celebrado entre UGT, CC.OO, CEOE y CEPYME, Madrid, 15 de febrero de 1983 (Resolución de la Dirección General de Trabajo, de 17 de febrero de 1983, BOE de 1 de marzo), orden el registro y publicación oficial del texto del Acuerdo Interconfederal. Este Acuerdo Interconfederal ya se hace, pues, al amparo del Título III del ET y posee la eficacia que se deduce de los dispuesto en la Disposición Final del citado Acuerdo (expresamente, art.1 del Acuerdo). La Exposición de Motivos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET, señala que "El Título II, "De la negociación y de los convenios colectivos de trabajo", sustituye un régimen de intervencionismo y correlativo bloqueo en las relaciones laborales por un sistema de libertad y consiguiente responsabilidad de los interlocutores sociales naturales de esas mismas relaciones (…. De acuerdo con este objetivo general se pretende que el protagonismo de la Administración Pública en esta materia, propio de una concepción política hoy superada, da paso a la libre determinación de las condiciones de trabajo, de la productividad y de la paz social. Por otra parte, la ratificación por España de los Convenios 87 y 98 de la OIT, ya incorporados a nuestro Derecho interno, aparte de los planteamientos generales derivados del nuevo modelo de relaciones de trabajo, determinan y justifican la necesidad del cambio normativo indicado". Se ha advertido que el modelo de negociación colectiva del Título III del ET se diseñó a la medida de los interlocutores sociales que lo habían inicialmente propiciado y firmaron el ABI. Cfr. Vida Soria, J.: "Génesis, significado y evolución del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)", en VV.AA: *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ruesga Benito, S.M., Valdés Dal-Ré, F., y Zufiaur Narvaiza, J.M. (Coords.), Madrid, MTAS, 2005, págs. 170 y sigs., en particular pág. 185.

negociación colectiva atendiendo a la pluralización de los contenidos que se han venido produciendo señaladamente en las dos últimas décadas[141].

Es más: en la interrelación entre heteronomía pública y autonomía colectiva, se asiste a una tendencia a que la legislación pública abra deliberadamente nuevos espacios de poder ordenador y regulador a la negociación colectiva como fuente autónoma bilateral y flexible de ordenación de las relaciones entre las organizaciones de los trabajadores y de los empresarios, de determinación de las condiciones de trabajo y de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que trabaja en el ámbito del mercado de trabajo, incluido el ámbito sectorial y de empresarial. Esta expansión de espacios propios de autonomía es coherente con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva y la eficacia jurídica de los convenios colectivos; reconocimiento que confiere un protagonismo de los interlocutores sociales en el sistema de relaciones laborales en su conjunto. A la par de este enriquecimiento de contenidos por remisión legislativa, se ha de realzar que el convenio colectivo se articula con la legislación pública en el sentido de que no sólo la complementa o mejora, sino que también contribuye a adaptar la regulación legal básica general a las singularidades que presentan los distintos sectores y empresas. En el reparto de roles entre la norma estatal y el convenio colectivo, no hay tanto desregulación como uso de las técnicas normativas de la supletoriedad convencional y de la disponibilidad colectiva "in melius" de ciertas reglas establecidas en la regulación estatal (a la par que se prohíbe la derogabilidad "in peius" por parte de la autonomía contractual individual). De manera que se establece una *relación internormativa entre ley-convenio colectivo,* que pone de relieve la propia normatividad de este instrumento negocial como norma paccionada (reafirma su normatividad) y no tanto una supuesta re-contratación privada colectiva al modo de un "laissez-faire colectivo" iusprivista de nuevo cuño. El convenio colectivo expresa formalmente el poder sustancialmente normativo que le es atribuido a la autonomía colectiva (o si se quiere ver, en otras palabras, la negociación colectiva como *proceso* de dialógico y de intercambio transaccional entre los interlocutores sociales dotados factores base de poder) en dicha relación internormativa que impregna dinámicamente la ordenación y reglas de juego del sistema de relaciones laborales y la regulación imperativa de las relaciones de trabajo. Esa relación de *colaboración* internormativa se refuerza a medida que la ley estatal realiza una más intensa remisión de apertura al espacio propio de la negociación colectiva. En este tipo de colaboración inter-fuente -entre poderes públicos y privados colectivos- no hay propiamente una desregulación legislativas.

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"

[141] 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 Peréz, J.L. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.), Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, págs. 77 a 131; Sala Franco, T.: "La revisión del modelo legal de negociación colectiva" en Monereo Peréz, J.L. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.), 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.

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 el reforzamiento de los "espacios" de la autodeterminación colectiva.

Las exigencias de renovación de la negociación colectiva se imponen ante la desestandarización de las formas de trabajar en los modos de producción postfordistas (generalización de la externalización productiva y funcional, redes y grupos de empresas, aplicación al proceso productivo de las tecnología digitales y de la inteligencia artificial), con la necesidad de flexibilizar la noción de trabajo por cuenta ajena y dependiente (trabajo subordinado) y de abarcar, de manera creciente, formas de trabajo autónomo, teniendo en cuenta, además, las fronteras difusas ("zonas grises") existentes entre el trabajador dependiente y el trabajador independiente o autónomo y la realidad jurídica del "falso autónomo". En este sentido la negociación colectiva tiende a incorporar estatutos reguladores de trabajadores autónomos, señaladamente los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) o "parasubordinados". Aparte de ello, los TRADE en nuestro país disponen de una específica negociación colectiva "debilitada" (los Acuerdos de Interés Profesional).

Existe una dirección de política del Derecho de extender los derechos colectivos/sindicales de los trabajadores autónomos. Es relevante en este sentido la Decisión del Comité Europeo de Derechos Social del Consejo de Europa de 12 de septiembre de 2018, entendiendo que el art. 6.2 de la Carta Social Europea atribuye el derecho de negociación colectiva a los trabajadores autónomos, tomando en consideración la realidad de que la mayoría de los trabajadores autónomos se encuentran en una posición jurídica de debilitad respecto de los poderes de las empresarios clientes, existiendo un desequilibrio de poder negociador, siendo el derecho a la negociación colectiva un instrumento para alcanzar un equilibrio de poderes entre las empresas clientes y proveedores de trabajo autónomo o independientes (apartados 35 a 40). Hasta tal punto es así que muchos de estos trabajadores formalizan contratos de servicios que adquieren la fisonomía propia de típicos contratos de adhesión a las condiciones prefijadas por la empresa cliente (decisión, del Comité, que sería respaldada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa). Este criterio no se impondría con carácter general para todos los trabajadores autónomos, sino tan sólo para los aquellos colectivos de trabajadores autónomos que presentan esa posición de debilidad que les hace vulnerables frente a los poderes de las empresas clientes que los utilizan como proveedores de servicios a cambio de una compensación económico o precio por el servicio prestado. Este criterio no tendría que limitarse a la figura de la parasubordinación o el trabajo autónomo económicamente dependiente (TRAUDE), que en realidad son más una huida del Derecho Social del Trabajo que una expansión del sistema de garantías del empleo originariamente atribuido al trabajador dependiente o subordinado. Podría aplicar a la trabajadores autónomos "puros" sin asalariados donde se verifica esa posición de debilidad contractual con el siguiente desequilibrio de poderes que lleva a configurar su relación jurídica de trabajo autónomo como contrato de adhesión hacia las condiciones generales de la contratación prefiguradas por la empresa cliente que los utiliza como proveedores externos de servicios retribuidos[142].

[142] Resulta harto significativa la Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (2022/C 374/02). https://www.boe.es/doue/2022/374/Z00002-00013.pdf El art. 2 hace referencia a una *definición estipulativa de convenio colectivo*, conforme a la cual: "c) «convenio colectivo»: un acuerdo negociado y celebrado colectivamente entre personas que trabajan por cuenta propia *sin asalariados* o sus representantes, y sus contrapartes, en la medida en que, por su naturaleza y finalidad, se refiera a las condiciones de trabajo de dichas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados". La aparición de la economía de plataformas en línea y la oferta de mano de obra a través de plataformas digitales de trabajo han creado una nueva realidad para determinadas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, que se encuentran en una situación equiparable a la de quienes trabajan por cuenta ajena frente a las plataformas digitales de trabajo a las que prestan su actividad o a través de las cuales prestan su actividad. Las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados pueden depender de las plataformas digitales, especialmente para llegar a los clientes, y a menudo se

En cierto sentido moderado parece caminarse lentamente en el horizonte de la dirección de los cambios en curso en las relaciones de trabajo profesional hacia una clásica propuesta de un derecho de la actividad profesional, cuyo núcleo duro, sin embargo, continúa -y continuará- siendo el trabajo asalariado y su estatuto protector.

Precisamente la tendencia actual se residencia en agotar sus potencialidades regulativas dentro de los márgenes disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, donde el convenio colectivo regula las relaciones entre los interlocutores sociales ("partes sociales") y las normas colectivas de trabajo persiguiendo objetivos de defensa de intereses colectivos no sólo particulares, sino también de carácter más general (tanto más si el modelo dinámico de negociación colectiva se vincula a los objetivos diseñados en los procesos de intercambio político propios de la concertación social). Y es así tanto en materias clásicas (paradigmáticamente, la posibilidad de tratamientos colectivos de la huelga en su sentido sincrónico a lo que se ha hecho respecto a la regulación de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos) como más novedosas en la época actual (es el caso de las referencias en el mismo V AENC, a la necesidad de regular convencionalmente los derechos digitales fundamentales, que viene propiciado por la misma regulación estatutaria ex art. 20 bis 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 referida art. 20 bis 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 están 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 la estructura de la negociación colectiva, se puede decir que de los modelos centralizadas 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 ha sido relevantes para marcar las líneas de negociación colectiva 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 unificar del poder (ni seguramente sea deseable). Paradigma de estos problemas es la presencia estelar de los

enfrentan a ofertas de trabajo definitivas, con poco o ningún margen para negociar sus condiciones laborales, incluida su remuneración. Por lo general, las plataformas digitales de trabajo pueden imponer unilateralmente las condiciones de la relación, sin informar o consultar previamente a las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados. La jurisprudencia reciente y la evolución legislativa a nivel nacional dan nuevas pistas sobre la *equiparabilidad de estas personas que trabajan por cuenta propia con las que trabajan por cuenta ajena*. En el contexto de los casos relativos a la clasificación de la situación laboral, los órganos jurisdiccionales o autoridades nacionales están reconociendo cada vez más la dependencia de los proveedores de servicios con respecto a determinados tipos de plataformas, o *incluso la existencia de una relación laboral*. En la misma línea, algunos Estados miembros han adoptado legislación que establece la presunción de una relación laboral, o el derecho a la negociación colectiva, para los proveedores que prestan sus servicios a plataformas digitales o a través de ellas.

convenios de ámbito provincial, porque los interlocutores sociales mantienen su apuesta por este nivel intermedio de negociación colectiva.

-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.

- La reforma de *lege ferenda* del art. 3 del ET en la ordenación del sistema pluralista de fuentes[143]. En realidad la premisa es atender al sistema de fuentes reguladoras en el Derecho del Trabajo y su plasmación en el art. 3 del ET y normas concordantes de articulación de la estructura e interconexión entre los productos normativos en colaboración internormativa. Lo primero que se observa es el llamativo silencio respecto al Derecho Social de la Unión Europea, y al principio de primacía jerárquica respecto del Derecho nacional (Derecho "interno", en denominación equívoca porque las normas sociales europeas se integran en nuestra legislación nacional con esa fuerza imperativa) y sistema de Tratados Europeos que tienen plena fuerza normativa (TUE; TFUE; la misma Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene el mismo rango normativo que los dos anteriores Tratados fundacionales ex art. 6.1 TUE); y lo que está detrás de todo ello, esto es, el juego de un garantismo institucional y judicial multinivel de los derechos fundamentales de los trabajadores, con la intervención continuada del TJUE y el TEDH, en diálogo -convergente o divergente- con los órganos jurisdiccionales nacionales. De este modo, teniendo en cuenta la relevancia del Derecho Social de la *Unión Europea* en materia laboral, sería preciso que se hiciera alusión expresa en la ordenación jurídica del sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral. El art. 3 del ET debería hacer una mención expresa al Derecho de la UE y por extensión a la normativa internacional reguladora de los derechos y libertades de los sujetos implicados en las relaciones laborales (basta reparar, paradigmáticamente, en los artículos 10.2 y 96 de Texto Constitucional).

También en relación al actual *Título I del ET,* habría que situar en un primer plano la ordenación de las fuentes reguladoras de las relaciones laborales, dando cuenta las nuevas relaciones entre normativa estatal y normativa pactada colectiva. Estas relaciones han ido mutando como consecuencia de las

[143] 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, en particular págs. 82-84.

sucesivas reformas laborales en una dialéctica que ha roto con el modelo del Derecho del Trabajo Clásico; y lo preocupante es la tendencia a una heteronomía estatal de tipo dirigista y autoritaria que invade los espacios vitales propios de la negociación colectiva conforme al sistema garantista multinivel del derecho fundamental a la negociación colectiva (resulta paradigmático la intervención sobre la estructura de la negociación colectiva, la regulación de la ultraactividad, la posibilidad de modificación unilateral de convenios colectivos extraestatutarios y la utilización sistemática de formas de arbitraje de sometimiento obligatorio en supuestos de bloqueos de negociación colectiva y de negociación colectiva gestional vinculada -en este caso- al tipo legal de consulta-negociación colectiva).

En el modelo constitucional de Estado Social de Derecho, que es un modelo pluralista (bloque o grupo normativo formado por los artículos 1, 7, 9.2, 28, 37, 10.2, entre otros preceptos constitucionales), no encuentra acogida este tipo de intervencionismo autoritario, sino que hay que respetar los espacios legítimos propios tanto del Estado como el que corresponde a la autonomía colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y en la ordenación del sistema de relaciones laborales. En esta forma de constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho, nuestro modelo de Estado constitucional parte del pluralismo y del conflicto como realidad fenomenológica inherente a las relaciones laborales, y fomenta el principio de igualdad formal y material entre las partes o agentes sociales.

En la regulación de las condiciones de trabajo y de las reglas de juego del sistema de relaciones laborales la relación es de colaboración internormativa sobre la base de la correspondiente función atribuida a las fuentes públicas y las fuentes profesionales, de manera que el Estado -a través de la normativa estatal- fija las condiciones mínimas y las reglas básicas de juego del sistema de relaciones laborales, asumiendo una función complementaria o suplementaria -llegado el caso- la autonomía colectiva -a través de los diversos instrumentos de expresión jurídico-formal de su poder de autorregulación, respetando el principio de norma mínima estatal inderogable (salvo que ésta indique lo contrario, es decir su disponibilidad, siendo en tal caso supletoria de la autonomía colectiva)-. De este modo, las normas de orden público laboral (materializadas en el principio de norma mínima), han de ser respetadas por marcar el índice de "desmercantilización" relativa del trabajo y la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores, y la autonomía colectiva puede mejorar ese estándar mínimo y actuar con una gran capacidad de autodeterminación social en las reglas de juego que rigen en el sistema de relaciones laborales entre los agentes o actores sociales. Esta función ha sido llevada a cabo por la autonomía colectiva en sentido dinámico, pues el ejercicio del derecho a negociar colectivamente se ha traducido en una gran variedad de instrumentos -productos- jurídico-positivos entre los que destaca el convenio colectivo típico ex art. 37.1 CE como norma pactada jurídicamente vinculante. El desarrollo de las previsiones constitucionales se ha expresado -parcialmente- en el Título III del ET (al que luego se aludirá), y que, como se sabe, apuesta por el convenio colectivo de eficacia normativa personal generalizada en todo su ámbito de aplicación -que se ha hecho acompañar de técnicas de flexibilización de ese alcance unificador u homogeneizador: cláusulas de descuelgue, cláusulas de inaplicación, principio legal de preferencia aplicativa de los convenios de empresa, etcétera-.

Pues bien: la regulación actual ex art. 3 del ET[144] está obsoleta en determinados aspectos respecto a ese modelo legal consagrado en el mismo ET y en la experiencia jurídica, porque las relaciones internormativas han evolucionado y se han alterado parcialmente, por un lado, y por otro, han ido

[144] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "Fuentes de la relación laboral. Comentario al artículo 3 del ET", en VV.AA.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 1998; *Ibid.*, "Fuentes de la relación laboral. Estudio del artículo 3 del ET", en la 2ª edición de 2012, que ya llevaba el significativo título de *El Nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 75-105.

proliferando distintos productos normativos derivados de la autonomía colectiva que no encuentran una consagración explícita y adecuada: los llamados convenios de eficacia limitada (respecto de los cuales constitucionalmente debería predicarse su inderogabilidad singular unilateral por parte de los sujetos negociadores y de los sujetos destinatarios ex artículos 37.1 y 10.2 del Texto Constitucional y que además deberían tener una regulación legal que confiera seguridad jurídica y determine su naturaleza jurídica, como norma jurídica estricta o como contratos colectivos normativos sujetos a un régimen jurídico-laboral específico), los numerosos supuestos, ya plenamente normalizados, de acuerdos y pactos colectivos de empresa, en sus diversas expresiones tipificadas de manera dispersa y, a menudo, sin aclarar su naturaleza y eficacia jurídica como fuentes reguladoras sobre materias concretas en el sistema de relaciones laborales.

Tampoco resultaría baladí hacer referencia al *Soft Law* en el ámbito jurídico-laboral como fuente reguladora de "derecho débil" o "blando", sin eficacia normativa en sentido estricto (reglas de conducta que en principio no ostentan fuerza jurídica vinculante, aunque producen efectos jurídico prácticos relevantes de diversas maneras, con gran ductilidad jurídica), y su conexión con las fuentes del Derecho típicas (instrumentos normativos dotados de coactividad específica como fuentes de Derecho objetivo). El *Soft Law* desempeña diversas funciones que coexisten con el sistema de *Hard Law,* ambas formas jurídicas están interconectadas en el desarrollo del "derecho" de los ordenamientos contemporáneos. Y, por cierto, esta nueva técnica de regulación suele ser un instrumento jurídico muy utilizado en la Unión Europea (Comunicaciones, recomendaciones, libros blancos y libros blancos, declaraciones, directrices, etcétera)[145].

Pero también sería necesario aclarar expresamente la operatividad jurídica real del principio de norma favorable.

-Establecer de *lege ferenda* un nuevo Título IV sobre la negociación colectiva y los convenios colectivos/sindicales de eficacia limitada.

-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)[146]. Lo ideal desde luego, es que se aprobase una Ley Orgánica garantizadora del

[145] Puede consultarse Caruso, B.: "Il diritto del lavoro tra hard e soft law: nuove fuzioni e nuove tecniche normative", en Barbera, M. (ed.): *Nuove forme di regolazione. Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali,* Milano, Ed. Giuffrè, 2006; Somma, A. (ed.): *Soft Law e hard Law nelle società postmoderne,* Torino, Ed. Giappichelli, 2009.

[146] Frente a ellos está la lógica contraria del arbitraje de sometimiento voluntario prevista en VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial). El art. 1.3 puede considerarse ya como toda una declaración de principios sobre el modelo de arbitraje voluntario que se ofrece y postula: "Las organizaciones firmantes estiman que la mediación y el arbitraje previstos en este Acuerdo son suficientes para considerar cumplido el deber de establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de convenios colectivos, recogido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores. Especialmente declaran que el procedimiento de arbitraje requerirá el *sometimiento voluntario* de cada parte, salvo lo dispuesto en el artículo 9.1 b), párrafo segundo".

derecho de huelga como derechos 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 de estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determina 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. 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 la pluralismo sindical (artículos 7, 28 y 37.1 CE).

Una potenciación más incisiva de la negociación colectiva *gestional* en los procesos de reestructuración permanente de las empresas[147]. La negociación colectiva tiene como presupuesto el conflicto entre intereses colectivos, pero no excluye funciones de colaboración (y de veto) en los procesos de adaptación permanente de la empresa a los cambios económicos, técnicos y organizativos. Que no se trata de un simple instrumento aséptico de colaboración entre protagonistas de las relaciones laborales en la empresa se percibe cuando se traduce en una dialéctica de limitación y legitimación del ejercicio del poder directivo del empleador. Ello implicaría dar más amplitud al deber de negociar sobre materias relativas a la gestión de la organización del trabajo. Una descentralización de la negociación colectiva no impuesta legalmente puede constituir una técnica útil para este tipo de negociación colectiva gestional y comunicativa. También la negociación colectiva en nuevas unidades de negociación como los grupos y redes de empresas (incluida la negociación colectiva de empresas de dimensión europea).

-Lo más pertinente es elaborar un Nuevo Estatuto de los Trabajadores en el a medio/largo plazo de un "Código-Recopilación" 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 ET[148].

- Como se indicó, la empresa postfordista y digitalizada se construye sobre un soporte organizativo distinto a la empresa fordista basada en la producción en masa. Internamente, se intensifica el trabajo en grupos de trabajadores semiautónomos en la realización de objetivos. Por otra parte, se ha extendido la práctica de las formas de grupos de empresas y la formación de pluralidad de empresas vinculadas[149]. Asimismo, se ha expandido la descentralización productiva a

[147] Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Ed. Civitas, 1992; *Ibid.,* "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; *Ibid., Empresas en reestructuración y ordenamiento laboral,* Granada, Ed. Comares, 2006.

[148] 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.

[149] Por ejemplo, Resolución de 12 de septiembre de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de bolsas y mercados españoles. «BOE» núm. 229, de 23 de septiembre de 2022. Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (Código de convenio n.º 90100153012013), que afecta a una pluralidad de empresas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, S.A.; BME Clearing, S.A.U.; MEFF Tecnología y Servicios, S.A.U.; Bolsas y Mercados Españoles Renta Fija, S.A.U.; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, S.A.U.; BME Post Trade Services, S.A.; Regis-TR, S.A. Sucursal en España; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Madrid, S.A.U.; BME Inntech, S.A.U.; BME Regulatory Services; Sociedad de Bolsas, S.A.; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Valencia, S.A.U.; BME Services Corporativos, S.A.; BME Sistemas de Negociación, S.A.; Instituto BME, S.L.U.; BME Market Data, S.A.;

través de la técnica de subcontratación y muchos de los contratistas y subcontratistas son trabajadores autónomos, que ni siquiera con trabajadores por cuenta ajena a su servicio. Estas nuevas realidades de la organización del trabajo en la empresa postfordista debe ser tomada en consideración por la negociación colectiva en la etapa histórica actual. Es necesario repensar seriamente la posibilidad de extender el ámbito subjetivo de la negociación colectiva a través de la propia autonomía colectiva a los trabajadores autónomos. Por supuesto ello pasaría en primer lugar por incluir a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y a los trabajadores autónomos puros o típicos sin trabajador por cuenta ajena a su servicio, en ambos casos respetando los límites derivados del marco legales de sus respectivos estatutos jurídicos reguladores del trabajo profesional. La experiencia para los TRADE de los Acuerdos de Interés Profesional ha sido la constatación de un cierto fracaso[150]. De ahí que debería caminarse (con independencia de una laboralización completa, que sería lo más pertinente, ya que en ellos se aprecia más elemento de subordinación que de auténtica autonomía) hacia la utilización instrumental del convenio colectivo abarcando a los TRADE. En cualquier caso el encaje de esta "negociación colectiva" de los TRADE, como la de otras posibles expresiones de "negociación colectiva" informal entre representaciones de los trabajadores autónomos y la empresa cliente o sus organizaciones representativas empresariales tienen un encaje muy problemático en un art. 37.1, que está inserto en el bloque constitucional de derechos colectivos/sindicales (artículos 7, 28.1 CE), y que hace referencia a una negociación colectiva calificada de "laboral", tanto más

MEFF Sociedad Rectora del Mercado de Productos Derivados, S.A.U.; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Bilbao, S.A.U.; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Barcelona, S.A.U. y BME Group Services, S.A., y que fue suscrito con fecha 14 de julio de 2022, de una parte por los designados por la Dirección de las distintas empresas en representación de las mismas, y de otra por los sindicatos CC.OO. Servicios y FES-UGT en representación de los trabajadores, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

-Resolución de 5 de junio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de acuerdo de modificación parcial del Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles. «BOE» núm. 141, de 14 de junio de 2023. Acuerdo de modificación parcial del Convenio colectivo de Bolsas y Mercados Españoles (Código de convenio número 90100153012013), que afecta a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas: BME Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA; BME Clearing, SAU; MEFF Tecnología y Servicios, SAU; Bolsas y Mercados Españoles Renta Fija, SAU; Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro de Compensación y Liquidación de Valores, SAU; BME Post Trade Services, SA; Regis-TR, SA, Sucursal en España; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Madrid, SAU; BME Inntech, SAU; BME Regulatory Services; Sociedad de Bolsas, SA; Sociedad Rectora de Bolsa de Valores de Valencia, SAU; BME Services Corporativos, SA; BME Sistemas de Negociación, SA; Instituto BME, SLU; BME Market Data, SA; MEFF Sociedad Rectora del Mercado de Productos Derivados, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Bilbao, SAU; Sociedad Rectora de la Bolsa de Valores de Barcelona, SAU, y BME Group Services, SA, publicado en el BOE de 23 de septiembre de 2022, que ha sido suscrita con fecha 15 de febrero de 2023, de una parte por los designados por la Dirección de las distintas empresas, en representación de las mismas, y de otra por los sindicatos CC. OO. Servicios, FeSMC Financiero-UGT, y ELA, en representación de los trabajadores, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90, apartados 2 y 3, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE de 24 de octubre), y en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad.

Una perspectiva interesante Trillo, F.: "Derechos colectivos del trabajador autónomo dependiente económicamente", en http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Trillo.pdf

[150] El primer Acuerdo de Interés Profesional adaptado a la Ley que se suscribió fue el Acuerdo de Interés Profesional (AIP) de 14 de abril de 2009 aplicable al colectivo de transportistas autónomos que presten servicios para la Empresa PANRICO, firmado entre la entidad PANRICO, S.L.U., y las asociaciones y sindicatos representativos en el colectivo de transportistas autónomos de PANRICO (FS TRADE-CCOO, CCOO, UGT, UPTA, ATA, ASRA y ATAD), con una vigencia de 4 años, desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012. Entre otros más recientes, se pueden citar: AIP suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) de 2011; AIP de Bimbo y Bakery Donuts Iberia sobre condiciones de prestación de servicios de transportistas autónomos, de 12 de abril de 2018, con vigencia hasta 31 de enero de 2020 (suscrito por la empresa, UGT, CCOO, Atapan, Atad y Asra).

atendiendo al régimen jurídico que le dispensa la LETA, que no encaja con la fisonomía y fuerza jurídica típica de los convenios colectivos propiamente dichos. Lo que sí efectúa la regulación de la LETA es una negociación colectiva propia y singular de los TRADE como derecho colectivo/sindical de este colectivo de trabajadores legalmente considerados como "autónomos" (los Acuerdos de Interés Profesional) que se aparta tanto de los convenios colectivos estatutarios del Título III del ET como de los convenios colectivos extraestatutarios de eficacia jurídica limitada. En este sentido es suficiente analizar los artículos 3.2 y 13 de la LETA. De manera harto significativa el art. 13.4 LET establece que "Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes *que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello"*. De este modo los Acuerdos de Interés Profesional están subordinados en su eficacia aplicativa a los autónomos afiliados a su consentimiento individual expreso. Tampoco se reconoce el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos (Capítulo II del Título I, artículos 4 y sigs.), aunque sí se recoge la posibilidad de pactar "Acuerdos de Interés Profesional" concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad, así como otras condiciones generales de la contratación (art. 13 LETA).

También es muy importante la extensión de la tutela colectiva a todos los trabajadores de plataformas digitales[151]. Respecto a las cuales domina un cierto lenguaje ideológico -aunque presentado como neutral- que categoriza difusamente la economía de plataformas como "economía colaborativa", lo que puede enmascarar que lo que predomina no es tanto la "colaboración" o "coordinación" como las relaciones de "subordinación" bajo nuevas formas en sujetos con posiciones de poder asimétricas. En estas relaciones lo que cabe predicar el trabajo decente, es decir, el trabajo digno con derechos (o en la terminología de la OIT, trabajo decente como el acceso a un empleo productivo que proporcione una remuneración justa, garantías de seguridad en el entorno laboral y protección social para todas las personas que trabajan)[152]. Precisamente la política jurídica que utiliza los indicios de laborales (art. 1 ET) y la presunción de laboralidad (la general del art. 8.1 y la específica Disposición adicional vigesimotercera, sobre la "presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de

[151] Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M.: "Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia STSJ de Madrid-SOC núm. 40/2020, de 17 de enero", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4 (2020). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2020-00000000952. Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: "¿Construyendo la Europa de los Derechos laborales", en *La Ley Unión Europea,* núm. 82, 2020; Martín Muñoz, M.R.: "Los nuevos modelos de negocio basados en el uso de plataformas digitales: un nuevo reto para el derecho del trabajo", en Estudios Latinoamericano de Relaciones Laborales y Protección Social, núm. 9, 2020, págs.129-149; Fernández Sánchez, S.: "El Convenio Colectivo Nacional Rider de 15 de septiembre de 2020", en Temas Laborales, núm. 157 (2021), págs. 41-58. El supuesto es interesante respecto al ordenamiento italiano: El Convenio Colectivo firmado por Assodelivery (principal asociación de plataformas de reparto de comida) y el sindicato Ugl (sindicato minoritario de extrema derecha) regula la relación de trabajo de los riders (esto es, quien colabora con plataformas online en la entrega de bienes y comida), manteniendo la actual autonomía y flexibilidad organizativa de los riders, pero estableciendo una serie de tutelas mínimas. Estos trabajadores, calificados como autónomos, se colocan en el centro del transcendente debate institucional y doctrinal, en el que participan incluso el Ministerio de Trabajo y los principales sindicales nacionales. De interés, Varva, S., y López Insua, B.M.: "Plataformas digitales: una perspectiva comparada entre los ordenamientos italiano y español", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 19, 2019, págs. 1008-1025; Cavas Martínez, F.: "Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales", en *Revista de Derecho Social,* núm. 87, págs. 65-89 y la bibliografía allí citada.

[152] Asamblea General de la Naciones Unidas: *Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible.* Disponible en: https://www.ilo.org/topics/sdg-2030goal-8/lang--es/index.htm. Objetivo 8: Trabajo decente y crecimiento económico, cuya meta prioritaria es la de "Promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos". En cuyo marco se postula la necesidad de colocar la creación de empleos en el corazón de la elaboración de las políticas económicas y de los planes de desarrollo, no sólo permitirá crear oportunidades de trabajo decente, sino también un crecimiento más sólido e inclusivo que permitirá reducir las desigualdades. Es un círculo virtuoso que beneficia tanto a la economía como a la población y es un motor del crecimiento sostenible.

reparto") atiende al principio de realidad en la apreciación de trabajo subordinado o dependiente objeto del ordenamiento laboral; y con ello se puede apreciar que la "laboralización" desenmascara esta ideología jurídica que ocultaba la realidad de una típica relación laboral que cuenta con todos los indicios principales de reconducción categorial tipológica en ese sector del orden jurídico de las relación de trabajo en plataformas digitales, bien sea limitada legalmente, por el momento, a las plataformas de reparto[153]. Respecto a las demás plataformas es de esperar que todo llegará a su tiempo a través de la "vis atractiva" de todo trabajo subordinado existente hacia la absorción-asimilación por el Derecho Social del Trabajo y su correspondiente estatuto jurídico protector.

La "Ley Rider" tiene un alcance limitado y existe, como sabe, muchas trabajadores de plataformas que quedan fuera de la laboralización y tiene el estatus jurídico de trabajadores autónomos. Después de la Ley Rider, que se aprobó tras una serie de sentencias que condenaban el modelo de plataformas de reparto basado en el empleo autónomo (en realidad falso autónomo), Uber Eats creó un modelo híbrido: una parte de los trabajadores pasaron a integrarse en flotas que prestan servicios a Uber Eats y continuaron con un contrato por cuenta ajena con estas compañías externas, y otros siguieron siendo repartidores autónomos, a los que, entiende la empresa, se les garantiza completa independencia para realizar su actividad, y no se les fija ninguna condición iuslaboral de jornada, horarios, ni tarifas. Ello determina la carencia en estos trabajadores de los derechos laborales establecidos por ley y por convenio colectivo[154].

Aparte de las tecnologías digitales aplicadas a las plataformas hay otros aspectos que tendrán que desarrollarse en la negociación colectiva. Entre ellos es el relativo al teletrabajo[155], desarrollando las previsiones de la propia regulación legal que contiene numerosas remisiones a la negociación colectiva (Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia)[156], lo muestra la capacidad e idoneidad de

[153] SSTC 144/2023, de 25 de octubre, y 145/2023, de 25 de octubre, declaran la constitucionalidad del Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo. Recurso de inconstitucionalidad 4977-2021, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados en relación con 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 las plataformas digitales.
Límites de los decretos leyes: concurrencia del presupuesto habilitante de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y de la conexión de sentido de las medidas dispuestas para hacerle frente. Voto particular.

[154] De gran trascendencia al respecto es la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales. Bruselas, 9.12.2021 COM(2021) 762 final 2021/0414 (COD).
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762;
En su art. 1 se establece que el objetivo de la presente Directiva es mejorar las condiciones laborales de las personas que realizan trabajo en plataformas garantizando la correcta determinación de su situación laboral, promoviendo la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas en la gestión algorítmica en el contexto del trabajo en plataformas y mejorando la transparencia en el trabajo en plataformas, incluso en situaciones. transfronterizas, con miras también a fomentar las condiciones para el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo en la Unión. La Directiva establece los derechos mínimos aplicables a todas las personas que realizan trabajo en plataformas en la Unión que tienen (o que, sobre la base de una evaluación de los hechos, se puede considerar que tienen) un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

[155] Monereo Pérez, J.L., y López Vico, S.: *El teletrabajo tras la pandemia del covid-19. Una reflexión sobre su ordenación y normalización jurídica,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2022, y la bibliografía allí citada.

[156] Paradigma ejemplificativa de esas remisiones a la negociación colectiva:
-Art. 8. Modificación del acuerdo de trabajo a distancia y ordenación de prioridades ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer los mecanismos y criterios por los que la persona que desarrolla trabajo presencial puede pasar a trabajo a distancia o viceversa, así como preferencias vinculadas a determinadas circunstancias, como las relacionadas con la formación, la promoción y estabilidad en el empleo de personas con diversidad funcional o con riesgos específicos, la existencia de pluriempleo o pluriactividad o la concurrencia de determinadas circunstancias personales o familiares, así como la ordenación de las prioridades establecidas en la presente Ley. En el diseño de estos mecanismos se deberá evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género y se deberá tener en cuenta el

la negociación colectiva para regular el ejercicio de los derechos vinculados a las nuevas tecnologías digitales y a los instrumentos de control de cumplimiento de la normativa laboral. La de nuestra época es la de una nueva gran transformación, consistente en la emergencia de una sociedad globalizada y digitalizada, que incide en todas las instituciones fundamentales de la sociedad. Los espacios de poder y los dilemas regulativos de la negociación colectiva no han nada más que empezar. Pero la negociación colectiva tiene a su favor la inmediación con los problemas prácticos, su carácter flexible y dinámica, la virtualidad de ser un instrumento que articula las relaciones entre las partes sociales, la regulación de las condiciones de trabajo y empleo y que resulta decisivo en la negociación de gestión normalizada. Al tiempo es un cauce de codeterminación negocial entre los interlocutores sociales, que está resultando funcional para la dinámica de funcionamiento de las organizaciones empresariales (y no sólo para la paz social que procura, sino también como se está convirtiendo en un instrumento permanente para la negociación de las adaptaciones y reestructuraciones consensuadas de las empresas). Las dificultades para todos los derechos de acción sindical (negoción colectiva, huelga, procedimientos de solución autónoma extrajudicial de conflictos…) se hace más difícil cuando se desenvuelven en empresas de estructura compleja (grupos de empresas, empresas en red) y en empresas digitalizadas (en muchos casos desmaterializadas). Esto obliga a que las organizaciones

fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, debiendo ser objeto de diagnóstico y tratamiento por parte del plan de igualdad que, en su caso, corresponda aplicar en la empresa").

-Art.12. El derecho al abono y compensación de gastos ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos").

-Art. 13. Derecho al horario flexible en los términos del acuerdo ("De conformidad con los términos establecidos en el acuerdo de trabajo a distancia y la negociación colectiva, respetando los tiempos de disponibilidad obligatoria y la normativa sobre tiempo de trabajo y descanso, la persona que desarrolla trabajo a distancia podrá flexibilizar el horario de prestación de servicios establecido").

-Art.14. Derecho al registro horario adecuado ("El sistema de registro horario que se regula en el art. 34.9 del Estatuto de los Trabajadores, de conformidad con lo establecido en la negociación colectiva, deberá reflejar fielmente el tiempo que la persona trabajadora que realiza trabajo a distancia dedica a la actividad laboral, sin perjuicio de la flexibilidad horaria, y deberá incluir, entre otros, el momento de inicio y finalización de la jornada").

-Art.17. Derecho a la intimidad y a la protección de datos ("Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia")

-Art.18. Derecho a la desconexión digital ("Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso")

-art.19. Derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia ("A estos efectos, la negociación colectiva podrá establecer las condiciones para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia, en atención a las singularidades de su prestación, con respeto pleno al principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa").

-Disposición adicional primera. El trabajo a distancia en la negociación colectiva ("1. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer, en atención a la especificidad de la actividad concreta de su ámbito, la identificación de los puestos de trabajo y funciones susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia, las condiciones de acceso y desarrollo de la actividad laboral mediante esta modalidad, la duración máxima del trabajo a distancia, así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular.

2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular una jornada mínima presencial en el trabajo a distancia, el ejercicio de la reversibilidad al trabajo en los locales de la empresa, un porcentaje o periodo de referencia inferiores a los fijados en la presente Ley a los efectos de calificar como «regular» esta modalidad de ejecución de la actividad laboral, un porcentaje de trabajo presencial de los contratos formativos diferente al previsto en el mismo, siempre que no se celebren con menores de edad, así como las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión").

-Disposición transitoria tercera. Trabajo a distancia como medida de contención sanitaria derivada de la COVID-19 ("En su caso, la negociación colectiva establecerá la forma de compensación de los gastos derivados para la persona trabajadora de esta forma de trabajo a distancia, si existieran y no hubieran sido ya compensados").

sindicales tengan que realizar una estrategia de respuesta autorreflexiva y creadora y no de simple adaptación a las nuevas formas de interconexión entre las empresas. La negociación colectiva es en sí misma un instrumento flexible especialmente dotado para superar la rigidez de las formas jurídicas (señaladamente de la personalidad jurídica como categoría mágica de la ciencia jurídica) y abarcar la necesaria articulación autónoma colectiva que sirva de contrapeso a los poderes deliberadamente fragmentados en constelaciones (complejos empresariales) por los empleadores. Pero también puede -al propio tiempo- tener una gran efectividad articuladora de los interlocutores sociales para racionalizar las estructuras de gestión de esos complejos empresariales y sus "mercados de trabajo internos", utilizando precisamente las virtualidades del método de negociación colectiva bilateral, a saber: la acción comunicativa y la codecisión negocial. Las posibilidades abiertas por la propia legislación estatutaria ex art. 87 ET[157], no han sido suficientemente exploradas. Es cierto, que el legislador debería haber impuesto un deber de negociar más incisivo -que el genérico ex art. 89.1 ET- en estas estructuras empresariales complejas. Ello no obstante, la lógica de la acción colectiva, aunque está condicionada por el marco legal puede y deber ir más allá dando respuesta autónoma a las exigencias de nuevas formas de acción colectiva en orden económico propio del capitalismo digital y cognitivo.

-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: a). 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 puede 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. 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 derechos 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 de estado de la cultura y de la ideología jurídica imperante en una determina 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.

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" a los convenios

[157] "Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales". Cfr. Art. 87.1, párrafo 3º, del ET. Pero la genérica obligación de negociar de buena prevista en el art. 89.1 ET se ha mostrado insuficiente para la efectividad de una negociación colectiva organizada en estas empresas de organización e interconexión compleja.

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 régimen jurídico (y partiendo de su enlace en el art. 37.1 CE). Se ha producido un desbordamiento de las fuertes 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 representativa ad hoc" para la interlocución en la negociación colectiva de empresa[158] 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 expresa 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 completa el caso singular de la 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.

La consulta-negociación (negociación colectiva gestional o participativa) es importante en sí misma, pero no es un derecho de veto, porque agotado este periodo de consulta (que, se insiste, abre un verdadero y propio proceso de negociación colectiva gestional entre la representación de los trabajadores y el empleador), el empresario puede proceder a adoptar la decisiones de ajuste o reestructuración que estime oportunas, con efectos directos e inmediatos en su cumplimiento, aunque sin perjuicio -es obvio- de la posible impugnación judicial a través de la modalidad procesal pertinente (reclamación a través del procedimiento de conflicto colectivo, sin excluir las legítimas acciones individuales, pero siendo preferente el primer procedimiento). Debería suprimirse las comisiones

[158] 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.

"ad hoc" no sindicalizadas (que tienen como paradigma el art. 41.4 ET). Esta representación debe ser sindical en los casos de empresas sin representación legal unitaria, que es donde se plantea el problema práctico a resolver. Para constituir la comisión sindical o sindicalizada llamada a negociar se podría acudir a la figura de la mayor representatividad sindical (artículos 6 y 7 de la LOLS). 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 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; 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 tiene una lógica interna de descentralización basada en la flexibilidad interna negociada, 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 autogobierno colectivo/sindical y el declive de la fuerza normativamente vinculante del convenio colectivo sin alegación de motivo justificado alguna. 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, admite la modificación sustancial unilateral por parte del empresario de la regulación de condiciones de trabajo de carácter colectivo (incluidos los convenios colectivos extraestatutarios sino 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 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 partes[159].

Hay que tener en cuenta que el Comité de Derecho 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 los convenios colectivos por el cauce jurídico del art. 41 ET[160].

La propuesta de *lege ferenda* de no conseguirse un acuerdo colectivo o una decisión arbitral no se podría llevar a cabo una modificación de condiciones de trabajo 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 de los de eficacia ordinaria y *carácter sindical en cuanto firmados por los sindicatos pactantes*). Ante el fracaso de todo acuerdo 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

[159] 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 práctica 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 conforma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex art. 53.1 CE (en relación con el bloque constitucional de apertura 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)".

[160] Conclusión XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre de 2014, párrafo 9º; y Conclusión XX-3-España, publicadas el 8 de diciembre de 2014, párrafo 15º.

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 consentimiento libre para proceder a esta vía de solución heterónoma del conflicto colectivo planteado, por un lado, y por otro, por eso estamos hablando de un arbitraje dictado por organismo institucionales públicos en los que están presentes representaciones gubernamentales. Ello supone en sí una intromisión *ope legis* en el derecho de negociación colectiva; y es tanto más grave cuanto en esa intromisión interviene la Administración con una decisión dirimente propia de la técnica arbitral. 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 a un aceptable descuelgue convencional o un descuelgue de sometimiento arbitral obligatorio. Este criterio de solución último escaba 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 un 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 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 (incluidas también la materia de las reformas de las pensiones públicas) acabaron por establecer una *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[161]. 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.

[161] Respecto a la descentralización hacia la empresa a través de los Acuerdos de Empresa impulsados por la reforma de 1994 se pudo afirmar que "El problema es que el sistema de negociación colectiva degenere no en una deseable instrumento de intervención en la dirección de la empresa (dando lugar en alguna medida a variables formas de "codeterminación" negocial y gestión consensuada de la dirección de la empresa) sino en una pura "funcionalización" de la negociación colectiva *al servicio* de la gestión del complejo productivo. Esta funcionalización luhmanniana del sistema de relaciones laborales en la empresa, de ser así, se apartaría del modelo pluralista de empresa participada, en la que, no obstante la mayor implicación de la colectividad de intereses con puntos de divergencia y de convergencia en un equilibrio necesariamente inestable propio de una sociedad conflictual". Cfr, Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 275. Para el enfoque lumanniano respecto de la gobernabilidad de las organizaciones, véase Luhmann, H.: *Sistemas sociales. Lineamientos para una Teoría General",* Barcelona, Ed. Anthropos, 1998.

g). La llamada "negociación colectiva" cristalizada en los Acuerdos de Interés Profesional[162] no ha permitido a las TRADE disfrutar de condiciones de trabajo dignas, como tampoco de garantías colectivas, asociativas o sindicales reformadas a través de instrumentos negociales potentes como son los Convenios Colectivos. Aparte de ello es de señalar, por un lado, que es una suerte de negociación colectiva situada al margen del art. 37.1 CE y que está completamente desnaturalizada desde su mismo régimen jurídico legal[163].

Los rasgos principales de este singular modelo de negociación colectiva profesional son los siguientes[164]:

— Tiene una eficacia jurídica contractual u obligacional, si bien no se dice nada expresamente lo que podría abrir la posibilidad a otras opciones, aunque la remisión al CC parece dejar claro que su opción es típicamente contractual

— Sólo puede proyectar una eficacia personal limitada —sólo a los firmantes del acuerdo y a sus afiliados o asociados, siempre que, además, éstos hayan prestado su consentimiento—.

— Las reglas básicas de su régimen jurídico, vienen determinadas por las remisiones al Derecho privado y adicionales reglas específicas. La referida remisión al Derecho Privado puede resultar, desde ciertos enfoques, decepcionante y evidenciar el carácter desvaído o debilitado de este

[162] Conforme al art. 3 LETA ("Fuentes del régimen profesional") de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, "Los acuerdos de interés profesional serán, asimismo, fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento" (apartado 2º). El art. 13 del LETA ("Acuerdo de Interés Profesional"), deja claro que "los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a *los afiliados a las asociaciones firmantes que hayan prestado expresamente para ello*". No solo carecen la fuerza normativa, sino que tampoco garantizar la aplicación directa e inmediata en todo su ámbito de aplicación (dada la subordinación al consentimiento; una vez prestado el consentimiento, la aplicación será directa e inmediata para el TRADE; art. 1257 del Código Civil), pero sí -salvo pacto en contrario en el Acuerdo de Interés Profesional- el principio de inderogabilidad singular (*in fine* art. 13.1 LETA). Los convenios colectivos pactados al amparo del art. 37.1 CE tienen una mayor garantía de la eficacia inmediata el principio de inderogabilidad explícitamente establecido en los convenios colectivos (este principio de inderogabilidad comprende, a su vez, el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en convenio colectivo). Conforme al art. 3.5 ET (en relación con el art. 82.3 ET, aunque no distinguiendo la norma incluso se podría llevar a cabo una interpretación finalista -un tanto forzada-, de manera que se aplicara también a los convenios colectivos de eficacia limitada o extraestatutarios), "Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. *Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo*". Y reténgase que el TRADE es por definición contratante débil, lo que supone en la práctica jurídica que su contrato será típicamente un *contrato profesional de adhesión.* Siendo ello así la necesidad de prestar consentimiento para que se aplique el Acuerdo de Interés Profesional no garantice que el trabajador pueda estar sometido al mismo, dada su condición de contratante más débil podría verse persuadido a renunciar a que se aplique desde el mismo momento genético ese "acuerdo colectivo" de Derecho común. La ventaja, en caso de prestar consentimiento, es que el Acuerdo de Interés Profesional establecer las "condiciones generales de la contratación" de los TRADE (art. 13.1 LETA).

[163] Aunque no resulta, desde luego, determinante, no deja de ser significativo la argumentación que realiza la Exposición de Motivas de LETA respecto a los Acuerdos de Interés Profesional: "el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional, en el art. 13, al que se aludía en el Capítulo dedicado a las fuentes, no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo".

[164] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 21ª edición, Granada, Ed. Comares, 2023, págs. 283-284.

modelo de negociación colectiva, pero no puede perderse de vista que lo pactado no carece de garantías jurídicas de eficacia vinculante. Son al menos dos:

— La incorporación automática de sus cláusulas a los pactos individuales que puedan celebrar o hayan celebrado los TRADE y «sus» empresas, si bien se requiere un acto de consentimiento expreso a tal fin (la eficacia vinculante el Acuerdo de Interés Profesional sobre los TRADE queda supeditada a su expreso consentimiento, sin el cual el AIP carece de toda fuerza vinculante sobre su posición jurídica; art. 13.4 LETA). Lo que no es sino una concreción de las reglas del artículo 1257 Código Civil. En este sentido, el RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro, establece que en el contrato deberá constar necesariamente, entre otros extremos, «el acuerdo de interés profesional que, en su caso, sea de aplicación, siempre que el trabajador autónomo económicamente dependiente dé su conformidad de forma expresa» (art. 4 RD 197/2009).

— Se trata de reglas de derecho necesario relativo, y por tanto de obligado respeto por parte de los acuerdos individuales, de modo que con ello se garantiza su inderogabilidad singular. Naturalmente, el propio acuerdo colectivo profesional podrá atribuirle una naturaleza dispositiva si así lo estima oportuno, atendiendo a cada concreta materia regulada.

Los sujetos legitimados para negociar los pactos o acuerdos colectivos de interés profesional, son, por el banco social, las asociaciones de autónomos, o/y los sindicatos que representen a los TRADE, y por el «banco económico» las empresas para las que ejecuten su actividad —o sus asociaciones, aunque no lo diga expresamente, pues se trata de instrumentos de derecho privado—. Lo más característico es esa legitimación dual que se establece, de modo que ni las asociaciones de trabajadores autónomos ni los sindicatos han podido conseguir monopolio alguno en este ámbito.

La libertad que inspira esta regulación determina que el contenido regulador de estos pactos profesionales pueda ser el que determinen los firmantes, si bien la LETA hace un listado, completamente abierto, de los aspectos más relevantes a tratar. Así, a estos pactos profesionales corresponde fijar las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación —artículo 13.1 LETA— [Previsión que conecta, y ofrece una nueva perspectiva, con una larga tradición la búsqueda de conexiones entre la negociación colectiva y las reglas de las condiciones generales de la contratación].

Debería apostarse por una plena laboralización de este colectivo de trabajadores, pues la situación actual es más propia de una figura contractual de trabajo autónomo que supone en la práctica una huida del Derecho del Trabajo. El relativo fracaso de las Acuerdos de Interés Profesional y su inefectiva para garantizar las necesarias tutelas garantistas de estos trabajadores "contratantes más débiles" por definición, no deja de ser una prueba más ello. Respecto de los cuales solo podría hablarse en un sentido muy amplio de convenciones colectivas de trabajadores autónomos dependientes económicamente (pero jurídicamente independientes, alcanzando -en juego de fórmulas mágicas- a ser lo más parecido a un oxímoron), aunque sin que realmente tengan el tratamiento jurídico de los típicos convenios colectivos de trabajo.

Una vez laboralizados, sea en régimen laboral general o común con peculiaridades, o sea a través de una contratación laboral especial, disfrutarían de la tutela que proporciona un verdadero derecho de negociación colectiva en los términos previstos en el art. 37.1 CE y su expresión

jurídico-formal a través en convenios jurídicos típicos (estatutarios o de eficacia jurídica limitada o extraestatutarios, pero verdaderos convenios colectivos)[165].

Otra problemática que se ha planteado ha sido la de si los Acuerdos de interés profesional pueden vulnerar el art. 101 TFUE[166]. La respuesta es negativa porque no opera el supuesto de hecho de la normativa prohibitiva contenida en dicha disposición[167].

En este sentido, parece fundamental insistir más en la noción de "dependencia económica" y en que dato fáctico e indiciario de que esa "dependencia económica" lo es también jurídica pero en un sentido distinto análogo a la dependencia/subordinación del trabajador asalariado, pues se vinculan con derechos de mando ostentados por la empresa cliente, en virtud del mismo contrato de servicios profesionales, pero en el marco de un típico contrato de adhesión, en cuyo marco el TRADE se somete a las condiciones generales de la contratación unilateralmente prefijadas y establecidas por la "empresa cliente". Por ejemplo, en el Derecho español, la norma hace referencia a "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, *sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente"* (art. 11.2. d) de la LET, a lo que el art. 5.1 b) RD 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo dependiente, añade "para la realización de la actividad"[168]. Hay un sometimiento a un

[165] No es baladí hacer notar que la propia Exposición de Motivos de LETA fue consciente de la dificultad de deslindar las fronteras entre subordinación y autonomía, al existir zonas grises y difusas entre distintas figuras: "A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena. La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el art, 11 LETA, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo".

[166] Como es sabido el art. 101 TFUE es aplicable a los acuerdos de cooperación horizontal. El art.101 tiene como objetivo asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos de cooperación horizontal para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior en detrimento último de los consumidores. El art. 101 se aplica a las empresas y asociaciones de empresas. Se entiende por «empresa» cualquier entidad constituida de elementos personales, materiales e inmateriales que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación. Se entiende por «asociación de empresas» un organismo a través del cual empresas del mismo tipo en general coordinan su comportamiento en el mercado. Las presentes Directrices se aplican a los acuerdos de cooperación horizontal entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas.

[167] Para que el artículo 101 se aplique a una cooperación horizontal, debe existir una forma de coordinación entre competidores, a saber, un acuerdo entre empresas, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada. Ahora bien, recogido la jurisprudencia del TJUE se infiere que a efectos del art. 101 y de las presentes Directrices, un acuerdo se refiere a dos o más empresas que han expresado un acuerdo de voluntades para cooperar. Una práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que no han celebrado un convenio, pero que sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas. El concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causalidad entre ambos elementos.
Véase Comunicación de la Comisión Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01). https://www.boe.es/doue/2023/259/Z00001-00125.pdf
Para esta problemática puede consultarse Benavides Torres, M.I.: "La negociación colectiva de las personas trabajadoras autónomas vulnerables", en *Temas Laborales,* núm. 168 (2023), págs. 447-474, y la bibliografía allí cita.

[168] Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Art. 7.3 ("Información sobre los contratos") dispone que "Será de aplicación lo previsto en el artículo 65 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, respecto de la observancia de las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros del comités de empresa para la información relativa a los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes". La STS 3 de julio 2020 (rec. 17/2019)

"poder de coordinación" del cliente, distinto del "poder de dirección" en el trabajo asalariado o por cuenta ajena. Pero, ciertamente, las "indicaciones técnicas", suponen una especie de "dependencia técnica" de nuevo tipo. Esto exige una delimitación más precisa entre los conceptos de dependencia "económica" y "técnica" del "trabajador autónomo económicamente dependiente" (TRADE) y de dependencia "directiva" y "organizativa" propia de la *subordinación jurídica.* Ésta nunca puede concurrir en cualquier forma o tipo de trabajo autónomo (incluido el TRADE). Por tanto: estamos ante una distinción ciertamente ambigua y de fronteras difusas y relativas y, en gran medida, susceptibles de movilidad. El no desmarcarlas correctamente podría propiciar el ocultamiento de las relaciones reales de poder jurídico-social y, con ello, la inefectividad práctica de los derechos generales y sociales atribuidos a los trabajadores que ostentan la condiciones de contratantes más débiles. En el fondo los llamados TRADE tendrían que ser considerados trabajadores subordinados y por cuenta ajena, porque realmente cumplen con los requisitos de laborales. Su sometimiento a un Estatuto del Trabajo Autónomo es inadecuada para establecer una tutela efectiva de sus derechos individuales y colectivos. Dicho en otras palabras: el encuadramiento dentro del Estado del Trabajo Autónomo representa más una huida del Derecho del Trabajo facilitada, paradójicamente (aunque también deliberadamente) por el propio legislador[169]. En las nuevas formas de trabajo del sistema económico de nuestros días, se puede hablar de *trabajo autónomo de segunda generación,* que indica no sólo un elemento cuantitativo (de crecimiento exponencial en el conjunto de la fuerza de trabajo), sino también de carácter cualitativo, puesto que la realidades del trabajo autónomo ponen de manifiesto que en muchos casos no se opera una separación estricta entre trabajo subordinado o dependiente y trabajo autónomo. Es más: en el capitalismo tardío, el trabajo autónomo suele insertarse, a menudo, en procesos de heterodirección, con grados de sometimiento a prescripciones "externas" crecientes, cuando no a aproximarse intensamente a las formas de trabajo asalariado. Es el caso del TRADE o la relación de trabajo parasubordinado, que en el plano estrictamente formal no es una figura encuadrada en el trabajo subordinado (formalizado en el contrato de trabajo), pero que desde la perspectiva realmente efectiva suele presentar elevados niveles de heterodirección y prescripciones de tareas respecto de la empresa para la cual se trabaja [art. 11.2.d) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo: deben "desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir del cliente"].

A lo que cabe añadir la adscripción a la entidad que retribuye y de ordinario la localización física, espacial, o funcional de trabajo fijo. En los hechos, suele ser un trabajador profesional precario que no goza de todas las garantías de tutela del trabajador subordinado conforme a la regulación general del Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos pensados selectivamente (y subjetivamente) para el paradigma del trabajo asalariado. Lo que ha favorecido la precarización y las formas de "flexibilidad nociva" de esta forma de trabajo profesional (no atenuada por la ley ni por los llamados "acuerdos [colectivos] de interés profesional"). Desde el punto de vista técnico-jurídico el TRADE es un trabajador autónomo (art.1.1º y 2º.d), y Capítulo III, "Régimen profesional del trabajador autónomo económica dependiente", artículos 11 y siguientes, Capítulo III, encuadrado, a su vez, en el Título II, relativo al "Régimen profesional del trabajador autónomo", de la Ley 20/2007, de 11 de Julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo[170]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible

rechaza que la duración de la condición de representantes de los trabajadores económicamente dependientes (TRADE) no se rige por el art. 67.3 ET.

[169] Monereo Pérez, J. L. "El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 5/2009 núm. 4 (2009); *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomaro, 2017, págs. 35 y sigs.; Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A. (Dirs.y Coords.): *El Estatuto del Trabajador Autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo,* Granada, Ed. Comares, 2007.

[170] De modo harto significativo y contundente, el art. 3 (Fuentes del régimen profesional del trabajador autónomo puro y del trabajador autónomo económicamente dependiente) de la LETA, en su apartado 3, reitera que "En virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,

derechos y garantías propios del Derecho Social del Trabajo lo sitúa operativamente como una especie de figura intermedia entre el trabajo autónomo puro y el trabajo por cuenta ajena/subordinado puro. Cabría interrogarse sobre si estamos realmente entre una "huida" del Derecho del Trabajo, pues podría fácilmente haberse configurado como una típica relación laboral especial formalizada jurídicamente en un contrato de trabajo especial en el sentido del art. 2 del ET ("Relaciones laborales de carácter especial"), en cuyo apartado 1.l) se establece que "Se considerarán relaciones laborales de carácter especial (…) "Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley". Y, además, declarando que "la regulación de dichas relaciones laborales respetará [como no podría ser de otra manera] los derechos básicos reconocidos por la Constitución" en su condición de personas que trabajan en régimen laboral (art. 2.2 del ET). Y esa, entiendo, que sería la dirección más correcta a seguir *de lege ferenda* respecto a lo actualmente denominados "trabajadores autónomos económicamente dependientes", los cuales en la "forma" son tratados como autónomos (objeto de laboralización parcial), pero en la "sustancia" son desde el punto de vista material -en la realidad jurídica- muy próximos a los trabajadores subordinados a la empresa "cliente" (cfr. artículos 11 y 11 bis de la LETA), lo que podría considerarse, en el plano de la política del Derecho, más como una huida o expulsión legalmente camuflada o encubierta (y, por tanto, legalizada como legítima, aunque discutible, opción de política del Derecho) bajo el ropaje de un contrato de servicios ex art. 12 de la LETA del régimen jurídico-laboral general del contrato trabajo preordenado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Cfr. art. 1 del ET). Hay que fomentar y promover el trabajo autónomo "puro", pero evitar la huida del Derecho del Trabajo y facilitar legalmente cualquier figura contractual que desnaturalice el ámbito de aplicación que le es propio al Derecho del Trabajo y haga proclive la implantación de la figura del "faso autónomo".

Hay que tener en cuenta, en este orden de ideas, que el concepto técnico de subordinación es un concepto flexible y fluido: un *concepto tipológico válvula y de texto abierta al tiempo histórico* donde se produce los cambios simples o mutaciones más disruptivas en las relaciones de trabajo profesional[171]. Y por ello mismo es una categoría jurídica que históricamente siempre se ha modulado y adaptado para incluir en el ordenamiento laboral distintos tipos de trabajadores vinculados a nuevas formas de trabajo. Precisamente las nuevas tecnologías digitales (algoritmos, inteligencia artificial, la aplicación ChatGPT, etcétera) aplicadas a la ordenación de los procesos productivos han supuesto un *reforzamiento del poder directivo* unilateralmente detentados por los empresarios. Hasta tal punto es así que el problema que se plantea en el mundo digital de hoy es la adopción de medidas de regulación y precaución para que la utilización de las nuevas tecnologías digitales sea compatible con los derechos y libertades fundamentales. Si esto afecta a los derechos de ciudadanía en su conjunto, en el ámbito laboral es problema es más incisivo y preocupante, precisamente por las condiciones de dependencia o subordinación jurídica en la que se encuentra la persona que trabaja y que le expone a usos de la tecnología digital que penetran en la esfera de su personalidad, dentro y fuera de los centros de trabajo. De ahí que la subordinación -que, como el mito de Jano, encuentra la cara en el poder de dirección del empleador-, permite articular un estatuto jurídico de protección en el empleo indispensable garantizar un equilibrio de posiciones jurídicas (y socio-económicas) en situación asimétrica: es una de las funciones típicas y clásicas del Derecho Social del Trabajo (legislación de compromiso social, de equilibrio y contrapese de la tutela del trabajador frente a los poderes del empleador, siempre más reforzados e irresistibles). Una vez que una tecnología tan poderosa entra en manos de los poderes privados y públicos, se impone, de suyo, la articulación de sistemas de control democrático por parte de la sociedad organizada y siguiendo los modelos de regulación propios de

aprobado por RD-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente".

[171] En este sentido 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, en particular pág. 55.

la legislación pública y la negociación colectiva en las organizaciones empresariales y en el "sistema de empresas". Se requiere, pues, políticas del cambio tecnológico, porque es el único modo de hacer frente al hecho constatable de que en nuestra sociedad tecnológica, el diseño (invención) y el poder de uso y control se encuentran en manos de una gigantesca "*tenostructrura*"[172]. La tecnología y los modelos sociales de producción se refuerzan mutuamente. De manera que los científicos y los tecnólogos están cada vez más vinculados a los mecanismos de poder establecidos.

Con ello se evitaría una nueva "huida" del Derecho del Trabajo. El trabajo autónomo [económicamente, ¿sólo? ¿Y por qué no también desde el punto de vista jurídica en cuanto contratante más débil sometido a una heterodirección por parte de la llamada "empresa cliente"] dependiente o "parasubordinado" debería de configurarse como una relación laboral especial (o, incluso, laboral común con peculiaridades), otorgándosele una tutela iuslaboral más reforzado (y en cuanto "especial" no necesariamente idéntica a las relaciones laborales comunes u ordinarias: se admitiría un régimen adaptado a la forma singular de trabajar en el marco de la figura del contrato de trabajo y disfrutando del estándar mínimo de tutelas o derechos básicos propios del "trabajo decente" o "digno" de la persona que trabaja para otro en relación de dependencia de mayor o menor intensidad) y evitando esa huida -más o menos encubierta o enmascarada a través de una encuadramiento extralaboral y una mínima extensión de tutelas del trabajo asalariado al autónomo dependiente- del Derecho del Trabajo. El modelo binario de prestación de servicios debe dejarse para la distinción jurídica entre trabajo subordinado y trabajo autónomo puro o en sentido estricto. En las zonas de proximidad hacia la subordinación sería necesario en la lógica del garantismo su encuadramiento técnico-jurídico en la figura del contrato de trabajo especial (que formaliza jurídicamente una relación de trabajo especial cuyo objeto es el trabajo entendido como una actividad o hacer de la persona que trabaja conforme a un plan organizativo establecido básicamente -conforme al criterio normativo de primacía de la realidad del hecho social trabajo y el juego de la técnica de la presunción de laboralidad- por la entidad o empresa para la cual se presta servicios). Hay que tener en cuenta que la categoría de la dependencia (como elemento tipológico de la relación jurídico laboral ex artículos 1, 5, apartados a) y c), 20, entre otros, del ET) es un concepto *válvula, de textura abierta y flexible* que se ha venido adaptando siempre a la transformaciones de las formas de producción y trabajo, mediatizadas por los cambios tecnológicos, que incide -como mayor intensidad- en el desarrollo de la prestación laboral y en sus condiciones de ejecución dentro del marco del poder de organización y dirección del empleador. Llámese la atención aquí de que en el propio art. 1.1 ET el concepción de "dependencia" ya viene espiritualizado y flexibilizado ("dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"), remitiendo a la heterodirección de la dinámica de la actividad laboral en el cuadro del sistema (o "plan") de trabajo en la organización productiva. Una relación jurídica y social-productiva asimétrica donde impera el dominio, el control y el sometido a instancias de poder (privados, de ordinario) que le son ajenos. Las tecnologías digitales, los algoritmos, la inteligencia artificial y la robótica, añaden nuevos elementos de dependencia o subordinación más sofisticados hacia nuevos poderes más ocultos o intransparentes, aunque no por ello menos reforzados y susceptibles de una labor de indagación sobre su existencia real que los identifique y los haga transparentes. Los algoritmos no son neutros, son programados para servir a determinados fines, intereses e ideologías por quienes los diseñan o controlan, siendo, así, que son instrumentos de poder, que pueden ejercerse en el ámbito laboral y más ampliamente en todos los ámbitos de la sociedad civil.

[172] Para esa noción técnica, véase Galbraith, J.K.: *El Nuevo Estado Industrial* (1967-1971)*,* Trad. Manuel Sacristán Luzón, Barcelona, Ed. Ariel, 6ª ed., 1974 (1ª ed.,1967), espec., capítulos VI ("Tecnostructura") y VIII ("El empresario y la tecnostructura"), págs.91 y sigs., y 121 y sigs., respectivamente, poniendo de relieve que el grupo general decisorio es la inteligencia que guía la empresa (con estructuras más o menos complejas), el celebro de la empresa; no lo es el "management", pues remite a aquellos que participan de manera organizada en la elaboración de decisiones principales y estratégicas; esa organización es la "tecnostrucura".

Ello se contrapone a la aceptación de la autonomía de la voluntad contractual como fuente calificadora o descalificadora del contrato de trabajo, dado la asimetría de poder jurídico existente normalmente entre trabajadores económicamente dependiente o parasubordinados y empresas clientes o receptoras de la prestación de sus servicios profesionales. En definitiva, la diversificación o graduación de tutelas en las zonas grises o de proximidad deber hacerse en el marco de la lógica del contrato de trabajo especial. Es obvio que esta solución de reconducción de la incertidumbre de la calificación jurídica de la relación de trabajo, pues las fronteras en subordinación/autonomía ofrecen zonas grises, de fronteras difusas e indefinidas, generadoras de inseguridad e incerteza además por la expansión de prácticas de falsos autónomos que ocultan y disimulan relaciones de trabajo subordinado o dependiente (la ficción de ser un trabajador profesional independiente). Todo apunta a la conveniencia político-jurídica de que los trabajadores más próximos a la subordinación o dependencia en sentido estricto deberían encuadrarse en el Derecho del Trabajo a través de la figura de los contratos especiales de trabajo. Es así como se puede garantizar la efectividad de las tutelas y evitar nuevos fracasos del Derecho del Trabajo respecto del cumplimiento de su función transaccional y de equilibrio en la reglamentación de los intereses contrapuestos en las variadas manifestaciones de las relaciones de trabajo en régimen de dependencia o subordinación.

En todo caso, las soluciones no son definitivas, pues dependerán de las transformaciones de las formas de trabajo profesional y de las orientaciones autorreflexivas de los actores con capacidad normativa creadora de normas sociales de trabajo y los factores base de poder ostentan respectivamente. La juridificación del trabajo depende en gran medida de los equilibrios de poder e intereses y de la acción de los sujetos -públicos y colectivos- que están implicados en el sistema de relaciones laborales.

Es así que (y en una perspectiva ya no secundaria ni residual, pues debe dejar de ser una anomalía para el Derecho Social) ante el aumento extraordinario de nuevas formas de trabajo autónomo o semi-autónomo en el capitalismo avanzado (proceso alentado como opción de política del Derecho a través del fomento de las distintas formas de "emprendimiento" y autoempleo, que en no pocos casos legitima la formalización de tipos contractuales de trabajadores precarios, aunque dotados de autonomía organizativa y funcional), nada impide -y parece más bien aconsejable- que se ponga en práctica una opción política legislativa más expansiva del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo[173].

En cualquier caso, no conviene olvidar que para el Comité Europeo de Derechos Sociales los trabajadores autónomos podrían tener un derecho de negociación colectiva propiamente dicha (es decir, en sus propios términos caracterizadores)[174].

[173] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 1917, págs.39-45.

[174] Así se recoge en el *Digesto de la Carta Social Europea* 2018: Art. 6.2: Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, las Partes se comprometen a promover, cuando sea necesario y útil, el establecimiento de procedimientos para la negociación voluntaria entre empleadores o asociaciones empresariales, por un lado, y sindicatos, por otro, encaminadas a regular las condiciones de empleo mediante convenios colectivos. En relación a ello, según el Comité Europeo de Derechos Sociales: El mundo del trabajo evoluciona rápidamente y de forma esencial, dada la proliferación de acuerdos contractuales que a menudo están expresamente orientados a evitar la celebración de contratos de trabajo según la legislación laboral, el resultado es un número creciente de trabajadores que ya no están cubiertos por la definición de empleado dependiente, en particular los trabajadores con bajos salarios y los proveedores de servicios que son "dependientes" de facto de uno o más empleadores. Esta evolución debe tenerse en cuenta al determinar el alcance del art. 6.2 con respecto a los trabajadores por cuenta propia. Los mecanismos de negociación colectiva en el trabajo se justifican por la posición relativamente débil de quienes hacen una oferta de trabajo al establecer los términos y condiciones de sus contratos. Para determinar qué tipo de negociación colectiva está amparada por la Carta, no es suficiente confiar en la distinción entre trabajador y autónomo, *siendo el criterio decisivo más bien si existe un desequilibrio de poder entre los proveedores de trabajo*

-El tejido empresarial de nuestro país está conformado, ante todo, como una amplísima red de pequeñas y medianas empresas (Pymes). Esto ha planteado numerosos problemas para el desarrollo de la negociación colectiva y la cobertura y eficacia de los convenios colectivos en ese segmento dominante del sistema empresarial. El sistema de negociación colectiva presenta distintas vías de adaptación para aplicar con efectividad y eficacia real los convenios sectoriales a las Pymes. Pero también se plantean exigencias de adaptabilidad de las reglas y contenidos convencionales sectoriales especialmente necesario sobre todo en el ámbito de la "pequeña empresa" [por ejemplo, cláusulas de descuelgue en ex artículos 82.2 (acuerdos colectivos de empresa), 84.2 (convenios de empresa) y artículos 40.1 y 41 (decisiones unilaterales del empleador con posibilidad de acuerdos colectivos de reestructuración o reorganización empresarial) del ET]. Un gran problema, al cual se ha hecho referencia, es que en estas pequeñas empresas (y dentro de ellas, a mayor abundancia, las "micro empresas") no suelen tener representaciones unitaria o representaciones sindicales. Pero la solución legal de "comisiones *ad hoc*" representativas (sic) no garantiza el necesario equilibrio de poder negociador entre las partes negociadoras.

Lo que no parece oportuno es establecer un estatuto laboral propio y diferenciado no sólo, como resulta obvio para las medidas empresas (más mayor potencia), sino que tampoco para las pequeñas empresas (y micro empresas), porque sería una fragmentación extraordinariamente problemática para garantizar el principio de igualdad y una mínima homogeneidad de condiciones de trabajo en un mismo sector, por un lado, y por otro porque acabaría incidiendo en una competencia desleal entre empresas del mismo sector (es decir, se contribuiría a crear un *doble "dumping social e interempresarial*"). Cuestión distinta es que los propios convenios colectivos sectoriales (eje todavía -felizmente- de nuestro sistema de negociación colectiva) puedan establecer algunas singularidades o peculiaridades dentro del sector para las "pequeñas empresas".

No es irrelevante hacer notar respecto a la aplicación del Derecho del Trabajo a las pequeñas empresas atender los análisis de la OIT, que señalan, entre otras cuestiones, los trabajadores independientes, las microempresas y las pequeñas y medianas empresas abarcan dos terceras partes del empleo a escala mundial. A fin de garantizar la protección de todos los trabajadores en pie de igualdad, los gobiernos formulan políticas para promover la aplicación, la observancia y el cumplimiento del derecho del trabajo en todas las empresas, con independencia de su tamaño, incluidas las que despliegan su actividad en la economía informal y el sector de los trabajadores independientes[175].

---

*y empleadores. Cuando los proveedores de mano de obra no tienen una influencia sustancial en el contenido de las condiciones contractuales, deben tener la oportunidad de mejorar este desequilibrio de poder mediante la negociación colectiva. De lo anterior se deduce que una prohibición absoluta de la negociación colectiva que afecta a todos los trabajadores por cuenta propia sería excesiva, ya que dicha medida sería contraria al objeto y fin de esta disposición*. Con la pertinente "jurisprudencia" del Comité Europeo de Derechos Sociales. https://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2021/10/Digesto-traducido.pdf. Traducido por Carlos Hugo Preciado Domènech. Doctor en Derecho. Magistrado especialista del TSJ Catalunya.

[175] Vargas, A. M.: ILO Working Paper 9. *Applying labour law to micro, small and medium-sized enterprises: A comparative study of 16 countries*. Documento de Trabajo, 7 de octubre de 2020 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---ifp_seed/documents/publication/wcms_757271.pdf . Los trabajadores autónomos y las microempresas y las pequeñas y medianas empresas (PYME) representan la mayor parte del empleo y constituyen el mayor número de unidades económicas en todo el mundo. Sin embargo, algunos países excluyen a estas unidades económicas de determinadas obligaciones en virtud de su legislación laboral nacional en la creencia de que dichas obligaciones pueden perjudicar el crecimiento y la prosperidad de las empresas. Se parte de la creencia discutible de que dichas obligaciones pueden perjudicar el crecimiento y la prosperidad de las empresas. En este estudio examina las formas en que los distintos países regulan los derechos laborales de los trabajadores de las PYME, con el objetivo principal de mejorar la comprensión de las tendencias y la evolución actuales en este ámbito. Los 16 países que abarca el estudio son Alemania, Brasil, China, Colombia, Costa Rica, Egipto, *España,* Federación de Rusia, México, Nepal, Perú, Sri Lanka, Sudáfrica y Tailandia, Sudáfrica, Sri Lanka, Suecia, Turquía y la República Unida de Tanzania. A partir del análisis comparativo de la cobertura de la legislación laboral para las PYME en los países mencionados, este estudio identifica una tendencia general hacia la extensión de la igualdad de

Por lo demás, teniendo en cuenta el altísimo nivel de externalización productiva, y señaladamente que la expansión de las subcontratación empresarial como técnica de descentralización productiva y funcional, la situación económico-financiera y la posición competitividad en el ámbito de las pequeñas empresas es extraordinariamente heterogénea, porque hay numerosas empresas pequeñas en tamaño laboral (medidas por el número de trabajadores) y empresarial que, sin embargo, son muy potentes y solventes en el sistema de mercado (son innovadoras, con alto nivel de productividad y prestigio en el mercado); por no hablar de los frecuentes vínculos de dominio y coordinación de ciertas empresas pequeñas con los grupos de empresas (formando una suerte de constelaciones estelares dominadas y controladas por las grandes corporaciones societarias estructuradas en grupos empresariales a menudo a nivel trasnacional)[176]. Las pequeñas empresas presentan particularidades y especialidades ya del Derecho vigente (por ejemplo, en materia de representación en la empresa; en materia de despidos por necesidades de funcionamiento de organización productiva, deber de negociar planes de igualdad, materias retributivas, prevención de riesgos laborales, etcétera) y también en el tratamiento de la negociación colectiva se hacen distinciones en algunas materias en atención al tamaño de la empresa. Por otra parte, el marco legal de regulación general permite vías "escape" o de adaptación para las pequeñas empresas (descuelgue e inaplicación del convenio, modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas individual y colectivamente, etcétera). En cualquier caso hay margen para el debate sobre las singularidades de las pequeñas empresas[177].

protección a todos los trabajadores, independientemente del tamaño de la empresa, incluidos los del sector informal. En conjunto, los resultados presentados en este documento de trabajo coinciden con los de otros estudios, mostrando que *la legislación laboral como tal no es ni un obstáculo importante ni una panacea cuando se trata de promover el crecimiento y la sostenibilidad de las empresas, el crecimiento y la sostenibilidad de las empresas*. Merecería la pena llevar a cabo nuevas investigaciones para explorar las de qué manera las recientes reformas de la legislación laboral en una serie de países han repercutido en la experiencia cotidiana de los trabajadores de las pymes.

[176] Para la relación entre grupos de empresas y subcontratación, puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: "Subcontratación y grupos de empresas", en Baylos, A. y Collado, L. (Eds): *Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo,* Madrid, Ed. Trotta.1994; Monereo Pérez ,J.L.: "Técnica de grupo y subcontratación económica : La subcontratación como técnica de grupo de empresas", en Monereo Pérez, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos,* Madrid, Ed. *Ibidem*, 1994, págs. 49-70;
Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson-Aranzadi, 2021; Cremades Chueca, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica,* Madrid, Ed. Cinca, 2022.

[177] Más allá de que se coincida o no con algunas de las reflexiones que se realizan, resulta de interés, Mercader Uguina, J.R. (Dir.): *La relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas,* Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2015.