Revista Crítica de Relaciones de Trabajo

Laborum

Extraordinaria nº 2, 2024

Sumario:

Dirección: José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada

"Enfoque integral de la Libertad Sindical"

- Derecho de huelga y poderes empresariales 'reforzados' en la Era Digital
  José Luis Monereo Pérez
- El sistema negociación colectiva: los dilemas en una sociedad cambiante
  José Luis Monereo Pérez
- Aproximación a un enfoque integral sobre la libertad sindical
  Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey
- Representación y acción sindical en la empresa en el estatuto del siglo XXI
  Carmen Sáez Lara
- Contenido y tutela de la libertad sindical en el siglo XXI. Cuestiones críticas en el contexto tecnológico
  Salvador Perán Quesada
- El derecho a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en España: exclusiones, controversias y problemas prácticos
  Belén del Mar López Insua
- Ensanchando la acción sindical: la necesaria integración de la perspectiva de género
  Olimpia Molina Hermosilla
- Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo
  Adrián Todolí Signes

Laborum EDICIONES

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Extraordinaria nº 2, 2024

"Enfoque integral de la Libertad Sindical"

Esta publicación es parte del Proyecto C-SEJ-088-UGR23 "Empleo de los Jóvenes ante las transformaciones del mercado de trabajo: Un reto para las políticas sociales en Andalucía". Financiada por los proyectos Plan Operativo FEDER Andalucía 2021-2027. Universidad de Granada.

Grupo PAIDI SEJ 184 "Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social", Junta de Andalucía, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación. Universidad de Granada.

Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social", Junta de Andalucía, Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación. Universidad de Málaga.

Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva". Financiado por los proyectos Plan Operativo FEDER Andalucía 2021-2027. Universidad de Málaga.



UNIVERSIDAD DE GRANADA

PAIDI2020



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA | uma.es



UNIÓN EUROPEA
Fondo Europeo de Desarrollo Regional



Junta de Andalucía
Consejería de Universidad, Investigación e Innovación

© Ediciones Laborum, S.L.

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

Telf.: 968 88 21 81
Fax.: 968 88 70 40
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Depósito Legal: MU 1268-2021
Publicación Digital: ISSN 2792-7970



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

Contacto Revista:

http:// www.laborum.es/revreltra
facebook.com/RevRelTra
@revreltra
revreltra@laborum.es
www.linkedin.com/showcase/revreltra/

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

SUBDIRECCIÓN:
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

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

CONSEJO DE REDACCIÓN:
José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*
Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Sheila López Vico, *Contratada predoctoral FPU en el Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
María Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*

CONSEJO ASESOR:
Carlos Luis Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.*
María Lourdes Arastey Sahún, *Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*
Francisco Javier Arrieta Idiakez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Deusto*
Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
María Amparo Ballester, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Fabio Tulio Barroso, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Pernambuco. Brasil*
Antonio Pedro Baylos Grau, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla-La Mancha*
Stefano Bellomo, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Perugia. Italia*
Carlos Bravo Fernández, *Secretario Confederal de Seguridad Social y Previsión Social Complementaria de CCOO. Profesor Asociado de Derecho Social e Internacional Privado. Universidad Carlos III de Madrid*
Ferran Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Kristina Campbell, *Catedrática de Derecho. Universidad de Columbia. Estados Unidos*
María Dolores Carrascosa Bermejo, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pontificia de Comillas*
María Emilia Casas Bahamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidenta del Tribunal Constitucional*
Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Diana del Pilar Colorado Acevedo, *Profesora Titular. Universidad Nacional de Colombia. Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justica-Sala de Casación Laboral*
Jesús Cruz Villalón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Ángel Luis De Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Carmen Elena Domínguez Soto, *Profesora de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica de Chile*
Maravillas Espín Sáez, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Marco Espósito, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Nápoles Parthenope. Italia*
Marta Fernández Prieto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Juan García Blasco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
Thomas Geiser, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de St. Gallen. Suiza*
José María Goerlich Peset, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Isabel Granados Romera, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Sara Guindo Morales, *Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mª Sonsoles Gutiérrez de la Peña, *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*
María Teresa Igartua Miró, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Elisa Verónica Lanas Medina, *Profesora de Derecho del Trabajo. Universidad de Cuenca. Ecuador*
Liliana Hebe Litteri, *Profesora Adjunta Regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Argentina*
Belén del Mar López Insua, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Günther Löschnigg, *Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Graz. Austria*
Juan Pablo Maldonado Montoya, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad CEU San Pablo*
Isabel Marín Moral, *Profesora de Derecho. Universidad Francisco de Vitoria. Abogada*
Lucía Martín Rivera, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*
Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*
Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
António Monteiro Fernandes, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Nova de Lisboa. Portugal*
Francisca Moreno Romero, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Juan Pablo Mugñolo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Buenos Aires. Argentina*

Magdalena Nogueira Guastavino, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Pompeyo Gabriel Ortega Lozano, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Salvador Perán Quesada, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Francisco Pérez de los Cobos, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Expresidente del Tribunal Constitucional*
María del Mar Pérez Hernández, *Jefa de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Almería. Profesora Asociada. Universidad de Almería*
Joaquín Pérez Rey, *Secretario de Estado de Empleo y Economía Social*
Margarita Isabel Ramos Quintana, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
Ana María Romero Burillo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Lleida*
Tomás Sala Franco, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María del Carmen Salcedo Beltrán, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Carla Spinelli, *Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad Aldo Moro de Bari. Italia*
Natalia Tomás Jiménez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Adriana Topo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Padova. Italia*
Fernando Valdés Dal-Ré, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. Exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Isabel María Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:

Francisco Alemán Páez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Miguel Ángel Almendros González, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Gema Fábregat Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Carolina Gala Durán, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Guillermo García González, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja*
Manuel García Jiménez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Mario Garmendia Arrigón, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*
Javier Hierro Hierro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Sandro Mainardi, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia. Italia*
Inmaculada Marín Alonso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Olimpia Molina Hermosilla, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
María de los Reyes Martínez Barroso, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Remedios Roqueta Buj, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Salas Porras, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Guillermo Leandro Barrios Baudor, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Rey Juan Carlos//Magistrado (supl.) en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra*
Margarita Miñarro Yanini, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Francisco Trujillo Pons, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I*
Carolina Blasco Jover, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
María Remedios Menéndez Calvo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá*
Diego Megino Fernández, *Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Burgos*
Eva Garrido Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz*
Oriol Cremades Chueca, *Profesor lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Autónoma de Barcelona*
Lourdes Mella Méndez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*
José Antonio Soler Arrebola, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería*
Estefanía Rodríguez Santos, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*
Olga Fotinopulos Basurco, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del Pais Vasco*
María Luisa Martín Hernández, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Jose Ríos Mestre, *Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Dulce María Cairós Barreto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Marina García Revuelta, *Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*
Sara Alcázar Ortiz, *Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*
María Belén Fernández Docampo, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
María Gema Quintero Lima, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
María Luisa Molero Marañón, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*
José Manuel Morales Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Marina Fernández Ramírez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*
Silvia Fernández Martínez, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

EDITOR:

Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:

Alejandro Muros Polo

Destinatarios

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

Orientación y enfoque metodológico

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

Los contenidos incluyen:

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

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

Dialnet · MIAR · latindex catálogo · DRJI Directory of Research Journal Indexing · crue Universidades Españolas Red de Bibliotecas REBIUN · DULCINEA · Fuente Académica Plus EBSCOhost · ROAD Directory of Open Access Scholarly Resources

Índice

DERECHO DE HUELGA Y PODERES EMPRESARIALES 'REFORZADOS' EN LA ERA DIGITAL 9
José Luis Monereo Pérez
1. EL MODELO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA A LA MIRADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO 10
2. LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS PODERES EMPRESARIALES REFORZADOS CON EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL ESQUILORAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO 45
3. BIBLIOGRAFÍA 65

EL SISTEMA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LOS DILEMAS EN UNA SOCIEDAD CAMBIANTE 81
José Luis Monereo Pérez
1. LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES 82
2. LA REDEFINICIÓN DEL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATUTARIA 85

APROXIMACIÓN A UN ENFOQUE INTEGRAL SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL 129
Antonio Baylos Grau
Joaquín Pérez Rey
1. LA DIFICULTAD DE UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA LIBERTAD SINDICAL 129
2. LAS DIFERENTES APROXIMACIONES NORMATIVAS A LA LIBERTAD SINDICAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 133
3. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL DEL TRABAJO 139
4. UN SISTEMA SINDICAL BASADO EN LA REPRESENTATIVIDAD 143

REPRESENTACIÓN Y ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA EN EL ESTATUTO DEL SIGLO XXI 147
Carmen Sáez Lara
1. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA 147
2. DIAGNÓSTICO SOBRE LA CRISIS DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA 149
3. DIGITALIZACIÓN EMPRESARIAL Y ACCIÓN SINDICAL 150
4. NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN Y ACCIÓN COLECTIVA EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES 151
5. PARTICIPACIÓN SINDICAL EN LA TRANSICIÓN DIGITAL EMPRESARIAL: EL PAPEL DE LA LEY Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 156
6. PROPUESTA DE REFORMA: UN NUEVO MODELO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA PARA EL ESTATUTO DEL SIGLO XXI 162
7. BIBLIOGRAFÍA 165

CONTENIDO Y TUTELA DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL SIGLO XXI. CUESTIONES CRÍTICAS EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO 169
Salvador Perán Quesada
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL 170
2. PROBLEMATIZANDO EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO 173
3. CUESTIONES CRÍTICAS DE LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL 179

4. RECAPITULACIÓN Y UNA PROPUESTA FINAL....183
5. BIOGRAFÍA....185

EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EXCLUSIONES, CONTROVERSIAS Y PROBLEMAS PRÁCTICOS....189
Belén del Mar López Insua
1. LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: UNA ETERNA LUCHA POR LA REIVINDICACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES....190
2. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS....192
3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: JURISPRUDENCIA, PROBLEMAS PRÁCTICOS Y POSTERIORES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS....200
4. CONCLUSIONES....202
5. BIBLIOGRAFÍA....205

ENSANCHANDO LA ACCIÓN SINDICAL: LA NECESARIA INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO....207
Olimpia Molina Hermosilla
1. PLANTEAMIENTO GENERAL....207
2. BREVES NOTAS SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SINDICATO COMO ESTRUCTURA DE PODER MASCULINO....209
3. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LAS MUJERES....211
4. DESIGUALDADES QUE ENFRENTAN LAS MUJERES EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL....215
5. IMPLEMENTACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ACCIÓN SINDICAL....220
6. LOS SINDICATOS FEMINISTAS COMO EXPRESIÓN DE LA REVITALIZACIÓN DEL MOVIMIENTO SINDICAL....223
7. A MODO DE CONCLUSIONES....225
8. BIBLIOGRAFÍA....227

DEMOCRACIA EN EL TRABAJO Y CODETERMINACIÓN ANTE EL USO DE LA IA EN LA EMPRESA: ALGO MÁS QUE NEGOCIAR EL ALGORITMO....229
Adrián Todolí Signes
1. LOS RIESGOS DE LA DIRECCIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO....229
2. LA CODETERMINACIÓN COMO FORMA DE TOMAR DECISIONES ESTRATÉGICAS EN LA EMPRESA....233
3. FORMAS DE IMPLEMENTAR LA CODETERMINACIÓN EN MATERIA DE IA....237
4. CONCLUSIÓN....247
5. BIBLIOGRAFÍA....247

ISSN: 2792-7970

Derecho de huelga y poderes empresariales 'reforzados' en la Era Digital

Right to strike and reinforced corporate powers in the Digital Era

José Luis Monereo Pérez

Catedrático y Director del Departamento 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.: «Derecho de huelga y poderes empresariales 'reforzados' en la Era Digital». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 9-79.

Resumen

El estudio de la fórmula constitucional de garantía del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53, 81 y 93 a 96, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española, el cual remite imperativamente, como canon de interpretación, al sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales), pone de relieve el incumplimiento legislativo de la obligación constitucional de establecer una garantía efectiva de este derecho a través de una Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución) que materialice y dé cumplimiento al mandato constitucional. De tal manera que se garantice la observancia de su "contenido esencial" (como exige el artículo 53.1 de la Constitución, atendiendo a su concreción conforme al estándar de garantía internacional multinivel) y la efectividad del derecho, tanto más necesario ante los desafíos que plantea el reforzamiento de los poderes directivos del empleador, apoyados en el dominio y control de las nuevas tecnologías, las nuevas formas de organización de las empresas (las empresas red, especialmente en redes de subcontratación empresarial; las "empresas vacías" mediante el recurso a diversas técnicas de externalización productiva y de gestión indirecta de los trabajadores; los grupos de empresas y la interconexión entre las distintas empresas que forman parte del complejo empresarial de estructura compleja; el uso de la tecnología misma para instrumentalizar la inefectividad y la neutralización de los efectos jurídicos lesivos consustanciales al derecho de huelga). Pero también ha de ser una Ley Orgánica que garantice un equilibrio satisfactorio y proporcional entre el ejercicio legítimo del derecho de huelga y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad ("Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"; art.28.2 de la Constitución).

Palabras clave

derecho fundamental de huelga; garantías constitucionales del derecho de huelga; efectividad del derecho de huelga; límites de los poderes empresariales para neutralizar los efectos perjudiciales consustanciales a la huelga

Abstract

The study of the constitutional formula of guarantee of the fundamental right to strike (articles 28.2, 53, 81 and 93 to 96, in relation to article 10.2 of the Spanish Constitution, which refers imperatively, as a canon of interpretation, to the system multilevel international guarantee of fundamental rights), highlights the legislative breach of the constitutional obligation to establish an effective guarantee of this right through an Organic Law (article 81 of the Constitution) that materializes and fulfills the constitutional mandate. In such a way that the observance of its "essential content" is guaranteed (as required by article 53.1 of the Constitution, taking into account its concretion in accordance with the multilevel international guarantee standard) and the effectiveness of the law, all the more necessary in the face of the challenges it poses. the reinforcement of the managerial powers of the employer, supported by the mastery and control of new technologies, the new forms of organization of companies (network companies, especially in business subcontracting networks; "empty companies" through the use of various production outsourcing techniques and indirect management of workers; the groups of companies and the interconnection between the different companies that are part of the business complex with a complex structure; the use of technology itself to instrumentalize ineffectiveness and the neutralization of legal effects inherently harmful to the right to strike). But it must also be an Organic Law that guarantees a satisfactory and proportional balance between the legitimate exercise of the right to strike and the maintenance of essential community services ("The right to strike of workers to defend their interests. The law that regulates the exercise of this right will establish the precise guarantees to ensure the maintenance of the essential services of the community"; article 28.2 of the Constitution).

Keywords

fundamental right to strike; constitutional guarantees of the right to strike; effectiveness of the right to strike; limits on business powers to neutralize the detrimental effects inherent to the strike

1. EL MODELO DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE HUELGA A LA MIRADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

> *"Las relaciones industriales se caracterizan por el conflicto permanente: tal conflicto no se ordena sobre equilibrios siempre nuevos, sino, al contrario, se reproduce sobre niveles siempre nuevos, los agentes sindicales interpretan los siempre nuevos niveles de conflicto, no moviéndose en el marco regulado, sino determinando nuevas reglas confrontadas: unas que expresan la organización capitalista de la producción, otras que expresan (a la inversa que las primeras) las agresiones de clase a tal organización"*
>
> Giovanni Tarello[1]

La garantía constitucional del derecho a la huelga se especifica en el art. 28.2 CE. Esa garantía constitucional comporta el reconocimiento formal de este derecho individual de ejercicio colectivo (el texto constitucional consagra una titularidad individual, hace referencia a los trabajadores)[2] y asimismo obliga a la ley a que individualice todo instrumento o mecanismo de protección contra eventuales vulneraciones u ofensas, como reforzamiento de la tutela conferida al derecho. Las garantías de este derecho constitucional son tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales (art. 53 CE; art. 81 CE). En este sentido debe atenderse al dato fundamentalmente consistente en que este precepto se sitúa -como en general toda la Constitución en su parte declarativa de derechos- en el paradigma o modelo garantista que atiende a la protección del derecho mediante técnicas de garantía específicas y en atención a su vinculación normativa a los principios y a los valores superiores consagrados en la Constitución. El objeto específico del art. 28.2 CE es el de garantizar la huelga como derecho, en cuanto comportamiento lícito desde el punto de vista civil y administrativo, para lo cual instituye una reserva de ley para la determinación del ejercicio del derecho. El art. 28.2 CE designa a la ley formal como el instrumento que ha de predisponer un sistema de garantías adecuadas para posibilitar el ejercicio efectivo del derecho y reaccionar frente a posibles violaciones de este; y asimismo asignándole la tarea de establecer las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad. La huelga-derecho subjetivo supera la simple huelga-libertad, que va referida a las relaciones entre los trabajadores huelguistas y el Estado, en el preciso sentido de que el Estado no puede prohibir ni castigar con sanciones penales la abstención colectiva del trabajo. El derecho subjetivo de huelga de los trabajadores supone la posibilidad para ellos de abstenerse del trabajo sin ser destinatarios de sanciones civiles por la mera suspensión de las obligaciones constitucionales que la huelga conlleva. Ello está integrado en el "programa normativo" del art. 28.2 CE, esto es, en el mandato contenido básicamente en el texto de norma constitucional a concretar y desarrollar.

Es esta una norma que ostenta eficacia directa e inmediata, como impone deducir de su encuadramiento sistemático en la Sección 1.ª del Capítulo 2 del Título I de la Constitución Española (art. 53 CE) y de su mismo tenor literal puesto que la garantía legal opera sobre la base del supuesto previo de su pleno reconocimiento por parte del texto constitucional; no es una norma programática que se limite a proclamar un derecho de mera configuración legal. El constituyente impone categóricamente al legislador que garantice efectivamente el derecho a la huelga ("la ley que regule el ejercicio"). Es la Constitución Española la que instituye el derecho a la huelga y la que también obliga

[1] Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución*, traducción, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pág.196, con referencia a Ghezzi.

[2] Es, ésta, la configuración de la titularidad del derecho fundamental de huelga mantenida por el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981, de 8 de abril, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad (Número 192/1980) promovido por don Nicolás Redondo Urbieta y cincuenta y un Diputados más, contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo. Doctrina de la jurisprudencia constitucional inalterada hasta la fecha.

imperativamente al legislador a que garantice legalmente la efectividad de ese derecho a través de un comportamiento activo propio de la función promocional o de fomento de la huelga como libertad constitucional y valor fundamental. Es éste reconocido directamente por la Constitución, y quien diseña un "modelo constitucional" general y abierto. La garantía constitucional del contenido esencial (art. 53.1 CE) supone la prefiguración constitucional de los elementos constitutivos de este derecho de libertad, los cuales, le hacen cognoscible como tal, individualizando una "zona resistente" de la que no puede disponer libremente el legislador ordinario. Con todo, sin perjuicio de dejar amplios espacios para la regulación legal, es decir, para que sobre la base del contenido esencial constitucionalmente garantizado el legislador estatal pueda determinar un "modelo legal", dentro de los contenidos posibles permitidos por el constituyente. Como se comprobará después, ese modelo legal es complejo en su marco de regulación, el cual continúa residenciado en una norma preconstitucional, de problemática adaptación al texto constitucional[3].

Por su misma ubicación sistemática se desprende fácilmente que estamos ante un derecho social fundamental de libertad, toda vez que el art. 28.2 CE está inserto en la Sección 1.ª ("de los derechos fundamentales y de las libertades públicas") de Título I CE, que lleva por rúbrica "de los derechos y deberes fundamentales". La misma normativa internacional (señaladamente el art. 6.4 de la Carta Social Europea)[4] lo configura como derecho social fundamental. Los derechos fundamentales tienen su pilar fundamental en la Sección 1.ª, aunque no se agotan en ella como se infiere del propio Título I. Cuestión distinta es que ese derecho fundamental tenga atribuido el máximo rango constitucional y más garantías reforzadas, como se infiere de art. 53.2 CE. Por otra parte, no puede desconocerse que el derecho a la huelga forma parte en sí del más amplio derecho de libertad sindical de estructura compleja ex art. 28.1 CE, aunque este hecho no le identifique con él, y que, por otra parte, se vincule (sin agotarse tampoco en él) con el derecho a la negociación colectiva, porque sin derecho de huelga aquél no podría ser ejercitado plenamente y en condiciones de mínima igualdad de poder colectivo por los trabajadores. Repárese en el dato normativo de que el art. 53.1 garantiza el contenido esencial de todos los derechos comprendidos en el capítulo II del Título I de la Constitución. El mismo art. 53 CE está ubicado sistemáticamente dentro del Capítulo IV (con la rúbrica "De la garantía de las libertades y derechos fundamentales") del Título I de la Constitución (cuya rúbrica es "De los derechos y libertades fundamentales").

El texto constitucional, como es sabido, consagra al más alto nivel el "derecho a la huelga". La mera lectura del art. 28.2 CE pone de manifiesto que el constituyente ha optado por la regulación

[3] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1058.

[4] Los Convenios de la OIT, delimitan el contenido esencial del derecho de libertad sindical incluyendo en el mismo el derecho a la negociación colectiva y a la huelga (dentro de las medidas de acción colectiva). Véase Convenio OIT, núm. 87, de 9 de julio de 1948, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio OIT, núm. 98, de 1 de julio de 1949, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio OIT, núm. 154, de 19 de junio de 1983, Convenio sobre la negociación colectiva.

de la huelga como derecho, situándose así en la fase histórico-evolutiva bien conocida de la "huelga-derecho"[5] con las connotaciones jurídico-políticas que oportunamente han sido aquí apuntadas[6].

Pero ello en sí mismo no permite dar respuesta a la interrogante sobre cuál pudiera ser hipotéticamente el "modelo" definido de derecho huelga en la Constitución. Se debe realzar primeramente que en la comprensiva fórmula constitucional caben varios modelos según la voluntad (democráticamente predominante) de la opción política mayoritaria en un momento histórico dado. No hay, pues, "modelo cerrado" directa y completamente predeterminado en la letra del citado precepto constitucional[7]. Pero sí un modelo normativo delimitado necesariamente en su "contenido esencial", el cual obliga respetar al legislador infraconstitucional[8] (artículos 28.2 y 53.1, y su lectura conforme al canon hermenéutico de apertura al sistema internacional multinivel de garantía de los derechos establecido imperativamente en el art. 10.2 CE)[9]. En este orden de ideas hay que precisar que el Convenio OIT, núm. 87 de la OIT presupone que la libertad sindical comprende en su contenido

[5] Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en Calamandrei, P. (aut.) y Cappelletti, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, pp. 446 y 447. Publicado también en Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221 a 244. Con la garantía constitucional del derecho de huelga "no se trata sólo de establecer, frente a anteriores normas prohibitivas, un marco de libertad de huelga, saliendo, además, al paso de posibles prohibiciones, que sólo podrían ser llevadas a cabo en otro orden jurídico-constitucional. La libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, pero significa también que, en un sistema de libertad de huelga, el Estado permanece neutral y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular. Hay que entender, sin embargo, que el sistema que nace del artículo 28 de la Constitución es un sistema de derecho de huelga. Esto quiere decir que determinadas medidas de presión de los trabajadores frente a los empresarios son un derecho de aquéllos" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj.9 [RTC 1981\11]).

[6] 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, Comares, 2012, p. 660.

[7] Véase Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, p. 230.

[8] Con contundencia se establece en el art. 53.1 CE que "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial,* podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)" de CE. Como se puede apreciar la interpretación adecuada conduce a indicar que la ley no opera en el vacía y que estamos antes derechos que nunca pueden ser de estricta o esencialmente de configura legal, pues existe una prefiguración constitucional de respecto *ex constitucione* del "contenido esencial" de estos derechos. Contenido esencial que ya está establecido no sólo en la cultura de los derechos, sino en los textos internacionales ratificados por nuestro país en al amparo de los artículos 93 a 96 CE, en relación con la canon hermenéutico de apertura constitucional al sistema internacional multinivel de los derechos fundamentales establecido imperativamente en el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental. Y confiere en sí mismo una tutela reforzada al bloque normativo integrador de derechos constitucionales fundamentales, como el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva. El contenido esencial de los derechos aparece como "límite de los límites" (SSTC 11/1981, fj. 8 y 19; 196/1987, fj 5; 143/1994, fj. 7; 50/1995, fj. 7, entre otras). Ello pone límites precisos a la, así, relativa libertad de configuración de los derechos por parte del legislador infraconstitucional, pues ha de respetar la parte intangible del derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha declarado, por otra parte, que el art. 10.2 CE "obliga a interpretar los correspondientes preceptos [sobre derechos y libertades públicas] de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del Título I de nuestra Constitución" (STC 36/1991, fj. 5). Este esta norma de conexión y de apertura constitucional en vía interpretativa no deriva de instrumentos propiamente externos a nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que son incorporados en nuestro sistema jurídico a través de los artículos 93 a 96 de la propia Constitución, a los cuales reenvía implícitamente en art. 10.2 de la Norma Fundamental. Bastaría con señalar que conforme al art. 96.1 CE, "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, *formarán parte del ordenamiento interno*. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

[9] 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, Comares, 2002.

esencial el derecho fundamental de huelga. No puede ser de otra manera para la efectividad del derecho a la libertad sindical. Pero es que, por lo demás, no se puede desconocer el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (con rango de Tratado Internacional realizado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas; ONU) garantiza el derecho de huelga y que precisamente la OIT pertenece a la ONU, y aun siendo un organismo independiente *dentro de ésta no puede sino estar vinculado por dicho PDESC*.

Por otra parte, dentro del Derecho Internacional Laboral Regional Europeo, merece la pena hacer un recorrido general sobre la normativa que tiene plena vinculación con el derecho a huelga (aunque los textos europeos, inicialmente, parecen centrarse y referirse a la libertad sindical y negociación colectiva). En este sentido, el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en referencia al derecho de negociación y de acción colectiva, establece que "*los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga*".

Este precepto garantiza dos derechos sociales fundamentales de libertad que forman parte, a su vez, del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical, a saber: el derecho de negociación colectiva (que comprende el derecho a estipular acuerdos colectivos) y el derecho de acción colectiva de tutela de los respectivos intereses. Este precepto, en todo caso, ha querido reforzar la intrínseca interrelación entre ambos derechos, pues el derecho de huelga (el derecho más emblemático dentro de ese general derecho de acción colectiva) autentifica no sólo el derecho de negociación colectiva sino también a los derechos colectivos y sindicales en su conjunto. La negociación colectiva refleja una situación y encuentro de poderes sociales y, precisamente, la huelga es el instrumento de poder más determinante del movimiento obrero y sindical. La interconexión y relación funcional entre ambos derechos es innegable, toda vez que el conflicto y el pacto son aspectos inmanentes de los sistemas de relaciones laborales. Por otra parte, esta fórmula de reconocimiento está influida, a su vez, por la orientación unitaria que le confiere la Carta Social Europea revisada de 1996 (pero ya presente en la versión originaria de 1961), aunque con un enfoque algo más limitado[10].

Por otro lado, es conveniente indicar que el derecho de huelga forma parte en sí del más amplio derecho de libertad sindical de estructura compleja ex art. 12.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque sin identificarse ni confundirse con tal derecho ni tampoco agotarse en el mismo. Desde el derecho de libertad sindical, la huelga forma parte de su contenido esencial. De igual modo, también debe ser conectado con el derecho a la negociación colectiva, porque sin derecho de huelga aquél no podría ser ejercitado plenamente en condiciones de mínima igualdad de poder colectivo por los trabajadores. En el fondo, la huelga autentifica y otorga efectividad real al conjunto de los derechos colectivos y sindicales.

Este enfoque unitario es deudor ciertamente de la formulación en el art. 6 de la Carta Social Europea Revisada (1996). En efecto, el art. 6, referido al derecho de negociación colectiva, dispone que: "*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes se comprometen: 1) a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores; 2) a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de*

[10] Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 636.

convenios colectivos; 3) a fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales; y reconocen: 4) el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor".

Sin embargo, fue la Carta Social Europea de 1961 el primer instrumento jurídico internacional que reconoció de forma expresa el derecho de huelga, influyendo sin duda en otras normas posteriores como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966. Concretamente, el derecho de huelga se proclama en el art. 6.4 de la Carta Social Europea, precepto que ha permanecido inalterado a pesar de las sucesivas modificaciones que se han realizado de la Carta[11]. El art. 6.4, ubicado en la Parte II de la Carta Social Europea, recoge el derecho de huelga como una pieza esencial para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, estableciendo que las partes reconocen "*el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor*". Se ha resaltado que, en el caso del apartado cuarto de este precepto, no sólo las partes se "comprometen", sino que también "reconocen", considerándose que de ese modo se despejan las posibles dudas sobre el efecto directo de algunos derechos, manifestándose claramente el efecto directo del derecho de huelga en este caso[12].

Debe advertirse, por tanto, que en este caso el derecho de huelga se separa de la libertad sindical y se introduce en un precepto que se dedica inicialmente al "derecho de negociación colectiva" de trabajadores y empleadores. En este sentido, la influencia de este precepto, además de otros instrumentos jurídicos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966, se refleja de forma evidente en el reconocimiento del derecho de huelga que se realiza en el art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) en varios aspectos: su relación directa con el derecho a la negociación colectiva, la utilización de expresiones como "conflicto de intereses", la admisibilidad de "acciones colectivas", incluyéndose de forma expresa dentro de las mismas el derecho de huelga, o la atribución del derecho a emprender tales acciones colectivas tanto a trabajadores como empresarios[13]. No obstante, y como rasgo diferenciador, en el art. 20 CDFUE se establece que el derecho de negociación y acción colectiva tiene que articularse de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales[14].

La redacción y ubicación que articula la Carta Social Europea del derecho de huelga suscita, entre otras cuestiones, que deba concretarse cuáles son esas "acciones colectivas" que pueden

[11] Monereo Pérez, J.L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho de huelga (Artículo 6 de la Carta Social Europea Revisada)", en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 533 y sigs.; Salcedo Beltrán, M.C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea,* Albacete, Bomarzo, 2014, págs. 37 y sigs.; *Ibid.,* "Derechos sociales y su garantía: La ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea", en *Revista de Derecho Social,* núm. 83 (2018), págs. 45 y sigs; Cabeza Pereiro, J.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012, pp. 43 y ss.

[12] Salcedo Beltrán, M.ª. C.: "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*¸ núm. 13, 2016, pp. 27 y ss.

[13] Garcia Murcia, J.: "La huelga en el derecho de la comunidad europea: una visión desde el sistema español", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2009, pp. 2 y ss.

[14] 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.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 537.

articularse y los límites que pueden imponerse desde el convenio colectivo al respecto ya que el art. 6.4 matiza que "*sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor*". Podría llegar incluso a entenderse que las únicas huelgas válidas sean aquellas realizadas en el seno de la negociación de un convenio colectivo para alcanzar la firma del mismo. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales (cuya tarea es vigilar el cumplimiento de los derechos consagrados en la Carta y pronunciarse sobre las quejas que pueda recibir[15]) consolida que los derechos de negociación colectiva y de acción sindical reconocidos en el art. 6 de la Carta Social Europea, representan una base esencial para el cumplimiento de otros derechos fundamentales garantizados en la misma, debiéndose tomar como punto de partida los Convenios de la OIT en esta materia y la doctrina emanada por sus órganos de interpretación[16]. El art. 6.4 CSE (y no se olvide que tiene rango de Tratado Internacional[17]) ha sido objeto de una interpretación restrictiva como limitación excepcional del derecho de huelga por el Comité Europeo de Derechos Sociales, el cual hace reclamo expresamente del art. 31 CSE ("Restricciones") de la CSE de 1961[18].

Igualmente debe destacarse que la Carta Social Europea acoge una titularidad del derecho de huelga con una textura abierta precisamente tratando de conciliar los diversos modelos jurídicos

[15] 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.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 533 ss., en particular, pp. 537-543; Nogueira Guastavino, M.: "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 20.

[16] Significa fue también la queja contra el Gobierno de España relativa al derecho de huelga, pero dirigida al Comité de Libertad Sindical de la OIT. La queja fue presentada contra el Gobierno de España por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT). Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, Caso núm. 3093. Básicamente, se alegaba por las organizaciones querellantes que ciertas disposiciones de la legislación penal española, así como su utilización por las autoridades, conducían a una represión penal excesiva que vulnera el derecho de huelga. Según las organizaciones querellantes el tratamiento penal estaba siendo aplicado de forma generalizada con miras a criminalizar el ejercicio del derecho de huelga, habiéndose dado casos concretos de condenas a elevadas penas de prisión de sindicalistas que participaban en piquetes de huelga. En el Informe del Comité de Libertad Sindical se exige que se le mantenga informado de la evolución de la preocupante situación aducida. El texto de las alegaciones y del Informe se recogen en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 11 (2016), págs. 1099-1115. Las quejas ante el Comité de Libertad Sindical han estado al orden del día en aspectos individuales y colectivos/sindicales. Véase respecto a la reforma laboral de 2012, Guamán Hernández, A.: "Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012: Una nueva muestra de la importancia del Derecho Laboral Internacional", en *Revista de Derecho Social,* núm. 66 (2014), pp. 201 y ss.

[17] En este sentido debe recordarse el canon interpretativo imperativo ex art. 10.2 CE, en relación con el art. 96 de la misma Norma Fundamental. Igualmente, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, establece que "Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados" (art. 29. "Observancia"); y asimismo indicando que inequívocamente que: "Las normas jurídicas contenidas en los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional" (Art. 31. "Prevalencia de los tratados"). De interés sobre el control de convencionalidad es la importante y clarificadora STC. 140/2018, de 20 de diciembre.

[18] En la vigente versión de la Carta Social Europea Revisada de 1996, conforme al art. G ("Prohibiciones") de la Parte IV, establece que: "1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en el Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto a los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres. 2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas". Véanse las Conclusiones XIX-3 (2010) y XX-3 (2014), en las que el Comité de Derechos Sociales falla en el sentido de declarar la disconformidad con el art. 6.4 CSE por la legislación, dado que autoriza a imponer un arbitraje obligatorio para poner fin a una huelga vulnerando los límites estrictos establecidos ex art. 31 CSE de 1961 (en la versión vigente: art. G ("Prohibiciones") de la Parte IV de la CSE Revisada de 1996).

de los Estados miembros al respecto, estableciendo que los sujetos titulares son "los trabajadores y empleadores", y primando en este caso la dimensión individual.

En la Carta comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989, estos derechos se engloban bajo la rúbrica de la "libertad de asociación y negociación colectiva", en los términos siguientes: "*11. Los empresarios y trabajadores de la Comunidad Europea tienen derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales. Todo empresario y todo trabajador tiene derecho a adherirse o no libremente a tales organizaciones, sin que de ello pueda derivarse ningún perjuicio personal o profesional para el interesado. 12. Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos. El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea, que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular interprofesional y sectorialmente. 13. El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos. Para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales, la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimiento. 14. El ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros determinará en qué condiciones y en qué medida los derechos contemplados en los artículos 11 a 13 son aplicables a las fuerzas armadas, a la policía y a la función pública*".

Del mismo modo, de este reconocimiento específico que realiza la Carta comunitaria de 1989, cabe destacar la vinculación directa de estos derechos colectivos de negociación, acción colectiva y de huelga con el derecho de acción y de libertad sindical. Precisamente, el art. 11 ("libertad de reunión y asociación") del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos), establece esa estrecha vinculación: "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado*".

En ese sentido, si bien en una fase inicial el TEDH mantuvo una postura restrictiva en cuanto al contenido del derecho de asociación sindical, negándose a incluir en el núcleo esencial del mismo al derecho de huelga, progresivamente ha ido evolucionando y acogiendo la doctrina de la OIT, considerándolo como uno de los medios principales para la acción sindical y debiéndose examinar en cada caso si las limitaciones que se le imponen son justificadas, proporcionales y adecuadas.

En efecto, el TEDH ha mantenido abiertas resistencias a incluir en el ámbito de protección del art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, las más características manifestaciones de la acción sindical, señaladamente la negociación colectiva y la huelga. Como indicábamos, la jurisprudencia del TEDH ha experimentado una muy relevante evolución en relación con los derechos de acción sindical[19], habiéndose terminado por reconocer la integración de las dos más significativas manifestaciones de tales derechos, como son la negociación colectiva y la huelga, en el ámbito de

[19] *Vid.* al respecto Durán López, F.: "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145, 2018, pp. 317 y ss.

imputación normativa del citado art. 11 CEDH y, por consiguiente, en el ámbito de su protección. El TEDH considera que el derecho de huelga no se encuentra expresamente reconocido en el art. 11 CEDH[20], pudiendo ser sometido por la legislación interna a una reglamentación limitativa. Tal ha sido el criterio que se ha venido sustentando hasta fechas recientes[21].

Detalladamente puede señalarse en esa primera fase más restrictiva en cuanto al ámbito de aplicación del art. 11 CEDH con referencia a la libertad sindical, que la citada sentencia considera acorde con los arts. 11 y 14 CEDH, la denegación de beneficios de retroactividad por pertenecer a organización sindical convocante de huelgas selectivas ya que el CEDH protege la libertad de defender los intereses profesionales de los afiliados a través de la acción colectiva y los Estados disponen de libertad en la elección de los medios, incluida la restricción del derecho de huelga. Se afirma, en esta sentencia[22], que la denegación de concesión de incrementos salariales por pertenecer a un sindicato que convocó la huelga sin haberla secundado los demandantes no viola el principio de prohibición de discriminación al entender que la solidaridad existente hace extensibles sus consecuencias a todos los afiliados, siendo legítima y proporcional la medida, alegándose el principio sueco por el que la huelga destruye la retroactividad[23].

Transcurridos casi treinta años desde la mencionada resolución, el TEDH se enfrentó de nuevo al problema de fondo con dos decisiones judiciales[24]. En la primera decisión fue objeto de la demanda una resolución judicial nacional que había prohibido a un sindicato de funcionarios el derecho a convocar una huelga a resultas de la negativa de los hospitales de suscribir un acuerdo colectivo cuyo propósito primordial era asegurar las condiciones de empleo en un grupo de empleados como consecuencia de la transferencia parcial de sus actividades a un consorcio de entidades privadas. Este tribunal, tras recordar que el art. 11.1 no incluye de manera expresa el derecho de huelga, no duda en afirmar que la prohibición de una huelga puede revelar una restricción de la libertad de asociación, lo que se garantiza en este precepto. Por otro lado, en el segundo asunto, lo que se discute es la validez de un reglamento noruego que prohibía movimientos huelguísticos en el sector de la industria del petróleo y del gas en el Mar del Norte. Al igual que en el supuesto anterior, el TEDH al recordar la exclusión del derecho de huelga del ámbito de protección del art. 11, entiende que, al supuesto enjuiciado, en atención a que esos movimientos fueron proscritos una vez que se había autorizado la celebración durante 36 horas de una huelga, es de aplicación el reseñado precepto y, por consiguiente, ha de verificarse si la restricción se ajusta a las exigencias del texto convencional[25].

El método utilizado por el TEDH en el que niega que el art. 11 del CEDH consagre el derecho de huelga al mismo tiempo que confiere la condición de ser una de las manifestaciones más relevantes de los derechos sindicales, va a continuar a través de una sucesión de pronunciamientos dictados en los años finales de la primera década del presente siglo, en todos los cuales se termina concluyendo con la violación del Convenio. Será la sentencia del TEDH de 12 de noviembre de 2008, asunto *Demir*

[20] STEDH 6 de febrero de 1976, asunto Schmidt y Dahlström contra Suecia [TEDH 1976\1].

[21] Valdés Dal-Ré, F.: "Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 156.

[22] STEDH 6 de febrero de 1976, asunto Schmidt y Dahlström contra Suecia [TEDH 1976\1].

[23] Salcedo Beltrán, Mª. C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 75 y ss.

[24] STEDH 10 de enero de 2002, asunto Unison (núm. 53574/1999) y STEDH 27 de junio de 2002, asunto Federation des syndicats de travailleurs Offshore et autres (núm. 38190/97).

[25] Valdés Dal-Ré, F.: "Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 156.

y Baykara contra Turquía[26], la que marque un cambio sustancial y firme en la interpretación del art. 11 CEDH muy especialmente en cuanto al derecho de negociación colectiva[27]. Respecto al derecho de huelga deben destacarse, entre otras, la sentencia del TEDH de 27 de marzo de 2007, asunto *Karacay contra Turquía*[28], en la que se indica que el derecho de huelga constituye uno de los más importantes derechos sindicales, aunque existan otras, remarcándose que una restricción de este derecho vulnera el art. 11 CEDH[29].

Especialmente significativa es también la sentencia del TEDH de 21 de abril de 2009, asunto *Enerji Yapi-Yol contra Turquía*[30], en la que relega al derecho a la negociación colectiva a un simple derecho de súplica colectiva si no le acompaña el derecho de huelga. Considera esta sentencia, basándose en la doctrina de la OIT, que la huelga, por la cual las organizaciones sindicales consiguen hacer oír su voz, constituye un aspecto fundamental en la protección de los intereses de las personas afiliadas a las organizaciones sindicales, constituyendo un corolario indispensable del derecho de negociación colectiva[31]. Más detenidamente, en esta sentencia[32], el demandante, un sindicato turco de funcionarios, califica como contraria a la libertad sindical una circular del Gobierno que prohíbe las huelgas para ese colectivo de empleados públicos. En este pronunciamiento el tribunal no entra a debatir si el derecho de huelga constituye o no un elemento esencial de la libertad sindical, pero entiende que la mencionada circular, al vedar de manera absoluta a todos los funcionarios el derecho de huelga, sin haber procedido a valorar los imperativos establecidos en el art. 11.2 CEDH, no responde a una necesidad social imperiosa, resultando desproporcionada para el disfrute por el sindicato de los derechos consagrados en el citado precepto y, en efecto, reconociendo la violación del mismo[33].

En cuanto a los efectos de ejercitar el derecho de huelga[34], el TEDH mantiene su configuración como derecho y por tanto el trabajador no puede ser sancionado ni sufrir represalias a causa de su participación en una huelga convocada por una organización sindical, incluso en casos en los que el ejercicio del derecho no se había vinculado directamente con la negociación de un convenio colectivo[35], ni tampoco ser despedido por participar en un piquete[36], amparada tal posibilidad por el derecho de reunión pacífica recogido en el art. 11 CEDH; siendo obviamente lícito el correspondiente

[26] STEDH 12 de noviembre de 2008, asunto Demir y Baykara contra Turquía [JUR 2008\350504].

[27] Fernández Prol, F.: "Derecho de huelga en contextos de descentralización empresarial: jurisprudencia interna y perspectivas en los marcos internacional y europeo", en *Revista de Derecho Social*, núm. 69, 2015, pp. 181 y ss.

[28] STEDH 27 de marzo de 2007, asunto Karacay contra Turquía [JUR 2007\87367].

[29] Nogueira Guastavino, M.: "La huelga en el Derecho Internacional y la protección multinivel", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 24.

[30] STEDH 21 de abril de 2009, asunto Enerji Yapi-Yol contra Turquía [TEDH 2009\40].

[31] Cabeza Pereiro, J.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012, pp. 43 y ss.

[32] STEDH 21 de abril de 2009, asunto Enerji Yapi-Yol contra Turquía [TEDH 2009\40].

[33] Valdés Dal-Ré, F.: "Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.) *et al*: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 157.

[34] Sobre los efectos de la huelga *vid.* Ferrando García, F.: *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, Navarra, 1999, *passim*.

[35] STEDH 12 de septiembre de 2011, asunto Palomo Sánchez contra España [TEDH 2011\68].

[36] Para mayor abundamiento, *vid.* Goerlich Peset, J. Mª.: "Libertad de no adhesión y efectividad de la huelga: los piquetes y los límites de su actuación", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 359 y ss. Sobre los piquetes o "*picketing*" en Reino Unido, *vid.* Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho*; estudio preliminar de J. Mª. Galiana Moreno, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019, pp. 449 y ss.

descuento de haberes salariales, así como la inexigibilidad al empresario de que acepte el trabajo en condiciones irregulares por parte del trabajador que se suma a la medida del conflicto[37].

Recuérdese, por otra parte, que con arreglo al art. 6.3 del TUE: "*los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales*" (aparte del mandato imperativo previsto en el apartado 2 de dicho precepto, de acuerdo con el cual, "*la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*"). De manera harto significativa, esa vinculación intrínseca es apreciable en el Convenio OIT, núm. 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

No obstante, se plantea un grave problema en cuanto a la garantía del derecho de huelga ya que conforme el art. 153.5 TFUE, "*las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*". Lo que, salvo reforma constitucional europea, impide dictar una legislación comunitaria sobre la huelga, lo cual, junto con la prohibición de regulación europea en materia de libertad sindical, *impide hic en nunc la construcción de un completo Derecho Sindical en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea*[38]. En efecto, no se podrá promulgar una legislación comunitaria armonizadora. A pesar de esa limitación de tipo competencial, no cabe duda del dato normativo de que la Carta reconoce el derecho de huelga y que será posible su invocación, como principio general del derecho comunitario, frente al TJUE ante actuaciones llevadas a cabo por la Unión Europea en la esfera de las competencias que tiene atribuidas en el sistema de los Tratados[39].

Así puede comprobarse, entre otros casos, en los asuntos *Federation, Finnish Seamen's Union* o *Laval un Partneri*[40], que versan sobre conflictos en los que estaban involucrados derechos sociales de carácter colectivo como la huelga donde el competente es el derecho interno de los Estados miembros, y libertades fundamentales de establecimientos y de libre prestación de servicios (con la idea de solidaridad y apoyo mutuo entre los diferentes sectores y ciudadanos[41]). El elemento común de estas sentencias radica en la práctica empresarial dirigida a aprovecharse de las diferencias en las condiciones laborales entre los distintos Estados miembros, apoyando tal conducta en las libertades de circulación reconocidas por el Tratado de la Comunidad Europea, examinándose todo ello a la luz del art. 49 TFUE y de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado

[37] STEDH 28 de octubre de 2010, asunto Trofimchuk contra Ucrania [JUR 2010\360208].

[38] La prohibición del art. 153.5 TFUE, actúa como una *norma de orden público comunitario*, que impide que las instituciones políticas de la Unión Europea puedan establecer una regulación comunitaria armonizadora en esta materia de gran relevancia, salvo que, como es obvio, se modifique el sistema de los Tratados de la Unión. En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

[39] Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (art. 28)", en Monereo Atienza, C. (Dir. y coord.) y Monereo Pérez, J. L. (Dir. y coord.) *et al*: *La Europa de los derechos: estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, p. 661.

[40] STJUE 11 de diciembre de 2007, asunto International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra OÜ Viking Line Eesti, C-438/05 [TJCE 2007\357] y STJUE 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05 [TJCE 2007\390].

[41] Baylos Grau, A.: "Derecho de huelga, crisis económica y gestión sindical del conflicto", en *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014, p. 31. También Baylos Grau, A.: "Huelga y conflicto en una nueva transición constituyente", en *Gaceta sindical: reflexión y debate*, núm. 23, 2014, pp. 775 y ss.; Salcedo Beltrán, M.C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2014, págs. 37 y sigs.

en el marco de una prestación de servicios, terminando el TJUE por sacrificar derechos sociales y "constitucionalizar" el *dumping* social[42].

Tomando conciencia de esta situación se elaboró la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, de 21 de marzo de 2012, el denominado Reglamento Monti II. Las consideraciones que vierte la Comisión Europea en la Exposición de Motivos de la propuesta ofrecen una valoración más positiva de estas sentencias, resaltando que se ha reconocido por primera vez que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo[43], incluido el derecho de huelga, es un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión Europea cuyo respeto garantiza el TJUE (apartado 44 de la sentencia en el asunto *Viking Line*[44] y apartado 91 de la sentencia en el asunto *Laval*[45]), y que además constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado. La protección de los trabajadores figura, por tanto, entre las razones imperiosas de interés general reconocidas por el TJUE.

No obstante, reconoce la Comisión que estas sentencias han provocado un amplio e intenso debate sobre sus consecuencias para la protección de los derechos de los trabajadores desplazados y, de manera más general, sobre la medida en que los sindicatos pueden seguir protegiendo los derechos de los trabajadores en situaciones transfronterizas. Concretamente, han suscitado controversia acerca de la adecuación de las normas de la Unión Europea en vigor para proteger los derechos de los trabajadores en el contexto de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento (así se refleja en el Informe de 19 de marzo de 2010 relativo a los trabajos conjuntos de los interlocutores sociales europeos sobre las sentencias del TJUE en los asuntos *Viking Line*[46], *Laval*[47] y *Rüffert*[48]). Por tanto, la frustrada propuesta de Reglamento Monti II es reflejo de la gran tensión política y sindical en el seno de las instituciones comunitarias. No obstante, lejos de calmar la situación, ha recibido

[42] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?", en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pp. 83 y ss. Escribano Gutiérrez, J.: "Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar* social, núm. 101, 2009, pp. 243 y ss. Guamán Hernández, A.: "La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line. Comentario a la STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05 (TJCE 2007, 357)", en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pp. 1326 y ss. Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Huelga transnacional y libertades económicas", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.) *et al*: *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1079 y ss. Mendoza Navas, N.: "La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 121 y ss. Fotinopoulou Basurko, O.: "La huelga en el derecho de la UE desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 161 y ss. Baylos Grau, A.: "El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción", en *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, pp. 123 y ss.

[43] *Vid.* Cabeza Pereiro, J.: "Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008, pp. 57 y ss. También Baylos Grau, A.: "Derecho de huelga y medidas de conflicto", en AA. VV.: *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018, pp. 1157 y ss.

[44] STJUE 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra OÜ Viking Line Eesti, C-438/05 [TJCE 2007\357].

[45] STJUE 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05 [TJCE 2007\390].

[46] STJUE 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra OÜ Viking Line Eesti, C-438/05 [TJCE 2007\357].

[47] STJUE 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05 [TJCE 2007\390].

[48] STJUE 3 de abril de 2008, Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen, C-346/06 [TJCE 2008\6].

las críticas y la oposición del movimiento sindical europeo, habiéndose manifestado tajantemente en este sentido el Comité Ejecutivo de la Federación Europea de Servicios Públicos, rechazando las sentencias del TJUE al respecto por entender que posibilitan el *dumping* social y que se sustentan en la consideración de los trabajadores como mercancías[49]. Lo que queda claro es que, ante la mercantilización de los derechos sociales, debe apostarse por la integración positiva entre los derechos sociales colectivos, de carácter nacional, y las libertades de circulación de trabajadores, de carácter comunitario, aplicándose (como efectivamente hace el TJUE) la técnica del balance, consistente en el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En suma, la jurisprudencia del TJUE en materia de huelga y conflictos colectivos viene vinculada a las libertades económicas de la propia Unión Europea. Es así que, en los asuntos *Viking*[50] y *Laval*[51], el citado tribunal subordina los derechos de huelga y conflicto colectivo a los derechos económicos de la Unión[52], aun cuando queda reflejado que las acciones colectivas, incluido el derecho a la huelga, son derechos fundamentales, su eficaz ejercicio queda restringido cuando con ello se limiten los derechos de libre circulación y de libre prestación de servicios[53].

Por otro lado, no cabe duda de la transcendencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en cuyo art. 8.1 se establece que "*los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar Federaciones o Confederaciones Nacionales, y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la Ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país*". En efecto se reconoce el derecho de huelga como lo que es en puridad, un derecho social de libertad fundamental, vinculado pero diferenciado respecto de los derechos de sindicación y negociación colectiva. Al respecto, puede observarse como la ubicación del derecho de huelga en este texto normativo junto al derecho a la libertad sindical, ya indica la intensa conexión que guarda con el resto de los derechos laborales de carácter colectivo[54].

---

[49] 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, Comares, 2017, p. 540.

[50] STJUE 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra OÜ Viking Line Eesti, C-438/05 [TJCE 2007\357].

[51] STJUE 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05 [TJCE 2007\390].

[52] López Rubia, E. y Urrutikoetxea Barrutia, M.: "La huelga en el derecho supranacional y su eventual impacto en la regulación estatal del derecho a la huelga", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 224 y ss.

[53] Mendoza Navas, N.: "La huelga y las acciones colectivas transnacionales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.) *et al: El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 123. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?", en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, 2008, pp. 83 y ss.

[54] 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*

En lo que se refiere al marco normativo de la OIT, la Resolución sobre la abolición de la legislación antisindical en los Estados Miembros de la OIT adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957 y en la Resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles adoptada por la Conferencia en 1970, así como en varias resoluciones de Conferencias Regionales y Comisiones Sectoriales de la OIT, y como por otros organismos internacionales, se han mostrado tajantes en la reafirmación del derecho de huelga al entender que los derechos sindicales en su sentido más amplio acogen también al derecho de huelga y que, por tanto, es preciso garantizar la protección del ejercicio del mismo, sustentándolo implícitamente en el Convenio de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); y ello, a pesar de que ciertamente no haya normativa expresa de la OIT que así lo establezca[55].

La OIT determina que la huelga es un medio de acción esencial del que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses, constituyendo un derecho fundamental, aunque no es un fin en sí mismo sino el último recurso del que disponen las organizaciones de trabajadores, ya que sus consecuencias son graves no sólo para los empleadores sino también para los trabajadores, sus familias y las propias organizaciones y en ciertas circunstancias para terceros. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha ido desarrollando progresivamente cierto número de principios relacionados con el derecho de huelga, y ello a pesar de la ausencia de una disposición específica sobre la huelga en el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), por lo que se ha basado esencialmente en el art. 3 del citado Convenio que viene a consagrar el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizar sus actividades y a formular sus programas de acción, y en el art. 10 del mismo Convenio donde se indica que el objetivo de estas organizaciones es fomentar y defender los intereses de los trabajadores.

Asimismo, otros instrumentos de la OIT también se refieren al derecho de huelga, especialmente el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), que prohíbe el uso de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio como castigo por haber participado en huelgas, y la Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), que indica que debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a cierres patronales mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral, y que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga.

Con el paso del tiempo, los órganos de control de la OIT han ido precisando una serie de elementos en relación con el ejercicio pacífico del derecho de huelga, sus objetivos y las condiciones de su ejercicio legítimo. Dichos elementos pueden sintetizarse en los siguientes: 1) El derecho de huelga es un derecho del que deben gozar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones). 2) Se reconoce como uno de los medios esenciales del que disponen los trabajadores para defender sus intereses a través de sus organizaciones; por ello, deben limitarse las categorías de trabajadores a las que pueden privarse de este derecho; así como las restricciones a su ejercicio que pueden imponerse en las legislaciones. 3) El objetivo de las huelgas debe consistir en promover y defender los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Y 4) el ejercicio legítimo del derecho de huelga no puede dar lugar a sanciones de ningún tipo, lo cual, equivaldría a actos de discriminación antisindical. En consecuencia, sin perjuicio de las restricciones autorizadas, la prohibición general de la huelga es incompatible con el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), aun cuando los órganos de control acepten la prohibición de las huelgas salvajes. Además, la Comisión considera que debería reconocerse el

internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014, p. 920.

[55] Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H.: *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 2000, pp. 7 y ss.

derecho de huelga a las federaciones y confederaciones, ya que son ellas las que frecuentemente las convocan[56].

No obstante, se aprecian peligrosas tendencias por parte de la patronal en el sentido de excluir el derecho de huelga del bloque de derechos sindicales, como ha podido advertirse en la Conferencia Internacional del Trabajo, 101.ª de 2012, defendiendo el Grupo de los Empleadores en la Comisión de aplicación de normas de la Conferencia Internacional del Trabajo que el derecho de huelga no tiene ningún fundamento jurídico en los convenios sobre libertad sindical, manteniendo asimismo el Grupo de los Trabajadores que el derecho de huelga era un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio OIT núm. 87 y por los principios enunciados en la Constitución de la OIT. La Comisión concluye que ha expresado extensamente en el pasado sus opiniones sobre el por qué el derecho de huelga forma parte del Convenio OIT, núm. 87[57]. Y hay que tener en cuenta que todos los instrumentos normativos de la OIT han de ser interpretados dentro del "Sistema Universal de Garantía de los Derechos Humanos", y nunca de manera aislada[58]. Y lo que aquí más interesa, se puede afirmar que el derecho fundamental de libertad sindical es irreconocible y quedaría enteramente desnaturalizado y privado de efectividad real sin comprender en su contenido esencial a los derechos de huelga y de negociación colectiva como *derechos de acción sindical/colectiva*. Sobre esta premisa básica están construidos los Convenios OIT, núm. 87 (1948), y núm. 98 (1949) y el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, con rango de Tratado Internacional de la ONU, de 19 de diciembre de 1966, en cuyo art. 8, apartado 1º, se establece nítidamente que los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar los derechos de libertad sindical, incluido: "d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país". Y, adviértase, que lo que se remite a los Estados no es el reconocimiento/garantía, sino tan sólo "el ejercicio" de este derecho social fundamental de libertad.

Por último, el Convenio sobre la negociación colectiva OIT, núm. 154 de 1981, se preocupa del fomento de la negociación colectiva y de evitar los obstáculos institucionales a la libertad de negociación colectiva. Por lo pronto, el art. 2 del Convenio trata de acotar una definición y el alcance de la negociación colectiva indicando que "*a los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende toda la negociación que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las*

[56] 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, Comares, 2014, p. 920.

[57] 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, Comares, 2014, pp. 917 y sigs. Sobre los diálogos de la OIT, *vid.* ROJAS RIVERO, G. P.: "El reconocimiento internacional del derecho de huelga y el sistema de control de normas de la OIT", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 5, 2015, pp. 105 y ss.

[58] Monereo Pérez, J. L.: "Teoría General de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 22 DUDH, Preámbulo y Artículos 1 a 5 PIDESC y Concordantes)", 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 pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 445-514. En general, en esta obra colectiva, de 1043 páginas en apretada escritura, se lleva a cabo un estudio completo de todas las normas fundamentales de la OIT y de los Pactos Internacionales, en conexión con los demás instrumentos del Derecho Internacional General del Trabajo y del Derecho Internacional Regional del Trabajo.

relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

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

En términos de conjunto, el art. 28 CDFUE reconoce derechos sociales fundamentales, que, en consonancia con la normativa internacional, se atribuye bilateralmente a "*los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*". Son típicamente derechos colectivos o sindicales que contemplan a los trabajadores y empresarios como personas social y colectivamente "situadas" en el mundo del trabajo. En caso de la negociación colectiva es un derecho de titularidad colectiva y la huelga es, más complejamente, un derecho individual de ejercicio colectivo, que, en calidad de tal, comprende facultades individuales y facultades colectivas. Desde esta perspectiva, el derecho de huelga es tanto un derecho humano fundamental como un medio de presión colectiva. En gran medida, por esta doble dimensión, a la vez individual y colectiva, el derecho fundamental a la huelga se encuentre tan limitado respecto a otros derechos también fundamentales de visión estrictamente individualista llamados derechos de libertad (v.gr. derecho a la libertad de expresión, derecho al honor, libertad religiosa, secreto de las comunicaciones, etcétera). Es justamente la dimensión colectiva/sindical, que los convierte en lo que podrían calificarse como derecho de acción, la que hace que sea un derecho con mayor repercusión social y potencialmente más perturbador *para todo sistema político y jurídico establecido históricamente*, pues tiende a ser percibido como una amenaza potencial para la convivencia y la estabilidad de la estructura social y productiva; consecuencia de ello, las normas que lo regulan se acercan al mismo con mayor cautela, combinando reconocimiento y garantía con obstáculos de número y consistencia, decantándose a favor de mayores limitaciones para el derecho de huelga.

Los derechos de acción colectiva (entre los que se encuentran el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga) forman parte inherente del sistema democrático. De ahí su garantía generalizada en las normas internacionales y nacionales como derechos sociales fundamentales de libertad, que en calidad de tales realizan valores constitucionales. Esto permite comprender el por qué el art. 28 CDFUE consagra el modelo de huelga-derecho, y lo hace otorgándole el máximo rango como derecho social fundamental de libertad[59].

Con todo, y atendiendo a la inserción de nuestra Norma Fundamental en el Derecho Internacional regulador del derecho de huelga, se puede afirmar que de los modelos-tipo (ideales) individualizados por la doctrina desde el punto de vista fundamentalmente de los objetivos y de la función (modelo "contractual", modelo "laboral" y modelo "dinámico" o sociopolítico)[60] parece

[59] Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (artículo 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, Comares, 2012.

[60] *Vid*. Martin Valverde, A.: "El derecho de huelga en la Constitución de 1978", en *RPS,* núm. 121, 1979, pp. 227 y ss.; Valdés Dal-Ré, F.: "Límites al derecho de huelga: apuntes críticos", en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 3, 1977, p. 16. La construcción se sitúa en la perspectiva de análisis de los objetivos o fines que el ordenamiento reconoce a este "arma de lucha". Vistos, así, desde la perspectiva del "lado interno" al Derecho, todos estos enfoques

quedar rechazado claramente en la Constitución el "modelo contractual" puro y tener, sin embargo, acogida dentro de la relativa fórmula abierta[61] que en ella se consagra los modelos de huelga "laboral" y "dinámico o sociopolítico"[62] (que permiten conectar la huelga con el concepto de trabajador por cuenta ajena y la defensa de todos sus intereses frente a cualquier instancia y que, en consecuencia, se aparta del modelo restrictivo de "huelga contractual"). En primer lugar, al referir la norma a "los trabajadores" y a la "defensa de sus intereses" sin restricción. En segundo lugar, atendiendo a una interpretación sistemática del art. 28.2 CE con el sistema de principios constitucionales y la función promocional impuesta a los poderes públicos de promover la realización efectiva de los principios de libertad e igualdad sustancial (arts. 7, 9.2 y 37 CE)[63]. Desde el modelo "sociopolítico", que es el que mejor conviene al sistema de pluralismo político-jurídico trazado en el texto constitucional, la huelga es un medio de autotutela colectiva de las clases trabajadoras en todos los ámbitos de la vida social y política en tanto que queden implicados los intereses colectivos y generales de los trabajadores y, por consiguiente, es proyectable *erga omnes* y con alcance material omnicomprensivo[64].

deben ser puestos en relación con el modelo histórico-evolutivo de análisis del derecho de huelga, el cual remite a la tipología clásica de Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en *Riv. giur. lav.*, I, 1952, pp. 221 y ss., que, como se sabe, reenvía a la distinción entre los sistemas normativos de "huelga-delito", "huelga-libertad" y "huelga-derecho". Es interesante la exposición de los distintos modelos normativos de la huelga, al hilo de la evolución jurisprudencial, hecha en el excelente ensayo de Borrajo Dacruz, E.: "Poder normativo y poder judicial en la elaboración del nuevo Derecho del Trabajo", en *Actualidad Laboral*, núm. 43, 1992, pp. 768 y ss.

[61] Que, como ha indicado el Tribunal Constitucional, admite distintas elecciones de política legislativa en el desarrollo de las previsiones constitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 7 [RTC 1981\11]).

[62] Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Huelga sociopolítica", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.): *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1071 y ss.

[63] 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, Comares, 2002.

[64] Proyectividad "frente a todos" que, como de inmediato se verá, es sencillamente inherente a la categorización jurídico-constitucional del derecho de huelga como derecho de la persona, en la contemplación de su dimensión al mismo tiempo de "hombre abstracto" y "hombre específico". Ello se corresponde también con el pluralismo jurídico y político-social que inspira el texto constitucional; concepción pluralista en la que el hombre es considerado no sólo en su dimensión global y abstracta, sino también en sus proyecciones sociales específicas, como perteneciente a distintos grupos y clases sociales y en relación a la multiplicidad de centros de poder que caracteriza al "Estado de pluralidad de clases" (o Estado del "capitalismo avanzado"). Esto permite comprender que el derecho de huelga es un derecho social de libertad, que no contempla al hombre aislado, sino "situado" en unidades o grupos sociales (las clases trabajadoras) (cfr. arts. 1.1, 9.2 y 10.1 CE). Sobre el "Estado de pluralidad de clases", consúltese Giannini, M. S.: *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, trad. L. Ortega, Madrid, Civitas, 1991, pp. 85 y ss. El art. 2 de la Constitución de la República Italiana es especialmente significativo respecto a esa concepción pluralista del hombre y del desarrollo de su personalidad y, por consiguiente, respecto al alcance mismo de los "derechos de la persona". En ella se afirma: "*la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre ya sea como individuo ya sea en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad*". Siendo utilizado, en este contexto, el concepto de formación social "*en un sentido comprensivo de todas las entidades supraindividuales con una base asociativa, voluntaria o necesaria (como la familia), corporativas o institucionales, provistas o carentes de personalidad jurídica*". Cfr. Bobbio, N.: "Voz formación social", en Bobbio, N. y Matteucci, N.: *Diccionario de política*, Buenos Aires, Siglo xxi, 1982, Tomo V.I, pp. 717 a 720. Para la significación política y jurídica de los "derechos sociales", es imprescindible la consulta de la obra clásica de Gurvitch, G.: *La idea del Derecho,* traducción, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. La versión originaria, *L'idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, París, Sirey, 1932 (reimpresión alemana en 1972). Sobre sobre su pensamiento, con particular referencia a su concepción del derecho social como derecho de libertad y autonomía, véase Monereo Perez, J. L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., pp. 69 y ss.
De la formulación constitucional del derecho de huelga en nuestra Constitución se podría decir, con frase afortunada de Branca, G.: "Riflessione sullo sciopero económico", en *Riv.di Diritto Civile*, I, 1968, p. 368, que con el art. 28.2 CE, "*se ha legalizado la lucha de clases: no para la conquista del poder político, sino para la conquista de más justas posiciones económico-sociales*", citado por Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1990, 5º edición, p. 438. Ahora bien, esta perspectiva debe ser matizada porque la tentativa de inserción de la huelga, como instrumento de la lucha de clases, en la legalidad del Estado capitalista tiene una naturaleza contradictoria, toda vez

Ahora bien, en el fondo los objetivos legítimamente perseguibles con la huelga están determinados por la función constitucional atribuida al derecho de huelga. En este sentido, el desarrollo de las previsiones constitucionales por la regulación legislativa no tiene tanto un valor "constitutivo" como fundamentalmente "aclaratorio". Se trata de un principio de valor constitucional, no meramente legal. En tal sentido, el PLOHN (art. 5.1.a) y art. 5.1.a) del Proyecto aprobado por el pleno del Congreso en 1992/1993[65], en adelante PLOHC), extendía el espacio de los objetivos sociopolíticos perseguibles mediante la huelga al considerar tan sólo como ilegales "*las huelgas que tengan por objeto subvertir el orden constitucional*". Por otra parte, en dicho proyecto, la huelga de solidaridad ("interna" y "externa") no era considerada huelga ilegal[66].

Como es lógico -y coherente con el relativo sistema abierto que instituye- la Constitución tampoco ofrece o aporta una definición de la huelga y, en general, respecto al modo de actuar del fenómeno huelguístico[67]. El constituyente ha sido consciente de que el Derecho por ella construido es un sistema abierto, en una sociedad en transformación y que si desea ser perdurable y coherente

que al mismo tiempo que el derecho tiene el valor de ser reconocido también es por ello mismo "domesticado". *Vid*. Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en Calamandrei, P. (aut.) y Cappelletti, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, pp. 456 y 457. Es un razonamiento archiconocido de este autor respecto al sometimiento de la huelga-derecho a la dialéctica jurídica, según la cual "*desde el momento en que la huelga ha aceptado convertirse en un derecho, se ha adaptado, necesariamente, a que sean prefijadas condiciones o restricciones en su ejercicio, que, si no son establecidas por la ley, deberán ineluctablemente, antes o después, ser diseñadas, sobre la base del art. 40 de la Constitución, por la jurisprudencia*". Vida Soria puso de manifiesto en el debate parlamentario de la Constitución (Sesión Plenaria núm.35, celebrada el 28 de septiembre de 1978. "Cortes. Diario de Sesiones del Senado", Año 1978, núm.61, p. 3037) la vertiente más relevante de la significación política del reconocimiento constitucional del derecho de huelga: "*no es una concesión que le hace la burguesía a la clase obrera; es todo lo contrario, es una muestra de madurez de la clase obrera, que acepta que su arma más destructiva entre dentro del mecanismo del ordenamiento jurídico: es la clase obrera la que cede y concede a la burguesía el entrar, porque no tendría por qué hacerlo*".

[65] Proyecto de Ley Orgánica de Huelga y medidas de conflicto colectivo (Texto remitido al Congreso de los Diputados el 21 de mayo de 1992), aprobado en el Congreso por mayoría, luego también autorizada en la Cámara Alta, en abril de 1993, y vuelta al Congreso para la tramitación de enmiendas, detuvo su camino. El Proyecto Ley Orgánica de Huelga, en efecto, fue aprobado por el Congreso de los Diputados con los votos favorables de los diputados del PSOE, Izquierda Unida y Centro Democrático y Social y por el Pleno del Senado el 1 de abril de 1993. Sin embargo, la disolución anticipada de las Cortes Generales decidida por el Presidente del Gobierno impidió la prosecución de las fases parlamentarias siguientes necesarias para que pudiera ver luz como Ley Orgánica de Huelga. En definitiva, estamos ante una asignatura pendiente del sistema democrático de relaciones laborales más cuarenta años después de la vigencia de la Constitución Española de 1978. Por tanto, un proceso parlamentario que quedaría fatalmente interrumpido por la promulgación del Real Decreto 534/1993, de 12 de abril, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, cuando el proyecto había sido ya aprobado por el Pleno del Senado y faltaban pocas semanas para su votación definitiva en el Congreso. Ello constituyó, en sí misma, una reprochable opción de política del Derecho que privó al derecho fundamental de huelga de una regulación legal garantista.

[66] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1133; Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019, espec. 83 y ss., y 113 y ss.

[67] Esa indefinición constitucional es afirmada en la famosa STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]. Según el Alto Tribunal "*el art. 28 proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define, no lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico. Tampoco en el RDL. 17/77 la definición se comprende*". Se puede detectar un concepto amplio de huelga como "*una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y de servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este concepto amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos*" (fj. 10). Véase también, girando sobre la anterior sentencia, la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 2 [RTC 1992\123]. Como se verificará después en el sistema del PLOHN se recoge esta técnica definitoria amplia de la huelga.

con este punto de partida deberá ser reflejo de ese cambio social: deberá de adaptarse a los nuevos modelos culturales (a esa "cultura" de los derechos fundamentales)[68].

Al hilo de lo anterior, la huelga consiste necesariamente en una acción destinada a causar un perjuicio a otro (perjuicio por omisión si se quiere) y que, sin embargo, ha sido legalizada así por la Constitución. Esto supone que en la regulación de este derecho no se pueden introducir sin matizaciones principios de derecho común, como puedan ser los de buena fe o abuso de derecho (lo que significa que los mismos desaparezcan), en la medida en que ello pueda privar de efectividad a este derecho y, por tanto, vaciarlo de su contenido esencial[69]. Precisamente el TJUE ha introducido en varios pronunciamientos limitaciones especialmente problemáticas en razón de la colisión entre el derecho de huelga y las libertades económicas garantizadas en el sistema de los Tratados de la Unión, especialmente, la libertad de establecimiento[70].

La norma permite la articulación de distintas orientaciones de política legislativa con el límite que a esa regulación legal introduce el obligado respeto al "contenido esencial" del derecho. Ese contenido esencial del derecho de huelga se deduce del propio sistema constitucional y del reenvío implícito de la norma a la "cultura sindical" imperante en cada momento histórico. El texto constitucional no prejuzga los atributos de la huelga (como hecho) más allá de la perturbación concertada en el normal desenvolvimiento del trabajo en vista de la tutela de un interés colectivo de los trabajadores[71]. La abstención que actúa la huelga-derecho no produce los tradicionales efectos jurídicos subsiguientes a un deliberado acto de incumplimiento de la obligación contractual de hacer[72]. La operación interpretativa se podría calificar más exactamente de "búsqueda" de un concepto jurídico de huelga[73]. Lo que implica que el jurista no es un mero receptor de reglas ya dadas, asume un papel activo y crítico en su función. La cuestión reside en el método de hallazgo de un concepto jurídico de huelga que, en todo caso, no podrá dejar de ser abierto a la realidad subyacente.

La formulación constitucional se condensa en el reconocimiento del "derecho a la huelga". Son los dos elementos de esta fórmula los que deben ser objeto de indagación. De la delimitación de la huelga como "derecho" en el sentido subjetivo estricto del término (como situación jurídico-subjetiva activa) basta decir, por el momento, que se trata de un derecho subjetivo fundamental del trabajador[74]. Respecto a la identificación jurídica de lo que deba entenderse por "huelga", conviene hacer ahora algunas reflexiones. Teniendo en cuenta la ausencia de una definición constitucional de la huelga[75], caben dos opciones, tanto desde el punto de vista metodológico como en el plano de la política legislativa.

[68] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28, 1993, p. 70.

[69] 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, Comares, 2012, p. 659.

[70] STJUE 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05 [TJCE 2007\390]; STJUE 3 de abril de 2008, Dirk Rüffert contra Land Niedersachsen, C-346/06 [TJCE 2008\6].

[71] Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].

[72] *Vid*. García Abellán, J.: *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 51.

[73] Cfr. Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la huelga en Italia", en VV.AA.: *La huelga en Europa*, en Cuadernos de Estudios Laborales, núm. 1 (1975), p. 117.

[74] Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 y 11 [RTC 1981\11]. La STC 123/1992, 28 de septiembre, fj. 4 y 5 [RTC 1992\123], reitera esta doctrina y expresa que "*la huelga, que como hecho, consiste en la cesación o paro en el trabajo, es un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado Social y democrático de Derecho*".

[75] Como se verá, sí existe un intento legal definitorio más o menos directo, tanto en el sistema del RDLRT, como en el proyectado modelo diseñado por el PLOHN.

La primera opción es acoger el significado del "fenómeno social huelga" haciendo un reenvío a su utilización en la realidad social y en la dinámica de la praxis sindical. La segunda opción consiste en establecer un concepto legal que o bien refleje esa realidad social del "hecho jurídico" de la huelga en cada momento histórico (con lo que se tendrá un concepto "evolutivo", sujeto a una interpretación de esta naturaleza); o bien se construya, desde el punto de vista jurídico-dogmático, "apriorísticamente", obteniendo como resultado la elaboración de un concepto lógico-jurídico de huelga. Esta última construcción teórica e ideológica[76] ha asumido en la historia reciente de buena parte de los países comunitarios un supuesto método deductivo que parte de la consideración de que la huelga es un fenómeno de caracteres negativos, por lo que más que interrogarse sobre la función que le es socialmente propia (como institución social) y presumiblemente determinante de su reconocimiento como derecho constitucional, su delimitación se obtendrá mediante un marco de limitaciones institucionalmente definidas. De tal modo, que la noción jurídica vendría determinada no ya tanto (como es coherente en el sistema de derecho consagrado en el texto constitucional) por la identificación de los límites "externos" derivados del conflicto con otros intereses jurídicamente protegidos (a través de la técnica de su "ponderación"), sino por la individualización de límites "internos" o lógicos del derecho mismo, a través de una categorización formalista[77] (usando el término como descriptivo de una corriente de pensamiento y no como cualidad inherente al derecho)[78].

Esta técnica definitoria de carácter "negativo" (que, como se ha dicho, en su expresión más "fuerte" se reconduce a la teoría de los límites "internos" del derecho) conduce a una configuración "difusa" de la huelga, cuyo resultado manifiesto es una "desvalorización" del derecho de huelga que incluso puede llegar a desvirtuar su función en el sistema constitucional. Así, "difuminado" el concepto de huelga en los límites extraídos por vía "lógico-jurídica" y por su confrontación indiferenciada (indiscriminada) con otros intereses jurídicamente protegidos, se produce una pérdida de identidad del mismo a la par que queda relegado a un segundo plano[79].

No es ésta, sin embargo, la orientación que se infiere de nuestro texto constitucional, en cuyo marco la huelga parece asumir una delimitación "positiva" (art. 28.2, inc. 1º CE) y una estricta delimitación "negativa" (el límite "externo" constituido por el mantenimiento de los servicios esenciales ex art. 28.2, inc. 2º CE; aparte de que entronca directamente con los valores fundamentales del orden político construido por la Constitución).

Desde este punto de vista, el reenvío o reclamo de la realidad social de la huelga (dinámica social del derecho en el sistema de relaciones laborales) como delimitadora del alcance y contenido del derecho fundamental de huelga conduce a un planteamiento que no opera por deducciones, sino

[76] Consúltese la extraordinaria obra de Tarello, G.: *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Comunità, 1967, pp. 56 y ss., con reflexión crítica sobre el sentido político-ideológico de las tentativas de limitar el derecho de huelga. Traducción al español y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

[77] Cfr. Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la huelga en Italia", en AA.VV.: *La huelga en Europa*, en Cuadernos de Estudios Laborales, núm. 1, 1975, p. 117. Con planteamiento crítico de esta dirección metodológica Tarello, G.: *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Milano, Comunità, 1967, pp. 57-72. Mariucci, L.: "Lo sciopero nella storia dei progetti di regolamentazione legislativa (1944-1972)", en Romagnoli, U. *et al: Lo sciopero. Dalla Costituzione all'autodisciplina*, Bologna, Il Mulino, 1975, pp. 35-78.

[78] A esta teoría ideológica se le podría objetar, con Ihering, R.: *Bromas y Veras en la ciencia juridica*, trad. T. A. Banzhaf y M. S. Martínez, Madrid, Civitas, 1987, pp. 215 y ss., y 267 y ss., que se sitúa en el "cielo de los conceptos jurídicos", por lo que conviene hacerla "regresar a la tierra", con severa crítica, siendo suficiente remitir a los términos de esta, y pueden tenerse por reproducidos aquí.

[79] *Vid*. Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la huelga en Italia", en AA.VV.: *La huelga en Europa*, en Cuadernos de Estudios Laborales, núm. 1, 1975, p. 118. Casas Baamonde, M. E.: "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)", en *REDT,* núm. 24, 1985, pp. 514 y ss. Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 279.

que procede analíticamente para despejar el sentido de situaciones concretas (y que, en relación a ello, vincula la consideración de la huelga como institución jurídica y como institución social). Este parecería un método más adecuado al punto de partida que no es otro que la huelga como hecho jurídico[80] antes que "pura fórmula jurídica"[81].

En esta perspectiva de conjunto, conviene tener en cuenta que el reconocimiento del derecho de huelga constituye un elemento central de la constitución social y económica del Estado democrático pluralista. La garantía constitucional del derecho atribuye al trabajador un formidable instrumento de presión, poder y prestigio social que permite contrapesar el poder y el prestigio social de los empresarios, cuya libertad de iniciativa, a pesar de algunas limitaciones importantes y de no tener la consideración de una libertad fundamental, es también reconocida por la Constitución Española (art. 38 CE)[82].

El análisis de la fenomenología de la huelga hace posible comprender sus rasgos distintivos frente a otras instituciones laborales. En primer lugar, en su forma de expresión más genuina la huelga comporta una abstención de la prestación de trabajo por cuenta ajena. Este elemento de negatividad actúa concertadamente en solidaridad entre los participantes[83]. La huelga es garantizada en la Constitución (ex art. 28.2 CE) como un medio de presión para la autotutela de los intereses de los trabajadores. Desde este punto de vista, la huelga no es un aspecto más del sistema de relaciones laborales, antes bien, es presupuesto del mismo, porque el sistema de relaciones laborales es la respuesta al conflicto industrial, siendo la huelga su forma más genuina de expresión. Por otra parte, la huelga siendo en su esencia un fenómeno colectivo se reconduce en su proyección práctica a un encadenamiento colectivo ("serie" y "no suma") de conductas de los trabajadores singulares. De este modo, el comportamiento del trabajador es un elemento esencial del fenómeno colectivo: el trabajador individual no queda en un segundo plano en esta forma de acción directa.

Desde esta perspectiva, en la huelga la relación entre el momento individual y el momento colectivo adquiere una fuerte e inescindible vinculación. Por ello, desde el punto de vista de la técnica jurídica, la construcción que más conviene y refleja esa "simbiosis" es la que reconoce en la huelga un derecho de titularidad individual pero esencialmente colectivo en cuanto a su manifestación (el derecho comparado pone de relieve que caben otras opciones de titularidad[84]; incluso existe una tercera vía: la de titularidad diferenciada, individual y colectiva, en función de las distintas facultades

[80] Es decir, jurídicamente relevante (*vid*. Stolfi, G.: *Teoría del Negocio Jurídico",* trad. de J. Santos Briz, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 1) y con la configuración del derecho como "conjunto de realidades normadas" (*vid*. Guasp, J.: *Derecho*, Madrid, 1971, p. 12).

[81] En la línea de pensamiento, plenamente vigente en sus premisas, de que desde un prisma histórico el Derecho es algo más que el medio de gestión (organización) de la sociedad moderna, es también, y antes que nada, el resultado histórico y la expresión necesaria de esta propia sociedad. De ahí que la crítica teórica de la categoría jurídica deba convertirse en una crítica práctica de la estructura social existente, de ahí que derecho y sociedad acaben por asumir dos significados específicos distintos, si bien vinculados causalmente. El derecho es norma, volición social reguladora, al tiempo que también es institución social, articulación de la propia sociedad (*vid*. Cerroni, U.: *Introducción a la ciencia de la sociedad,* trad. D. Bergada, Barcelona, Critica, 1977, p. 155). Garcia De Enterria, E.: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho,* Madrid, Civitas, 1986, p. 81, establece que toda institución "*se singulariza por una idea institucional que es a la vez un precipitado del orden superior de valores, una pretensión organizativa de un ámbito social determinado y una clave del funcionamiento interno de todos los elementos que se componen para concretar la aplicación técnica de la institución*".

[82] *Vid*. Cella, G. P. y Treu, T. (a cargo de): *Las relaciones industriales en Italia*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 111.

[83] *Vid*. Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en Calamandrei, P. (aut.) y Cappelletti, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965, p. 448.

[84] García Murcia, J.: "Artículo 28.3: derecho de huelga", en AA. VV.: *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018: Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 652.

que integran el derecho[85]). Aparte de que su dimensión colectiva queda realzada en el plano de la naturaleza de los intereses tutelables y en cuyo orden se verifica su real funcionalidad político-jurídica.

Sobre el carácter "inescindible" de los componentes individual y colectivo[86], la doctrina parece aceptar el modelo confirmado por el Tribunal Constitucional por ser, efectivamente, un derecho complejo por su contenido[87], coincidiendo en evitar la superposición del derecho fundamental de libertad sindical (art. 28.1 CE) con el derecho fundamental a la huelga (art. 28.2 CE), por mantener, este último, su propia autonomía[88].

El sistema de huelga-derecho, en el texto constitucional es (y sobre ello se abundará más adelante con detalle) un derecho de libertad de la persona[89], no es un derecho de titularidad colectiva o sindical, aunque formen parte de su contenido facultades de ejercicio colectivo, ya que actúa el grupo organizado del que participa el trabajador[90]. La huelga constituye así una forma de expresión y reagrupamiento temporal de los trabajadores (vertiente colectiva[91]), distinta de otras formas de organización de intereses, que se expresan en sujetos colectivos, con o sin personalidad jurídica[92]. Es también un instrumento fundamental de participación de los trabajadores en la organización económica y sociopolítica en la línea del art. 9.2 CE[93]. En suma, el derecho subjetivo de huelga de los trabajadores supone la posibilidad para ellos de abstenerse del trabajo, dentro de un proceso colectivo de huelga, sin ser destinatarios de sanciones civiles por la mera suspensión de las obligaciones contractuales que la huelga conlleva[94].

---

[85] *Vid.* Thibault Aranda, J. y Gil Plana, J.: "Ámbito subjetivo del derecho de huelga", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, p. 158.

[86] Loffredo, A.: "Sull´inscindibilità di "individuale" e "colletivo" nella titolarità del diritto di sciopero", en Lofredo, A. (Coord.) *et al: La titolarità del diritto di sciopero,* Bari, Cacucci, 2008, pp. 87 y ss.

[87] Gárate Castro, F. J.: *Derecho de huelga*, Albacete,Bomarzo, 2013, *passim.*

[88] *Vid.* González De La Aleja, R.: *La titularidad del derecho de huelga en especial en la función pública. Perspectivas jurídico-críticas*, Granada, Comares, 1999, pp. 97 y 181. Lahera Forteza, J.: *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios,* Madrid, Consejo Económico y Social*,* 2000, pp. 79-130. Baylos Grau, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, Bomarzo, 2018, p. 45.

[89] Se comprobará después que es un derecho que goza de "absolutividad" en sentido técnico, es decir de proyectividad *erga omnes.*

[90] Es un derecho de la persona en la comunidad laboral donde se desarrolla su personalidad, es decir, un derecho de libertad del trabajador ciudadano que no contempla al hombre abstracto sino en sus proyecciones sociales ("hombre específico").

[91] García Murcia, J.: "¿Huelga de un solo trabajador? A propósito de una sentencia de la sala de lo social del Tribunal Francés de Casación de 13 de noviembre de 1996", en *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, núm. 1, 2009, pp. 71 y ss. La "*eventual admisión de la huelga individual*" debería tomarse "*con bastantes cautelas*". "*Cabría admitir la huelga de un solo trabajador en determinadas circunstancias*", pero "*no parece de recibo admitir actitudes de huelga individualizadas en relación con cada problema, cada pretensión o cada ocurrencia de cada trabajador individualmente considerado, pues ello sometería a la empresa a un constante riesgo de desactivación o paralización*".

[92] En el derecho sindical italiano, de forma muy llamativa, se considera a la huelga como una formación social elemental, distinta de la organización estable de los intereses que expresa el sindicato. *Vid*. Mengoni, L.: "Lo sciopero nel diritto civile", en AA.VV.: *Il diritto di sciopero. Atti del primo convegno di studio di diritto e procedura penali*, Milán, Giuffrè, 1964. Giugni, G.: *Diritto Sindacale* (con la colaboración de P. Curzio y M. G. Garofalo), Bari, Cacucci Editore, 1991, pp. 213 y ss.

[93] Es, en consecuencia, un derecho funcionalizado a la participación en el sistema social global. Llaman la atención sobre ello Ghezzi, G. y Romagnoli, U.: *Il diritto Sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1987, 2ª ed, p. 200. Entre nosotros Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1990, 5º edición, p. 443.

[94] 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, Comares, 2012, p. 662.

Esta aproximación al tratamiento constitucional del fenómeno de la huelga conduce a una premisa metodológica. En efecto, si la huelga es un derecho individual de ejercicio colectivo, ello obliga a la consideración jurídica de la huelga conforme a tres órdenes de relaciones: relación entre huelga y Estado; entre huelga y organización productiva y, en fin, entre huelga y sindicatos. En definitiva, el derecho fundamental de huelga tiene -como elemento constitutivo derivado del texto constitucional- una eficacia horizontal *erga omnes* y no exclusivamente vertical frente al poder público[95].

Conviene a la amplitud y al carácter abierto de la formulación constitucional del derecho de huelga su entendimiento como "el rechazo (*refus*) colectivo y concertado del trabajo, manifestando la intención de los trabajadores de situarse provisionalmente fuera del contrato, a fin de asegurar el éxito de sus reivindicaciones"[96]. Este concepto amplio y flexible de la huelga viene a dar cuenta de que el sistema normativo de la huelga-derecho no puede enturbiar la realidad innegable de que la huelga no dejará de ser antes que nada un hecho, ahora con una relevancia jurídica fundamental.

La huelga en el plano constitucional no puede sino tener una conceptualización no disonante con su significación atribuida en el cambiante contexto social. Y en ese ambiente social adquiere el sentido de una perturbación colectiva del trabajo, dispuesta por una pluralidad de trabajadores, para la consecución de un fin común[97] y que en cuanto tal se concreta en un legítimo incumplimiento contractual, pues de lo que se trata es de "*colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo*"[98]. Esta construcción permite recuperar a las denominadas "formas atípicas" de huelga dentro del concepto de la misma[99].

---

[95] Sobre esa configuración de los derechos absolutos o *erga omnes* (de eficacia horizontal generalizada), por contraposición a los derechos subjetivos relativos, véase infra el análisis de la naturaleza jurídica del derecho de huelga.

[96] Cfr. Sinay, H. y Javillier, J. C.: "La grève", en Camerlynck, G. H. *et al*: *Traité de Droit du Travail,* París, Dalloz, 1966, p. 133. Se recoge un interesante elenco de definiciones doctrinales. Así, señaladamente, la propuesta por Camerlynck, G. H. y Lyon-Caen, G., según los cuales, "*la huelga consiste en la cesación colectiva y concertada del trabajo a fin de ejercer una presión sobre la dirección de la empresa o los poderes públicos*". Este intento de configuración de la huelga no es enteramente nuevo: hace cerca de un siglo se hablaba refiriendo a la huelga como "*el arma de un rechazo concertado al trabajo*". Webb, S. y Webb, B.: *Historia del sindicalismo, 1966-1920*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 1990, p. 614. La noción amplia aquí postulada se asienta en la muy extendida fenomenología social de la huelga en cuanto "*particular forma de actuación de los intereses de los trabajadores, históricamente necesaria para restablecer el equilibrio de las condiciones económicas entre las partes sociales*". Cfr. Vacca, M.: *Il diritto di sciopero e le sue limitazioni nelle organizzazioni e nei paesi europei*, Milano, 1983, p. 14. Y como "*medio de autotutela de la clase trabajadora en todos los ámbitos de la vida social y no sólo en el ámbito importante pero limitado de las relaciones de trabajo*". Cfr. Martín Valverde, A.: "Regulación de la huelga, libertad de huelga y derecho de huelga", en AA. VV.: *Sindicatos y relaciones colectivas de* trabajo, Murcia, Colegio de Abogados de Murcia, 1978, p. 99. Esta conceptualización amplia se acoge en la STC 11/1981, de 8 de abril, fj 10, 12 y 20 [RTC 1981\11]: la huelga es "*una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso. En este sentido amplio, la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos*". Se ha definido la huelga como "*el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto*". Cfr. Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1990, 5º edición, p. 410. Noción extensiva también en Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 246. Así como en Garcia Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos,* Barcelona, Bosch, 1983, p. 4.

[97] *Vid*. Carinci, F. *et al*.: *Diritto del Lavoro. Vol. 1: Il Diritto Sindacale*", Torino, UTET, 1983, p. 320.

[98] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

[99] *Vid.* Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 247. Una perspectiva crítica general en Casas Baamonde, M. E.: "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)", en *REDT,* núm. 24, 1985, pp. 518 y ss.

Un dato importante conviene apuntar en este orden de ideas: el problema de la conceptualización jurídica de la huelga se vincula con el tema de su naturaleza (sin entrar por el momento en la categorización propiamente dicha del derecho a la huelga). La huelga puede ser considerada como un hecho jurídico, un comportamiento que consiste en la no realización de la prestación de trabajo por parte de los trabajadores, con el objetivo de la defensa del interés colectivo o general de los mismos[100]. Este comportamiento de pura negatividad (el no hacer, el no realizar la prestación contractualmente debida) es en su esencia el contenido de una libertad. Es importante anotar que esto permite comprender el sentido de la formulación constitucional cuando refiere al reconocimiento del "derecho a la huelga" (art. 28.2 CE). El "derecho a" es la tipifica fórmula (forma) constitucional de formalizar las "garantías de libertad"[101], es decir, los "derechos de libertad". La huelga es así elevada al rango de una libertad pública[102].

De un modo quizás más coherente con la fórmula constitucional, el PLOHN, art. 2, proporcionaba una delimitación legal amplia del hecho de la huelga. Según dicha disposición "*el derecho de huelga ampara, en los términos de la Constitución y de la presente Ley, la cesación total o parcial del trabajo, así como la alteración del normal desarrollo del mismo, llevadas a cabo por los trabajadores, de forma colectiva y concertada, para la defensa de sus intereses*"[103]. Ello comporta, entre otras cuestiones, que la huelga lícita no exige como requisito constitutivo *sine qua non* la "cesación total o parcial del trabajo", pudiendo ser en principio suficiente para integrar en el hecho jurídico de la huelga la "alteración del normal desarrollo del mismo". Lo cual hubiera supuesto un giro importante respecto al concepto ciertamente restrictivo que se contenía (y contiene) en el RDLRT, cuyo art. 7 establece que "*el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias*"[104]. Es importante no

[100] Cfr. Giugni, G.: *Derecho sindical,* trad. y est. preliminar de J. Vida Soria y J. Montalvo Correa, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 230.

[101] *Vid*., en general, Scheneider, H. P.: "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *REP*, núm. 7, 1979, *passim*.

[102] Pero no se trata, es evidente, de un sistema de "huelga-libertad" (que remite a un tipología de libertad bien precisa: la "libertad civil", que obliga al Estado a una actividad de no impedimento o abstención de intervención, y por ello se garantiza al individuo una esfera de arbitrio o de licitud, siempre que su comportamiento no viole el derecho de otros), sino de un derecho fundamental a la libertad de huelga (o, si se quiere en terminología más tradicional, un derecho subjetivo público de libertad), cosa bien distinta. Este derecho fundamental a la libertad de huelga se incardina en el cuadro de principios y valores superiores que consagra la Constitución; su vinculación es particularmente estrecha con los principios de igualdad y de participación de los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida social (art. 1.1 y 9.2 CE). Por lo demás el propio Tribunal Constitucional ha rechazado que se esté ante un sistema de libertad civil de huelga en la STC 11/1981, de 8 de abril, fj.9 [RTC 1981\11].

[103] El PLOH inicial, en su art. 3, contenía también esta definición extensiva de la huelga: "*el derecho de huelga ampara, en los términos de la presente Ley, la cesación total o parcial del trabajo, así como la alteración del normal desarrollo del mismo, llevadas a cabo por los trabajadores, de forma colectiva y concertada, para la defensa de sus intereses*". Tan sólo, pues, la leve innovación (que por lo demás podría tenerse por reiterativa por estar implícita en el art. 28.2 CE, una norma de aplicación inmediata) de "*en los términos de la Constitución*" y no solamente de la presente Ley. La definición legal de huelga, ex art. 2.1 PLOHN, no puede dejar indiferente al Tribunal Constitucional porque éste ha entendido que "*el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo, en cualesquiera de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir*" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]). Así, en la lógica del discurso o argumentación jurídicos del Ato Tribunal lo que en puridad hace el art. 2.1 PLOHN es reflejar una elección en el ejercicio de la potestad legislativa consistente en ampliar el espacio jurídicamente protegido de la huelga incluyendo cualquier forma de alteración colectiva (como contenido específico-legal). Pero, en puridad, podría ser discutido si la misma formulación constitucional del derecho no lleva implícita en su "contenido esencial" el concepto más amplio a que alude el Tribunal Constitucional, entendiendo que la "*huelga es una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la producción*" (fj. 10). En cuyo caso no se estaría añadiendo al contenido esencial del derecho, sino garantizándolo efectivamente también en Ley positiva como tal "contenido esencial" y como no mero "contenido adicional".

[104] Cfr. art. 12.1.b) RDLRT. *Vid*., no obstante, los arts. 77 a 80 LET. Esta delimitación "positiva", se hacía acompañar de una delimitación esencialmente "negativa" de las formas de huelga consideradas "atípicas" o "anómalas", al

confundir, en esta línea de pensamiento, modalidades de ejercicio y efectos jurídicos en la prestación de servicios de ese ejercicio del derecho de huelga. La huelga no puede ser definida exclusivamente en atención a sus efectos jurídicos típicos, a riesgo de que en caso contrario se incurra en la frecuente confusión entre "contenido" y "efectos" de la institución analizada. Como se sabe, la consecuencia jurídica típica del ejercicio del derecho de huelga es la suspensión de los efectos fundamentales de la relación de trabajo[105] o, en su caso, la relación de servicio del personal funcionario o estatutario. Es, por otra parte, el *effectum iuris* prefijado en el art. 18.1 PLOHN y, asimismo, en el modelo legal vigente, art. 45.1.l) ET[106]. El hecho de que la huelga comporte un efecto suspensivo es una derivación de su configuración como derecho subjetivo que autoriza al incumplimiento legítimo de la relación obligatoria[107], y con ello a infringir un perjuicio al empresario ("nocividad" inmanente), limitándole su libertad contractual e incluso en el uso de ciertas facultades directivas, las cuales no pueden ser

establecer en el apartado 2 del art. 7 RDLRT que "*las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos*". La "negatividad" en su esencia presidió el pronunciamiento del Alto Tribunal, al trastocar el juego ordinario de la doctrina del abuso de derecho y el principio de efectividad de los derechos fundamentales, entendiendo que sobre determinadas modalidades de ejercicio (formas de actuación huelguística) pesaba una presunción *iuris tantum* de abusividad. En efecto, para el Tribunal Constitucional "*la afirmación de que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones no excluye por sí sola que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio del derecho de huelga, pueda entender que algunas particulares modalidades (...) puedan resultar abusivas*"; en este sentido, cuando el artículo analizado afirma que "*se considerarán actos ilícitos o abusivos*" determinadas modalidades de ejercicio del derecho se está estableciendo "*una presunción iuris tantum de abuso del derecho de huelga*", destruible, por tanto, mediante prueba de los huelguistas (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11]). Esa delimitación "negativa" de formas apriorísticamente calificadas de "anómalas" o "atípicas" no se produce ya en el sistema del PLOHN. Precisándose en el art. 5.2, ciertas modalidades de ejercicio que se presumen lícitas, y que pueden devenir tan sólo en actos abusivos o ilícitos cuando "*supongan una grave desorganización de la actividad productiva y* [no "o", es decir, son dos elementos circunstanciales que tienen que concurrir para la calificación de ilicitud de estos tipos de huelgas] *un daño desproporcionado*". Por el contrario, el PLOH inicial era mucho más restrictivo al considerar "*abusiva una huelga cuando la modalidad, el ámbito o la duración elegidos por los convocantes provoque una grave desorganización de la capacidad productiva de la empresa, de difícil y prolongada superación, o un perjuicio desproporcionado a los usuarios de los servicios afectados por la huelga*" y añadir, seguidamente, que "*en todo caso tendrán la consideración de abusivas las huelgas de celo o reglamento*". Con lo que el resultado era una ordenación *in peius* respecto del modelo ya de por sí restrictivo diseñado en la legislación preconstitucional del RDLRT.

[105] *Vid*. por todos, Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo,* Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, pp. 336 y ss. También configurando la huelga como suspensión voluntaria de la relación de trabajo Giugni, G.: *Diritto Sindacale* (con la colaboración de P. Curzio y M. G. Garofalo), Bari, Cacucci Editore, 1991, p. 225. Cfr. STC.11/1981, de 8 de abril, fj. 9 y 12 [RTC 1981\11].

[106] El problema se podría plantear respecto a las modalidades de huelga sin cesación de trabajo, y señaladamente las huelgas de celo o reglamento, que son reconducidas con frecuencia a fenómenos de no colaboración distintos a la huelga propiamente dicha (así, señaladamente, en doctrina tan autorizada como GIUGNI, G.: *Diritto Sindacale* (con la colaboración de P. Curzio y M. G. Garofalo), Bari, Cacucci, 1991, pp. 268 y 269) y admitidas explícitamente como modalidad de huelga presuntamente lícita atendiendo al grupo normativo integrado por los artículos 2.1 y 5.2 PLOHN. En tal caso específico (y aun partiendo de la legitimidad sin objeto de contradicción mediante prueba en contrario hecha por el empleador) se "difumina" o "disuelve" el efecto legal suspensivo que comporta una situación jurídica que aquí no acontece en sus propios términos, a saber: "*la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*" (art. 45.2 ET). En tal caso, no existe inejecución temporal de la prestación de trabajo, ni, por consiguiente, debe existir tampoco interrupción temporal de la obligación de remunerarlo.

[107] El derecho subjetivo es, desde luego, un interés protegido mediante la voluntad del titular, pero la fuerza que actúa no deriva ontológicamente del derecho subjetivo, sino del Derecho objetivo que ha atribuido ese poder a su titular. El derecho subjetivo es un interés protegido mediante el reconocimiento de una facultad a una persona. La facultad se refiere precisamente a la utilización o no del mandato puesto a disposición del titular. Por la falta de comprensión de esta construcción se han propuesto teorías difíciles de asumir en el plano técnico (con independencia de su crítica desde el lado de la política del Derecho). Es suficiente decir, por ahora, que constituye un grave error entender que el derecho subjetivo de huelga es un derecho potestativo.

utilizadas en ningún caso como reacción a una huelga legítima, es decir, como instrumento para privar de efectividad a la huelga[108].

Otro tanto sucede respecto de los objetivos de la huelga (perspectiva de la función y del interés objeto de autotutela)[109], la referencia a "la defensa de sus intereses", que en la fórmula legal (en coherencia, por otra parte, con la constitucional ex art. 28.2 CE) no se adjetiva, como "profesionales", ni siquiera como "económicos y sociales" (cfr. art. 7 CE). Formulación de los fines que reconduciéndose a unidad como "intereses colectivos" o "generales o de clase" de los trabajadores, adquiere una proyección multidimensional: la huelga es un "arma" de lucha o de presión que no queda "encorsetada" en la "sociedad civil" y se proyecta también en la esfera de la "sociedad política"[110]. Alcance comprensivo que no es esencialmente contrarrestado por el tratamiento legal de los estrictos supuestos de ilicitud concerniente a los objetivos perseguibles mediante la huelga (art. 5.1 PLOHN; art. 5.1 PLOHC)[111].

Desde el punto de vista de la "estructura" del derecho de huelga (y en esta perspectiva de conjunto) cabría finalizar diciendo que el derecho de huelga en su configuración jurídica aparece como un derecho complejo en un doble plano[112].

En primer lugar, en cuanto que está formado por un conjunto integrativo de facultades de actuación inherentes al principio de libertad (*agere licere*) que es connatural al derecho de huelga. Y teniendo en cuenta que el derecho de huelga es constitucionalmente un derecho de titularidad individual, pero de ejercicio colectivo[113], algunas de tales facultades serán colectivas (cfr. art. 3 PLOHN) y otras de titularidad individual (cfr. art. 2.3 PLOHN)[114]. Pero es que, además, -y este es el segundo rasgo determinante de su carácter jurídicamente complejo-, estas facultades y las formas de ejercicio del derecho de huelga ("modalidades de actuación huelguística") se "agrupan" diversamente

[108] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

[109] Se deberá tener en cuenta la importancia que el fin tiene en cualquier institución jurídica; y que, en definitiva, tratándose de derechos (situaciones jurídicas activas de poder) el fin está anudado al interés jurídicamente protegido como "*núcleo y médula de los derechos subjetivos*" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 8 [RTC 1981\11]).

[110] Que el derecho de huelga sea configurado como derecho subjetivo público, conduce ineluctablemente a la legitimidad de las huelgas sociopolíticas. Lo exige la lógica de la calificación constitucional: la presencia de un interés de relevancia pública y no exclusivamente privada.

[111] Una vez más a diferencia de las previsiones del sistema restrictivo del RDLRT, art. 11, y del propio PLOH inicial presentado por el Gobierno, art. 8.a).

[112] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27, 1993, p. 62.

[113] La titularidad individual refleja al "hombre específico" (no al hombre "abstracto"), que desarrolla su personalidad asumiendo la posición derivada de la realización de una actividad profesional por cuenta ajena y dependiente, incluye, pues, a los "trabajadores" (en sentido amplio) en régimen laboral o en régimen administrativo. Infiere consecuencias de ello, el art. 2.2 PLOHN. Para la dimensión pluralista que en parte se refleja en esa construcción, véase Gurvitch, G.: *L'idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, París, Sirey, 1932 (reimpresión alemana en 1972), pp. 154 y ss. Gurvitch, G.: *La idea del Derecho,* traducción, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. La versión originaria, *L'idée du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, París, Sirey, 1932 (reimpresión alemana en 1972). Véase Monereo Perez, J. L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., pp. 29 y ss.

[114] Repárese, a tenor de lo dicho, que, si bien se mira, la naturaleza compleja del derecho (vista desde el punto de vista de las "facultades" jurídicas de actuación que comprende) deriva de dos órdenes de factores: la diferenciación misma entre titularidad (individual) y ejercicio (necesariamente colectivo) del derecho de huelga, disociación ciertamente *sui generis* en el ámbito de la categoría general de los derechos públicos subjetivos. No permanece a ello ajeno la interpenetración entre lo individual y lo colectivo en el marco de las relaciones laborales y a la realidad existencial del interés colectivo.

en lo que el Tribunal Constitucional ha llamado "contenido esencial" y "contenido adicional" del derecho de huelga. De manera que, salvado el núcleo "intangible" (contenido "esencial" o zona resistente al legislador) del derecho, existe un margen limitado de opción de política legislativa que puede ensanchar o restringir el ámbito de facultades y modalidades de ejercicio ("contenido adicional"), las cuales, una vez reconocidas por el legislador (que las normas legislativas pueden crear y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho) se incorporan o insertan al "contenido abstracto" o "global o total" del derecho de huelga[115]. El problema, se comprende, es delimitar cuáles son los contornos del contenido esencial que opera como zona de la estructura del derecho de huelga resistente al legislador[116].

Ello deberá de ser precisado, en interpretación conforme a la Constitución, por el Alto Tribunal y, -a reserva, es obvio, de una posible revisión constitucional-, reparando en el dato jurídico-político del "carácter flexible"[117] de nuestra Constitución y en la forma específica de garantía constitucional del derecho fundamental de huelga en una norma de aplicación directa e inmediata (art. 28.2 CE). Todo lo cual acabará delimitando evolutivamente el margen de "elasticidad" de la formulación de ese "contenido esencial"[118].

---

[115] Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 10 [RTC 1981\11].

[116] Diferenciación de "contenidos" del derecho fundamental de huelga que en sí misma es discutible.

[117] Utilizando esta expresión no en el sentido clásico de Lord Bryce, sino en el sentido más amplio de que en la práctica jurídica (incluida la interpretación judicial) y bajo el peso de las diferentes circunstancias puede ser más fácilmente adaptada a la estructura social cuya ordenación jurídico-política pretende formalizar. *Vid*, en general, Wheare, K. C.: *Las constituciones modernas*, Barcelona, Labor, 1971, pp. 21 y 105 y ss. Más concretamente, por lo que aquí interesa respecto a la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales, con especial referencia al tema clave de la vinculación entre la interpretación y la efectividad de los derechos fundamentales, véase López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 260 y ss. Ampliamente, sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, en sus *dos funciones "defensivas"* (como barrera, es decir, debe ser trazo un "último" extremo límite, especialmente al legislador, cuando éste ponga límites o de ejecución a los de los derechos fundamentes; de aquí también la expresión "barrera última") *y "ofensivas"* o función de "apelación" (que permite intensificar el radio de acción hacia ulteriores dirección de tutela judicial e institucional, lo que evidencia que el contenido esencial se desarrolla a lo largo del tiempo. Es un aspecto positivo de la fórmula del contenido esencial. Se impone una interpretación "dinámica" de los derechos fundamentales a través de la obra del Juez que interprete el sentido y alcance del derecho en cuestión, incluso cuando falte una "garantía textual" de ciertos aspectos del contenido esencial), véase Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, espec., pp. 95 y ss., pp. 322 y ss.

[118] En el entendimiento de que la evolución del instituto de la huelga depende o está en función de la evolución del ordenamiento jurídico, porque se toma en consideración con respecto a la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico entero y porque, por decirlo con Romano, S., la llamada evolución de la interpretación no es más que evolución del ordenamiento jurídico mismo que se interpreta. Sobre la interpretación "evolutiva" o "progresiva" a fin de adaptar el contenido de la norma a las exigencias prácticas surgidas con posterioridad a la emisión de las mismas, *vid.*, Romano, S.: "Interpretación evolutiva", en Romano, S.: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, pp. 145 y ss.

La verdad es que el reclamo de la interpretación evolutiva conviene a la huelga como hecho jurídico (de relevancia jurídica). La norma ex art. 28.2 CE consiente la evolución de la interpretación anudada a las transformaciones del ordenamiento jurídico en la medida en que viene en consideración, más que en sí misma, en estrecha e indisoluble relación con la esencia de la vida institucional cuya evolución se refleja sobre ella y, por tanto, con el ordenamiento entre del cual depende. El tema debe ser relacionado con el art. 9.2 CE. Para comprender lo que se quiere decir es conveniente poner en relación "cultura" y "realidad" de los derechos fundamentales en su desarrollo en sociedades abiertas. Es suficiente anotar que "*los derechos fundamentales no son efectivos sin más; es por vía de interpretación como cobran realidad. Efectividad de los derechos fundamentales no es la consecuencia automática de un orden abstracto de eficacia o de la eficacia vinculante de un texto; efectividad de los derechos fundamentales es el resultado complejo y pleno de riesgos de procesos pluriarticulados de interpretación de numerosos participantes: de los destinatarios y titulares de los derechos fundamentales, en fin, de la entera "res pública como cultura de derechos fundamentales*" (cfr. Häberle, P.: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular en relación con el ejercicio del Poder Legislativo", en López Pina, A.

Desde el punto de vista del "modelo de regulación" jurídica del derecho de huelga, se puede decir que la fórmula constitucional admite distintas fuentes de regulación, en congruencia con el sistema pluralista de fuentes en lo laboral[119], sin un criterio de distribución funcional en razón de la materia, sino en situación de coordinación entre los productos normativos que emanen de las fuentes autónomas y de las heterónomas. La regulación legislativa puede (y en puridad "debe", ex arts. 28.2, 9.2 y 53 CE) asumir el papel que le es propio de establecer el marco jurídico general del derecho de huelga, siempre que deje un espacio a la regulación colectiva o a la autodisciplina sindical o consagrar fórmulas de regulación mixta, combinando los modelos puros de política jurídica. Frente a la autonomía profesional no opera "reserva" de ley alguna; las relaciones entre las fuentes profesionales y estatales se sitúan en distinto plano de colaboración inter normativa[120]. De cualquier modo, deberá tratarse de una regulación legislativa de apoyo al derecho de huelga (cfr. el grupo normativo formado por los arts. 1.1, 9.2, 28.2 CE), por un lado y, por otro, deberá de permitir compaginar su ejercicio con la protección de ciertos derechos constitucionales del mismo rango (y, por consiguiente, igualmente merecedores de protección, en cuanto expresión de los valores superiores del ordenamiento jurídico general).

Con todo, se podría decir que en el texto constitucional existe un "sistema normativo de huelga" (relativamente abierto a distintas opciones de política legislativa; dejando a salvo una "zona resistente" inherente a la garantía constitucional), pero no un "modelo definido de huelga" enteramente cerrado a las posibles elecciones de política del derecho y a la redefinición dinámica de las reglas de juego de los interlocutores sociales. En otras palabras, ello se infiere de la constatación empírica de que el "modelo de huelga" depende del más amplio modelo de relaciones laborales y por mucho que se quiera la vida de relación entre los actores sociales y políticos puede (y debe lógica y jurídico-políticamente), en efecto, quedar condicionada por el "sistema constitucional de huelga", pero no en el sentido de estar enteramente conformada en el aspecto estático. El sistema constitucional de huelga no es reflejo de un intento "codificador", ni en el plano técnico ni en el de la política jurídica, más significativo aquí. Esto no comporta en absoluto que exista una "indefinición" constitucional del "modelo de huelga", sino que el sistema (o, mejor, el modelo "abierto") es relativamente flexible y dinámico (como lo son las mismas relaciones sindicales en general). Y lo es "relativamente" porque, desde luego, está sujeto a precisos condicionamientos constitucionales. Rasgo este tanto más reforzado por el carácter de norma de aplicación directa e inmediata que tiene la normación contenida en el art. 28.2 CE. Pretender lo contrario es desconocer que la huelga es una institución jurídica y social y que su realidad existencial estará también en función de la "cultura sindical" imperante, y que aquí es integrativa de la "cultura del derecho fundamental de huelga".

(Dir.) *et al*: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, p. 261. Sobre la interpretación de la Constitución en general, consúltese Alonso Garcia, E.: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, *passim*.

[119] Sobre el sistema de fuentes en la Constitución y su proyección laboral, véase por todos: Alonso Olea, M.: *Las fuentes del Derecho. En especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1982, *passim*.

[120] Sobre los modelos-tipos posibles de regulación del derecho de huelga véase, en general, Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 252-254. Duran Lopez, F.: *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, Servicio de Publicaciones y BOJA, 1988, pp. 52-59; Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1990, 5º edición, pp. 529 y ss. La problemática suscitada por los modelos de regulación de la huelga se hace más compleja respecto a la huelga en actividades en las que se prestan servicios esenciales. Véase Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019, Parte Tercera ("La huelga en servicios esenciales de la comunidad"), pp. 435 y ss.; ampliamente, Moreno Vida, Mª. N.: *La Huelga en Servicios Esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2007.

Se ha de hacer notar, por otra parte, que la interpretación constitucional del derecho de huelga no puede darse por concluida, pues está en continua evolución conforme "al carácter abierto de nuestro sistema de justicia constitucional"[121].

El Tribunal Constitucional ha ido perfilando progresivamente los contornos de la formulación constitucional del derecho de huelga al hilo del enjuiciamiento de la conformidad a derecho del sistema legal organizado en torno al RDLRT preconstitucional. Es oportuno realizar una aproximación -remitiendo al ulterior análisis que se hará más adelante- a la jurisprudencia constitucional sobre el "modelo normativo" de derecho de huelga actualmente vigente en confrontación con la normación del art. 28.2 CE.

No sin antes indicar que la pervivencia de elementos provenientes del modelo preconstitucional en el tratamiento de los conflictos de trabajo ha supuesto la actual permanencia de los mismos en su actual régimen jurídico regulador por la evidente dificultad política de llevar a término el oportuno desarrollo legislativo del art. 28.2 CE, y, en menor medida, del art. 37.2 CE[122]. Es por ello que el desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional sobre la materia ha tenido el "sorprendente" efecto de hacer posible que no se complete el desarrollo legislativo requerido por la propia Constitución, justamente en un área que precisaba de una intensa y pronta recepción de los valores constitucionales de 1978[123].

Establecida la relación del derecho de huelga con los principios constitucionales, el paso siguiente ha sido el de precisar el modelo normativo de derecho de huelga (lo que tratándose de un derecho fundamental sólo puede obtenerse mediante el "ensamblaje" entre la fórmula "conformadora" de la norma fundamental y la legislación orgánica reguladora de su ejercicio (cfr. art. 53.1 CE). Se hizo referencia ya a la tipología posible de modelos normativos de derecho de huelga en relación a una serie de variables que puedan existir en un ordenamiento jurídico determinado[124]. La metodología seguida por el Tribunal Constitucional al enjuiciar la constitucionalidad del RDLRT no ha sido formalmente partir de un modelo apriorístico de huelga. En la secuencia lógica del razonamiento se ha adoptado como punto de partida la identificación del contenido esencial del derecho de huelga y, en un segundo momento, operando a través de deducciones lógico-jurídicas se afronta la construcción de su régimen jurídico[125].

Sentada esta premisa metódica, para el Alto Tribunal "*la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación del Tribunal Constitucional no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas*"[126]. Teniendo en cuenta ese pluralismo político que inspira todo el tejido constitucional, el Tribunal Constitucional

[121] Cfr. Casas Baamonde, M. E.: "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)", en *REDT,* núm. 24, 1985, p. 510.

[122] Sanguineti Raymond, W.: *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, p. 141.

[123] Casas Baamonde, Mª. E.: "Evolución constitucional y Derecho del Trabajo", en Pedrajas Moreno, A. (Dir.) *et al*: *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 67.

[124] *Vid*. Martin Valverde, A.: "Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos", en Rivero Lamas (coord.) *et al*: *El derecho del trabajo ante el cambio social y político*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1977, pp. 73 y ss.

[125] Cfr. Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 41 y ss., con planteamiento crítico respecto al método utilizado por el Tribunal Constitucional, planteamiento crítico que aquí se asume plenamente remitiendo al mismo; *vid*. Escudero Rodriguez, R.: "Modelo normativo del derecho de huelga", en VV.AA.: *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 111.

[126] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

valora el alcance del reconocimiento constitucional del derecho de huelga concluyendo que el texto constitucional no ha optado por un determinado "modelo" de huelga. La delimitación específica de ese modelo concreto constituye una elección de política legislativa, con el límite derivado del respeto a las normas constitucionales concretas y al contenido esencial del derecho: corresponde, por ello, "*al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del art. 53*"[127].

La tesis de los recurrentes era matizadamente distinta, puesto que se aceptaba la afirmación de que el art. 28.2 CE no imponía al legislador ningún modelo predeterminado de huelga[128], "*pero siempre que se matice señalando que ello no quiere decir que permita cualquier modelo sino sólo aquellos que respeten el contenido esencial del derecho de huelga reconocido en la Constitución*"[129]. Hasta aquí los puntos de coincidencia. La discrepancia se produce cuando el Alto Tribunal opta por la elección de un método sincrético de indagación del "contenido esencial" (combinando los criterios atinentes a las "facultades" inherentes al derecho y a los intereses jurídicamente protegidos)[130] y opera un intento de conceptualización de la huelga.

Esa textura abierta de la fórmula constitucional explica que para el Tribunal Constitucional "*desde el punto de vista jurídico-constitucional lo único que hay que cuestionar es si sobrepasa o no el contenido esencial*"[131] y que, en lo esencial, "*el diagnóstico acerca del modelo normativo vigente de derecho de huelga es preciso llevarlo a cabo, pues, a partir del dispositivo legislativo ordinario que disciplina la huelga*"[132]. De este modo, la determinación del modelo normativo de huelga exige ineludiblemente el análisis de la legislación estatal en vigor, pero atendiendo a la interpretación (en buena parte "correctiva" y "evolutiva") de la misma efectuada por el más Alto Tribunal[133].

Efectivamente, el Tribunal Constitucional opera una "revisión" del modelo de huelga contractual al que, en esencia respondía el RDLRT, y su matizada reconducción hacia el modelo laboral, en el que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los ámbitos de las relaciones

[127] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

[128] *Vid*. Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, p. 230.

[129] Cfr. "Escrito complementario de alegaciones del recurrente", presentado ante el Tribunal Constitucional el 24 de enero de 1981 (no admitido oficialmente por el Tribunal). Véase el texto y referencia de la cita transcrita Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 247 y ss.

[130] *Vid*. Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, p. 41.

[131] Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, conviene ahora dejar constancia de la amplitud con que se concibe ese contenido esencial del derecho constitucional de huelga. Especialmente significativa es la STC 123/1992, de 28 de septiembre, fj. 4 [RTC 1992\123], según la cual, el contenido esencial consiste en la cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, pero este núcleo implica a su vez necesariamente la facultad de declararse en huelga, estableciendo su causa, motivo y fin y la de elegir la modalidad que se considera más idónea al respecto, dentro de los tipos aceptados legalmente.
Antes de que se dictara la famosa sentencia del Tribunal Constitucional, la doctrina había postulado una interpretación extensiva del alcance de la garantía del derecho de huelga en el texto constitucional. Véase, entre otros, Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, pp. 230 y ss. Martin Valverde, A.: "El derecho de huelga en la Constitución de 1978", en *RPS,* núm. 121, 1979, pp. 227 y ss. Ramírez Martínez, J. M.: "Huelga y cierre patronal en la Constitución española", en VV. AA.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 439 y ss.

[132] Cfr. Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 262.

[133] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

laborales, y no sólo en el marco de la negociación colectiva. Pero conviene anotar que existen planteamientos contradictorios en los fundamentos jurídicos de la sentencia estudiada[134].

La ordenación del derecho de huelga operada en el RDLRT era fiel reflejo de una precisa opción de política del derecho tendente a configurar el modelo restrictivo o estático (modelo *iusprivatista*). El propio Tribunal Constitucional afirma (a pesar de declarar la indiferencia para el juicio de constitucionalidad de la concepción global del derecho de huelga que ha tenido el legislador ordinario) que la regulación del RDLRT es restrictiva: "*efectivamente, es posible entender que, introducido el derecho de huelga en la Constitución, como un instrumento de realización de la democracia social y del principio de igualdad, políticamente debería sostenerse una concepción más amplia y generosa. Sin embargo, el movimiento pendular entre la amplitud y la generosidad o la restricción vuelve a ser una decisión política que tiene que adoptar el legislador ordinario sin más límites que los que el derecho fundamental tenga, pues ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados. De este modo, el reconocimiento del derecho de huelga no tiene por qué entrañar necesariamente el de todas las formas y modalidades, el de todas las posibles finalidades pretendidas y menos aún el de todas las clases de acción directa de los trabajadores*"[135].

Desde este punto de vista, la regulación establecida en el sistema legal del RDLRT no es la única opción de política legislativa admisible -una vez "depurada" por el propio Tribunal Constitucional-, dentro de la fórmula abierta trazada en la Constitución es una de las constitucionalmente posibles[136]. Tras esa labor depuradora, el modelo normativo del derecho de huelga cristalizado en el vigente RDLRT -y efectuada la interpretación "correctiva" del Alto Tribunal- no es el modelo estrictamente "contractual", sino matizadamente el modelo laboral. Ello es perfectamente coherente con la indeterminación de los fines perseguibles a través del derecho de huelga (para la defensa de sus intereses en la formulación del art. 28.2 CE)[137]. Dicho de otro modo, la admisibilidad del modelo

[134] Es suficiente para verificar esta afirmación reparar en la relativa incoherencia de afirmaciones contenidas en los fundamentos jurídicos números 9, 10, 12, 21 y 22 de la misma. Ello, no obstante, se comprobará como gradualmente el Alto Tribunal irá perfilando su inicial doctrina sentada en esta "sentencia-marco". Véase, al respecto, Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 145 y 146; Duran Lopez, F.: "El régimen legal de la huelga tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *RPS*, núm. 134, 1982, p. 51. Escudero Rodriguez, R.: "Modelo normativo del derecho de huelga", en VV.AA.: *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 117 y 118. Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 264. Palomeque Lopez, M. C.: "La regulación por Ley del derecho de huelga", en *DL*, núm. 23, 1987, pp. 16 y 17. La disciplina del RDLRT parece responder a primera vista a lo que se ha llamado modelo de huelga contractual, aquélla que "*se desencadena o produce en el momento de la negociación de los convenios colectivos con el fin de presionar en favor de los mismos, de modo que la huelga es un instrumento del convenio*" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 14 [RTC 1981\11]). No es correcto dicho diagnóstico, sin embargo, al decir del Tribunal Constitucional, por cuanto el RDLRT "*no establece una necesaria vinculación entre huelga y convenio colectivo, ni entre fase conflictual-negociación del convenio y fase de vigencia del convenio-paz laboral*". "*Es cierto que el art. 11 (del DLRT) no permite la huelga para alterar lo pactado en un convenio durante la vigencia del mismo. Sin embargo, nada impide la huelga durante el periodo de vigencia del convenio colectivo cuando la finalidad de la huelga no sea estrictamente la de alterar el convenio (...). Por otro lado, es posible reclamar una alteración del convenio en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por parte empresarial o se haya producido un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la llamada cláusula rebus sic stantibus*" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 14 [RTC 1981\11]). El modelo de derecho de huelga resultante del RDLRT depurado constitucionalmente es, por tanto, el laboral, en el que la huelga es una medida ejercitable en relación con cualesquiera aspectos derivados de las relaciones de trabajo y no sólo en el ámbito de la negociación colectiva.

[135] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

[136] Cfr. Palomeque Lopez, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 263.

[137] *Vid*. Palomeque Lopez, C. M.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 60. Martin Valverde, A.: "El derecho de huelga en la Constitución de 1978", en *RPS,* núm. 121, 1979, p. 231. Escudero Rodriguez, R.: "Modelo normativo del derecho de huelga", en AA.VV.:

normativo contractual puro hubiera encontrado obstáculos difícilmente superables en el sistema constitucional de huelga. Esto era a la postre una de las argumentaciones de los recurrentes y que la doctrina más autorizada ha puesto de manifiesto[138].

En efecto, existen dos elementos que relativizan las "posiciones optimistas" respecto a la doctrina sentada originariamente en la justicia constitucional[139]. En primer lugar, en el discurso de la sentencia se detecta una cierta concepción privatista de la huelga, tanto en la redefinición de sus fines como en relación a las modalidades "atípicas" de ejercicio del derecho[140]. Esto comporta una evidente contradicción -lógica y jurídico/política- con su calificación como derecho público subjetivo, lo que en puridad conduce necesariamente a entender que la huelga es un instrumento de autotutela colectiva de los trabajadores en todos los planos de la vida social en que se toman decisiones concernientes a sus intereses generales. En segundo lugar, -pasando del "modelo objetivo o finalista" (que atiende a los fines perseguibles legítimamente a través de la huelga) a la perspectiva del modelo de análisis que centra su atención en el examen de las fuentes de regulación y gestión del conflicto ("modelo de regulación y gestión de la huelga") esta concepción privatista del modelo normativo de huelga se hace acompañar por una acusada intervención gubernamental en la dinámica funcional del derecho de huelga. Lo cual es convalidado por el Tribunal Constitucional (cfr., por ejemplo, los arts. 3, 4 y 10 RDLRT). Esta intervención pública no es evidentemente "promocional" del derecho fundamental de huelga (en la línea del mandato constitucional impuesto a los poderes públicos ex art. 9.2 CE, que exige apoyos institucionales y no sólo necesaria prefijación de límites introducidos a su ejercicio). Con todo, los poderes públicos orientan su intervención en la huelga primando valores constitucionales que no están situados al mismo nivel que la huelga en el texto constitucional, es decir, que son nítidamente de

Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 129, que define como "laboral" al modelo normativo español de derecho de huelga. Para el sentido de la matización que se hace en el texto véase Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, p. 231. Casas Baamonde, M. E.: "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)", en *REDT,* núm. 24, 1985, p. 515. En el modelo legal español de derecho de huelga actualmente vigente existe una presencia muy acentuada de los rasgos *iusprivatistas*. Sin embargo, contraste, en el art. 28.2 CE preside nítidamente un modelo de marcada orientación *iuspublicista* más coherente con la configuración del derecho de huelga como un derecho social fundamental de libertad colectiva. En este sentido. Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en AA. VV.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1051 y ss.

[138] *Vid*. Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, pp. 230 y ss. Aunque el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11])) aludió a los distintos modelos normativos de huelga sistematizados por la doctrina científica, optó por afirmar que en la fórmula constitucional tenían cabida distintas opciones de política legislativa. Es por ello que no precisó cual de entre ellos era más coherente con el texto constitucional. Pero sin duda excluyó el modelo contractual estricto, imperante en algunos sistemas comparados (paradigmáticamente el modelo alemán y que ciertamente tuvo un cierto reflejo o proyección en la Carta Social Europea, como se verá después), que conciben la huelga como una medida de presión al servicio de la negociación colectiva. *Vid*. Escudero Rodriguez, R.: "Modelo normativo del derecho de huelga", en AA.VV.: *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 114 y ss. Rodriguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales", en López Pina, A. (Dir.) *et al*: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, p. 356.

[139] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en AA. VV.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1136.

[140] Así, por ejemplo, para el Alto Tribunal "*el derecho constitucionalmente protegido es el que atribuye a las personas que prestan en favor de otros un trabajo retribuido, cuando se ejercita frente a los patronos o empresarios, para renegociar con ellos los contratos de trabajo introduciendo en ellos determinadas novaciones modificativas*" (STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 12 [RTC 1981\11]). De este modo, parecería que la huelga se vincula a la mera autotutela de intereses profesionales de los trabajadores. Aunque, es cierto, que el Tribunal Constitucional en otras ocasiones mantiene una concepción menos reductora del círculo de intereses protegibles mediante el uso del derecho de huelga. V.gr., STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 9 y 14 [RTC 1981\11].

rango inferior, como es el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado[141] y sus derivaciones de garantía del rendimiento y productividad[142]. Es especialmente significativo, en este orden de ideas, la forma de "garantía impositiva" de servicios de mantenimiento y seguridad de las personas y cosas que han de ser aseguradas con ocasión de la huelga bajo la responsabilidad del comité de huelga (art. 6.7 RDLRT)[143].

Por otra parte, ha existido una técnica precisa de control político del ejercicio del derecho de huelga. Se trata de la imposición gubernativa unilateral de un mínimo de actividad productiva en las huelgas en sectores o actividades en los que se prestan servicios esenciales de la comunidad. Concepto éste jurídicamente indeterminado que por su falta de concreción legislativa (y por una interpretación con cierta frecuencia "generosa" de los intereses esenciales que deberían ser conciliados con el ejercicio del derecho de huelga, sin reparar en el obligado respeto de la garantía del contenido esencial -intangible- del derecho de huelga) ha permitido un uso exorbitante (cuando no sencillamente abusivo) de la potestad gubernativa de establecimiento de servicios mínimos[144].

En esta perspectiva del "modelo de regulación y control de la huelga" es importante realzar que el Tribunal Constitucional no ha fomentado el control colectivo y sindical de la huelga[145]. Es

[141] Sobre la huelga y el principio de libertad de empresa, *vid.* García-Perrote Escartín, I.: "Derecho de huelga y libertad de empresa", en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 5, 2005, pp. 20 y 21. También en García-Perrote Escartín, I.: "Derecho de huelga y libertad de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004, pp. 365 y ss.

[142] Es significativo que esta tensión entre función de protección y función de garante del sistema socio-económico vigente preside en todo el ordenamiento laboral: la permanente tensión dialéctica entre el principio de protección y el principio de libertad de empresa (en versión "reactualizada" del afortunadamente desaparecido "principio de rendimiento"). Véase Monereo Perez, J. L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1988, p. 72, teorizando sobre la base de la enriquecedora (y por lo demás muy expresiva) experiencia de los planes laborales de reconversión industrial. A pesar de la práctica política de este tipo de intervenciones estatales, no parece enteramente congruente con el sistema constitucional que el principio de protección haya de ceder continuamente frente a los requerimientos del principio de libertad de empresa, puesto que el marco de ésta es la economía social de mercado; fórmula que impone controles al primado del orden económico en las direcciones de las políticas sociales (cfr. art. 1.1 CE); ampliamente, Monereo Perez, J. L.: *El nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho flexible del trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; *Ibid., Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo,* Madrid, Civitas, 1996; *Ibid., La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, espec., pp. 9 y ss., y 29 y ss.

[143] Sobre el comité de huelga, *vid.* Cristóbal Roncero, R.: "El comité de huelga", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.) *et al*: *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 323 y ss. También Rentero Jover, J.: *El comité de Huelga en el Derecho Español del Trabajo*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, *passim*.

[144] Para el sentido de la matización que se hace en el texto véase Vida Soria, J.: "Comentario al art. 28.2 de la Constitución Española", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, Edersa, 1983, p. 231. Vida Soria, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en AA. VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Civitas, 1980, p. 254. Casas Baamonde, M. E.: "Las huelgas atípicas en el ordenamiento jurídico español (o huelgas marginadas del tipo de derecho, constitucional y legal, de huelga)", en *REDT,* núm. 24, 1985, p. 515. Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 136 y ss. Martin Valverde, A.: "Huelga laboral y huelga política: un estudio de modelos normativos", en Rivero Lamas (coord.) *et al*: *El derecho del trabajo ante el cambio social y político*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1977, p. 80. Baylos Grau, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1988, 2ª ed., pp. 167 y ss. Terradillos Basoco, J. Mª. y Baylos Grau, A.: "Controles institucionales al ejercicio del derecho de huelga (análisis comparado de las experiencias británica y española)", en *REDT*, núm. 28, 1986, pp. 620 y 621. Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho de huelga y servicios mínimos en la función pública", en *RL*, núm. 9, 1986, pp. 13 y ss. Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, 1990, 5º edición, pp. 457 y ss.

[145] Así lo reconoce expresamente Rodriguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales", en López Pina, A. (Dir.) *et al*: *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991, p. 355.

bien sabido, por lo demás, que el sistema legal vigente del RDLRT no era especialmente proclive a la participación de los huelguistas y de los sujetos colectivos en temas de tan extraordinaria importancia como la delimitación de los servicios mínimos de actividad para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales. Dicho en otras palabras: en el sistema vigente los sindicatos quedan en buena parte relegados de la gestión del conflicto. Pero esta deficiencia del sistema legal consagrado en el RDLRT (bajo el prisma de los presupuestos políticos y jurídicos del período de la transición política) no ha sido en verdad esencialmente subsanada por la doctrina del Tribunal Constitucional[146]. Es cierto que la Constitución -lo cual es valorable positivamente desde el punto de vista de la política del Derecho- no acoge una concepción orgánica del derecho de huelga, pero también lo es que las organizaciones sindicales tienen un papel fundamental dentro del sistema pluralista instituido por el constituyente (art. 7 CE) y que la huelga es, sin duda, el principal "arma" de autotutela sindical de los intereses generales de los trabajadores. Pero no es sólo la falta de apoyo normativo a la regulación colectiva del derecho de huelga, sino la desautorización del autogobierno colectivo del conflicto (de las fuentes autónomas de regulación) que se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional, quien asume una visión pesimista respecto a la capacidad y responsabilidad de la autonomía colectiva para desempeñar ese papel regulador[147]. Se debe reconocer, no obstante, que el Tribunal Constitucional -poniendo de manifiesto el carácter evolutivo del ordenamiento y de su interpretación por los tribunales- ha matizado en parte su postura abriendo cauces para una mayor intervención de los huelguistas o sus representantes en materia tan controvertida como es la determinación de los mínimos de actividad para el mantenimiento de los servicios esenciales[148]; pero, sin embargo, ni siquiera en esto llega hasta sus últimas consecuencias porque la previa negociación o consulta no es entendida como un requisito de validez de la decisión administrativa[149].

Pero en la "regulación" del derecho de huelga ha intervenido profusamente el derecho judicial. Se puede hablar sin exageración de una intensa (y en buena parte "excesiva") judicialización del perfil jurídico del derecho de huelga[150]. No es sólo ya la intervención destacadísima del Tribunal Constitucional en la interpretación "correctiva" del modelo legal de derecho de huelga vigente por el momento. Lo que también se ha de realzar es el importante papel creativo desempeñado por los tribunales ordinarios en la delimitación concreta de las condiciones de ejercicio del derecho de huelga. Se ha tratado de una jurisprudencia evolutiva que ha ido perfilando el contenido y las formas de ejercicio del derecho en base la redefinición de límites "internos" y "externos" del derecho y, en relación a ello, la generosa utilización de conceptos jurídicamente indeterminados, en buena parte asentados en planteamientos estandarizados de pura tópica jurídica (abuso de derecho, buena fe,

[146] STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981\11].

[147] Un planteamiento crítico de síntesis sobre el diseño regulador de las facultades de autotutela colectiva en el modelo normativo de huelga actualmente vigente, en Baylos Grau, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 138-140, con amplia referencia bibliográfica. Un cambio de perspectiva *más garantista* se opera con el PLOHN que de haberse promulgado dotaría a nuestro sistema de relaciones laborales de una pluralidad articulada de instrumentos normativos de regulación del derecho de huelga, señaladamente en el espinoso campo de la huelga en servicios esenciales para la comunidad.

[148] STC 53/1986, de 5 de mayo [RTC 1986\53].

[149] STC 51/1986, de 24 de abril [RTC 1986\51]. Esta cuestión centrará la atención de esta investigación en relación al estudio de la malograda reforma legislativa proyectada en materia de huelga, en la que el legislador (previa "negociación" de la propuesta de ordenación legislativa hecha entre la instancia gubernamental y las dos organizaciones sindicales más representativas del país) supera los planteamientos del Tribunal Constitucional y aboga decididamente por un sistema de regulación mixta que concede amplios espacios de intervención a la regulación colectiva del ejercicio del derecho de huelga en servicios esenciales para la comunidad.

[150] Lo que proyectado en la huelga en servicios esenciales "*ha dado lugar a decisiones que comportan, en consecuencia, una relativa aleatoriedad y un cierto margen de inseguridad jurídica*". Cfr. Presentación de la Propuesta sindical conjunta de regulación del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad. El texto en AA.VV.: *Estudios sobre la huelga: jornada para el estudio del proyecto de ley reguladora del derecho de huelga*, Madrid, ACARL, 1992, pp. 201 y 202.

proporcionalidad o equivalencia de sacrificios, etcétera)[151]. La jurisprudencia -incluida la del Tribunal Constitucional- ha realizado una interpretación extensiva del concepto de servicios esenciales como límite al ejercicio del derecho de huelga, sobre todo haciendo entrar en escena la noción imprecisa de "bienes constitucionalmente protegidos", añadida a los derechos de relevancia constitucional. Lo cual ha permitido la restricción desmesurada del derecho de huelga frente a intereses no calificables de "esenciales" y la ruptura de los "equilibrios" institucionales dentro del sistema de derechos constitucionales[152].

Es bien sabido que la Constitución ha formalizado un orden de preferencia respecto a la garantía de los derechos que reconoce. Un orden preferencial que es reflejo de una operación de política constitucional de reforzar los (por ella considerados) valores preeminentes del sistema jurídico-político que instaura. Todos los derechos fundamentales reflejan valores superiores del ordenamiento jurídico general construido en la norma fundamental y constituyen "la esencia misma del régimen constitucional"[153]. Establecer una indiferenciada limitación del derecho de huelga frente a cualquier "bien constitucionalmente protegido" entraña, pues, el riesgo manifiesto de alterar la unidad del ordenamiento que la Constitución Española asegura sobre la base de su "orden de valores"[154].

Hay que tener en cuenta que la huelga derecho y medida de acción colectiva forma parte del sistema democrático de relaciones laborales. Y lejos de lo que pudiera parecer bajo ciertos enfoques interesados la huelga (como otros instrumentos de acción colectiva como la libertad sindical y la negociación colectiva, estrechamente vinculados entre sí como *derechos de acción colectiva*), forma parte del orden jurídico institucional democrático que facilita que las relaciones de fuerza (implicadas en el conflicto laboral) sean encauzadas y transformadas por vía de Derecho (proceso de "juridización" de las diversas formas de acción colectiva/sindical). Estos derechos de acción colectiva en general (y la huelga en particular) garantizados por el sistema jurídico de la democracia constitucional asumen la función primaria de realizar un (re)equilibrio de fuerzas entre los poderes implicados en el mundo del trabajo. Más allá de su garantía en el sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales, sus modelos de regulación están fuertemente influidos por las tradiciones del movimiento sindical y la misma fisonomía de las culturas jurídicas nacionales (reflejo siempre de opciones de política del Derecho). En otras palabras, lo que se constata a nivel internacional general -y europeo en particular- es la diversidad de modelos nacionales de acción colectiva, aunque en Europa se aprecien aspectos regulativos y tendencias comunes. Algunas de ellas resultan indiscutibles: la orientación de política del Derecho hacía la procedimentalización jurídica de los conflictos laborales (promoción de mecanismos de autocomposición para la solución jurídica

[151] *Vid*. Baylos Grau, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 135-137. Se ha de retener la relevancia de los *estándares* propios del pensamiento tópico aplicados al ejercicio del derecho de huelga. Se debe sobre todo a las aportaciones de la doctrina italiana un elaborado planteamiento crítico de los límites "internos". En nuestro país, véase Durán López, F.: *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976, pp. 83 y ss.; Monereo Pérez, J. L.: "Las modalidades de huelga: la normalización jurídica de las llamadas huelgas anómalas (I y II)", en *Documento Laboral*, núm. 41 y 42 (1993) y (1994); Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 301 y ss.

[152] Véase, por todos, Valdés Dal-Ré, F.: "Derecho de huelga y servicios mínimos en la función pública", en *RL*, núm. 9, 1986, pp. 13 y ss.

[153] Para la significación jurídico-política del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, véase Garcia De Enterría, E. y Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, II*, Madrid, Civitas, 1991, 3ª ed., pp. 57 y ss. El Tribunal Constitucional ha hecho valer ese principio de "singular preeminencia" deducible de su ubicación y de su más intensa protección constitucional. Proyectando este principio preferencial dice el Alto Tribunal que "*la preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial*" (STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123]).

[154] Una vez más se impone la cita obligada de Garcia De Enterría, E. y Fernández, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo, II*, Madrid, Civitas, 1991, 3ª ed., pp. 128 y ss.

de conflictos, que pueden como vías alternativas al ejercicio inmediato del derecho de huelga) y los intentos (todavía no alcanzados, y más bien como objetivos a perseguir) de tales derechos de acción colectiva (y entre ellos el derecho de huelga) puedan dar una respuesta eficaz a la nueva conformación de las fuentes reales de poder; o si se quiere decir de otro modo: a las nuevas fronteras, confines y espacios de los poderes empresariales, que se hallan cada vez más emancipados de los marcos regulativos y de control democrático de las legislaciones nacionales. Hasta tal punto es así, que ello ha planteado una crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea, con la tendencia hacia el desplazamiento de ese constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal[155].

El estudio de la fórmula constitucional de garantía del derecho fundamental de huelga (artículos 28.2, 53, 81 y 93 a 96, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, el cual remite imperativamente, como canon de interpretación, al sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales)[156], pone de relieve el incumplimiento legislativo de la obligación constitucional de establecer una garantía efectiva de este derecho a través de una Ley Orgánica (art. 81 CE) que materialice y dé cumplimiento al mandato constitucional. De tal manera que se garantice la observancia de su "contenido esencial" (art. 53.1, atendiendo a su concreción conforme el estándar de garantía internacional multinivel) y la efectividad del derecho, tanto más necesario ante los desafíos que plantea el reforzamiento de los poderes directivos del empleador, apoyados en el dominio y control de las nuevas tecnologías, las nuevas formas de organización de las empresas (las empresas red, especialmente en redes de subcontratación empresarial; las "empresas vacías" mediante el recurso a diversas técnicas de externalización productiva y de gestión indirecta de los trabajadores; los grupos de empresas y la interconexión entre las distintas empresas que forman parte del complejo empresarial de estructura compleja[157]; el uso de la tecnología misma para instrumentalizar la inefectividad y la neutralización de los efectos jurídicos lesivos consustanciales al derecho de huelga, por ejemplo la "reprogramación" en medios televisivos, etcétera). Pero también ha de ser una Ley Orgánica que garantice un equilibrio satisfactorio y proporcional entre el ejercicio legítimo del derecho de huelga y el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad ("Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad"; art. 28.2 CE).

Este sería el modelo legal propio del garantismo jurídico en el cual está enclavado el derecho de huelga en nuestra Constitución. El vigente modelo legal (cuyo marco regulador, sorprendentemente, continúa siendo el Real Decreto-Ley de 4 de marzo de 1977 y la STC de 8 de abril, y los sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional) basado en una interpretación integradora y creadora de la jurisdicción constitucional y ordinaria del Tribunal Supremo (y en parte como creación de los juristas), no sólo es insuficiente y deficiente, sino que también está agotado. No puede hacerse recaer todos los grandes retos que se plantean para la garantía efectiva del derecho de huelga en los órganos jurisdiccionales. Esa Ley Orgánica no operaría en el vacío, pues cuenta con la doctrina jurisprudencial

[155] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5.IV (sobre "La crisis del constitucionalismo democrático-social en la Unión Europea" y "el desplazamiento del constitucionalismo social europeo por el constitucionalismo débil neoliberal"), pp. 388-470.

[156] Conforme al art. 10.2 CE, "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

[157] Sobre los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico laboral, véase, por todos, Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2021, 661 pp., y sobre en particular sobre la problemática de la huelga en el marco de los grupos empresariales, véase *Ibid.,* Capítulo XVII ("La huelga en los grupos de empresas y en redes empresariales"), pp. 519-535.

-aunque en no pocos casos contradictoria- y con el frustrado Proyecto de Ley de Huelga de 1992/1993, que contiene elementos reguladores garantistas, a los cuales se añadiría la problemática de los nuevos fenómenos que están debilitando el ejercicio efectivo del derecho de huelga (señaladamente las nuevas formas esquirolaje interno, tecnológico y organizacional. Pero también con la cultura de los juristas del trabajo que han contribuido a elaborar el conjunto de los derechos de acción colectiva[158].

Esta Ley Orgánica de Huelga debería ser una regulación de apoyo o fomento, lo que evidentemente no excluye -más bien presupone y exige- que se someta a un sistema de límites en su coexistencia con otros derechos constitucionales siempre que esos límites respeten el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE). Inevitablemente debe partir de la realidad del conflicto permanente que caracteriza a las relaciones laborales. Este conflicto laboral se ordena y se reproduce sobre sobre niveles y equilibrios siempre nuevos, lo que conlleva llegado una redefinición del marco regulador. Hay que superar la escisión de los momentos del conflicto y del pacto, pues son coextensos dinámica y funcionalmente: no se puede entender (porque no se corresponde con la realidad de la experiencia social y jurídica) que el momento del conflicto colectivo sea algo excepcional y patológico y que el momento del pacto pertenezca al ámbito de lo "normal", "fisiológico" y armonizador en el sistema de relaciones laborales.

Por último, una Ley Orgánica de Huelga tiene que dar cuenta -de manera coherente con las garantías constitucionales- de las fuertes conexiones existentes entre el derecho de libertad sindical, la huelga y la negociación colectiva, pues estos derechos de acción colectiva/sindical constituyen instrumentos de acción necesarios para que los sindicatos estén en condiciones de cumplir sus funciones constitucionales (artículos 7, 28, apartados 1 y 2, y 37, apartados 1 y 2, de la Constitución jurídico-social de la democracia constitucional)[159]. De manera que la libertad sindical incorpora una dimensión o vertiente funcional, es decir, de acción colectiva de los sindicatos encaminada a defender los intereses que le son propios, que no son otros que los intereses socioeconómicos y sociopolíticos de las clases trabajadoras.

2. LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE HUELGA Y LOS PODERES EMPRESARIALES REFORZADOS CON EL USO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: EL ESQUILORAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO

> *"El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad"*
>
> RONALD DWORKIN[160]

2.1. Líneas jurisprudenciales respecto al esquirolaje interno y tecnológico

En la jurisprudencia constitucional existente en la que se desarrolla la visión de la huelga como derecho, también se localizan tendencias de jurisprudencia ordinaria que mantiene una visión reductiva de esta medida de presión de ejercicio colectivo por parte de los trabajadores. Es una línea

[158] 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, Comares, 2002, pp. 1057-1156.

[159] Vinculación destacada también desde la garantía del contenido esencial del derecho de libertad sindical por las SSTC 219/2001, de 31 de octubre, RTC 219/2001, 281/2005, de 7 de noviembre, RTC 2005/28; 200/2006, de 3 de julio RTC 2006/200, 22 de septiembre de 2008, RTC 2008/108.

[160] Dworkin, R.: *Los derechos en serio* (1977)*,* trad. M. Guastavino, Barcelona, Planeta-De Agostini/Editorial Ariel, 1993, p. 36.

que se alinea con los tiempos vividos de crisis económica y de reducción de los derechos de los trabajadores al mismo par que se refuerza los poderes empresariales.

Al hilo de lo anterior, la sustitución interna de trabajadores huelguistas llevada a cabo por trabajadores que se encuentran vinculados a la empresa al tiempo de la comunicación de la huelga, puede constituir un ejercicio abusivo de las facultades directivas empresariales[161]. Así ocurrirá cuando, sea de forma intencional, o sea de forma objetiva, dicha sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio[162]. Tampoco cabe amparar esa sustitución de los huelguistas en la potestad directiva de movilidad funcional, teniendo en cuenta que se utilizan trabajadores de otras categorías profesionales[163]. En el mismo sentido, en un supuesto en el que también se denunciaba la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, la jurisprudencia establece que la "sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un ejercicio abusivo del "ius variandi" empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido "ius variandi" no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo"[164].

Sobre el denominado "esquirolaje tecnológico" encontramos diferentes vaivenes jurisprudenciales del Tribunal Supremo hasta que, en el año 2017, el Alto Tribunal asienta doctrina constitucional en el sentido antes dicho de refuerzo de los poderes empresariales (sentencia a la que nos referimos detenidamente más adelante).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 12 de abril de 2012, es la primera del Tribunal Supremo[165], en el debate de la procedencia o improcedencia de utilización de medios tecnológicos con los que evitar la eficacia del derecho de huelga, confirmó la favorable y, por tanto, lícita utilización empresarial de los medios tecnológicos con los que evitar que la huelga fuera percibida por los espectadores.

En esta resolución se combate el pronunciamiento de la sentencia de instancia que ha considerado una vulneración del derecho de huelga la emisión de publicidad, a tenor del cual, "*el día 29 de junio de 2010 ETB emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa. ETB ingresó una cantidad cercana a los 6.000 euros en tal concepto*"[166].

La sentencia recurrida ante el Tribunal Supremo justificó la anterior conclusión en virtud de la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se establece lo siguiente: no entran dentro de la noción del servicio esencial de información los espacios de entretenimiento carentes de interés informativo, aun previamente grabados en la medida en que con estas emisiones pregrabadas se "*persigue la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de*

[161] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
[162] STS 18 de marzo de 2016 [RJ 2016\1828].
[163] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
[164] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
[165] STS 11 de junio de 2012 [RJ 2012\6841]. Un comentario crítico sobre esta sentencia pueda verse en Pérez Rey, J.: "El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, pp. 163 y ss.
[166] STS 11 de junio de 2012 [RJ 2012\6841].

repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión". Referencia que se completa con la afirmación de que "*el derecho de huelga no se vulnera solamente por la utilización de los medios personales en sustitución de las personas en huelga, sino también como en el presente caso, por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales*"[167]. Sentencia del Tribunal Constitucional cuya razón principal para estimar la lesión del derecho fundamental a la huelga fue la noción de temporalidad (presente en el art. 10.2 RDLRT) por no encontrarnos ante servicios de "reconocida e inaplazable necesidad", pues la información pregrabada emitida, como parte de los servicios mínimos decretados, podría haberse emitido con posterioridad a la huelga por no contener la actualidad e inmediatez necesarias[168]. Modelo legal de la huelga, por cierto, bastante complejo en su marco de regulación, el cual continúa residenciado en una norma preconstitucional, de problemática adaptación al texto constitucional[169].

Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que el motivo debe estimarse porque, en la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia, se incurre en una confusión sobre el alcance y la función de la garantía de los servicios mínimos y su proyección sobre el ejercicio del derecho de huelga. Para el Tribunal Supremo, la garantía de los servicios mínimos opera precisamente para establecer un mínimo de prestación en los servicios que se califican como esenciales, de forma que impone un límite al ejercicio del derecho de huelga en la medida en que los huelguistas, aunque pudieran lograr, con su poder de convocatoria, una limitación mayor de la actividad de la empresa, tendrán que respetar ese nivel de prestación de servicios mínimos por parte de la empresa. Por ello, confirma el Tribunal Supremo en esta resolución que "*el razonamiento de la sentencia recurrida altera esa función y convierte la determinación de los servicios mínimos en un límite a la propia actividad empresarial, de forma que la entidad afectada no podría, aunque pudiera hacerlo sin lesionar el derecho de huelga, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados*".

Aplicando el razonamiento anterior, para el Tribunal Supremo, los servicios mínimos se convierten en máximos y la sentencia recurrida concluye que hay lesión del derecho de huelga "*por la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales*". Pero esta afirmación de la resolución recurrida, para el Tribunal Supremo, "*no puede compartirse, porque si la empresa emplea para desarrollar esas actividades trabajadores no huelguistas o sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano no lesiona el derecho de huelga. Ese derecho solo se vulnera si los trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos se utilizan para cumplir servicios no esenciales, pero no si los servicios no esenciales se ejecutan por trabajadores no huelguistas o por medios automáticos*"[170].

En esta sentencia recurrida, no acoge el Tribunal Supremo la doctrina del Tribunal Constitucional al considerar que no lleva a la conclusión contraria porque, la sentencia constitucional[171], decide un supuesto que no guarda la debida identidad con el que aquí se ha examinado ahora mismo, pues se trataba de la impugnación de la consideración, por el Real Decreto 531/2002, como servicio mínimo, de la emisión de una programación previamente grabada. Considera el Tribunal Constitucional que, aun "*en aquellos supuestos en los que la programación previamente grabada revista un contenido o un interés primordialmente informativo, se restringe de manera desproporcionada el derecho de*

[167] STC 183/2006, de 19 de junio [RTC 2006\183].

[168] Grau Pineda, C.: "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, versión electrónica. Asimismo, Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019.

[169] Monereo Pérez, J. L.: "La huelga (artículo 28.2 CE)", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, p. 1058.

[170] STS 11 de junio de 2012 [RJ 2012\6841].

[171] STC 183/2006, de 19 de junio [RTC 2006\183].

huelga", pues se trata de "*una información que obviamente puede ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga*", "*sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga*" y añade, en una referencia más próxima al presente caso examinado por el Tribunal Supremo, que, además, "*no toda la programación de televisión tiene que ver con el referido derecho constitucional, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento*" y, por ello, entiende el Tribunal Constitucional que esa "*actividad televisiva previamente grabada, desprovista de todo contenido e interés informativo*", "*en nada concierne al derecho a comunicar y recibir información «ex» art. 20.1.d) CE*". Destaca, por último, que mediante la calificación como servicio mínimo de la emisión, dentro de los horarios habituales de difusión, de una programación previamente grabada se persigue "*la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se priva de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria*" al derecho de huelga.

Por tanto, para el Tribunal Supremo, en la sentencia de 11 de junio de 2012, no puede aplicarse la doctrina constitucional porque no se ha considerado como servicio esencial la emisión de publicidad preprogramada, sino que simplemente se ha procedido a la emisión de la misma, sin que conste que para ello se hayan utilizado los servicios del personal designado para cubrir los servicios esenciales. Por el contrario, ha quedado probado, para el Tribunal Supremo, que la emisión se produjo de manera completamente automática. No hay, por tanto, "*ninguna lesión del derecho de huelga, porque lo que veda la doctrina del Tribunal Constitucional mencionada es que se califique como servicio esencial y que, por tanto, pueda ser atendida por trabajadores asignados a estos servicios (por ejemplo, en labores de control, conexión o supervisión) la gestión de una programación pregrabada que no tiene valor informativo alguno y que, sin embargo, al emitirse, creando la imagen de una continuidad del servicio, puede perjudicar los objetivos de la huelga*" . Pero de esta afirmación no cabe deducir, para el Tribunal Supremo, que, como se trata de una actividad no calificable como servicio esencial, no pueda realizarse por la empresa: "*la actividad podrá realizarse, como cualquier otra, siempre que no se asignen a ella trabajadores encargados de los servicios mínimos, es decir, si se realiza con personal no huelguista y sin utilizar personal incluido en la prohibición de sustitución del art. 6.5 del Real Decreto-Ley 17/1977, o si se realiza de forma totalmente automática*".

Por todo lo anterior, debe reiterarse la doctrina contenida en las sentencias de 4 de julio de 2000[172] y 9 de diciembre de 2003[173]. En estas sentencias se establece que no existe ningún precepto que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para atenuar las consecuencias de la huelga, y que si las emisiones preprogramadas se realizaron sin ser interrumpidas, pero "*sin que los huelguistas fueran sustituidos por otros trabajadores, ni extraños a la empresa, ni de su propia plantilla, el derecho fundamental no se ha vulnerado*" y ello porque el derecho de huelga "*garantiza el que los huelguistas puedan realizar los paros sin ser sancionados por ello*", pero no asegura su éxito, ni en el logro de los objetivos pretendidos, ni en el de conseguir el cese total de la actividad empresarial.

En suma, el Tribunal Supremo entiende que no se lesiona el derecho de huelga si la empresa utiliza sus propios medios técnicos sin aplicación de trabajo humano[174].

[172] STS 4 de julio de 2000 [RJ 2000\6289].

[173] STS 9 de diciembre de 2003 [RJ 2003\9371].

[174] Grau Pineda, C.: "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, versión electrónica.

Sin embargo, en una posterior resolución del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012[175], sí queda proscrito el denominado "esquirolaje tecnológico" (al menos, hasta que llegara la STC 17/2017, de 2 de febrero[176], a la que después nos referiremos).

Como decíamos, en esta segunda sentencia del Tribunal Supremo, no sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho fundamental cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios automáticos, en el caso de que dicha actividad empresarial, aun cuando sea mediante la utilización de medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando el contenido esencial de este derecho, de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en el derecho a la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza del derecho de huelga, y también del de libertad de empresa, que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.

No obstante, esta doctrina que hace referencia al denominado esquirolaje tecnológico (sustitución de medios humanos por medios mecánicos o automáticos), "*no nos puede llevar a confirmar en este punto la sentencia recurrida*", al obrar en la misma, como única referencia al respecto, el contenido del hecho, conforme al cual, se "*emitió publicidad ordinaria y de la llamada Teletienda de manera continuada entre los programas que consideró servicios esenciales. Dicha publicidad se hallaba preprogramada y su emisión se produjo de manera completamente automática, sin intervención humana directa*". Además, no "*se efectúa alusión ni valoración alguna con respecto a la incidencia que pudo tener en la huelga la descrita actividad empresarial, en el sentido de producir un vaciamiento del contenido del derecho de huelga, o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio*"[177].

En suma, no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro. Y es que, con el planteamiento de la empresa, quedaría legitimada una actuación en la que se emitieran también todos los programas de entretenimiento -películas, concursos, reportajes, etcétera- que constituyen el mayor porcentaje de la parrilla de programas de cualquier televisión y que están, en su inmensa mayoría, pregrabados. Si a ello le añadimos la emisión en directo de los informativos -que siempre estará justificada por el debido respeto al derecho de comunicación e información y así se habrá establecido en la correspondiente norma de servicios mínimos- el resultado práctico no puede ser más evidente*:* "*se consigue ofrecer una apariencia de normalidad con lo que la realización de una huelga en este tipo de empresas puede llegar a tener una trascendencia social prácticamente nula y, consiguientemente, el ejercicio de ese derecho puede quedar prácticamente vaciado de contenido real, lo que no es admisible en términos del derecho constitucional a la huelga, todo lo que nos lleva a modificar la doctrina sentada hasta ahora en supuestos similares al presente*". Por lo tanto, se concluye que "*se vulnera el derecho de huelga cuando se utilizan medios mecánicos o tecnológicos para sustituir la actividad que correspondía realizar a los trabajadores huelguistas*"[178].

[175] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
[176] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
[177] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].
[178] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].

Este era el contenido y *status quaestionis* más destacable sobre el esquirolaje tecnológico hasta el momento. Pero fue la STC 17/2017, de 2 de febrero[179], la que vino a interpretar constitucionalmente la doctrina legal y jurisprudencial sobre el citado esquirolaje[180].

Como decíamos, esta sentencia toma partida en el denominado esquirolaje tecnológico recogiendo la diferencia de opiniones que se produjeron en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012[181], e imponiendo la posición que en la citada sentencia era minoritaria como interpretación constitucional. En efecto, el Alto Tribunal recupera uno de los Votos Particulares[182], y lo traslada a su propia sentencia constitucional para concluir que el derecho de huelga no puede limitar el uso de medios técnicos de los que habitualmente se dispone en la empresa para mantener la actividad[183].

Se indicó que esta sentencia versa sobre la sustitución interna de trabajadores huelguistas y la utilización de medios técnicos de uso no habitual para la retransmisión por "Telemadrid" de un partido de futbol y en la que el Tribunal Constitucional confirma que la utilización de medios ya existentes en la empresa o de procedimientos diferentes a los habituales es compatible con el derecho de huelga. En otros términos, para el Tribunal Constitucional no se vulnera el derecho de huelga cuando se desarrolla un procedimiento diferente al normalmente previsto para retransmitir un partido por televisión ni cuando se utilizan medios técnicos no habituales pero existentes en la empresa[184].

El Tribunal Constitucional debate si la presunta vulneración del derecho de huelga se produce por la emisión de un partido el día en que se desarrollaba la misma. Al respecto, la única diferencia de la retransmisión del partido de fútbol en este día de huelga con cualquier otro consistió en que la señal se envió a un control diferente.

Para el Tribunal Constitucional, si quiere apreciarse la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista. Pero, además, afirma el tribunal que los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. Concluye el Tribunal Constitucional que, en atención a lo expuesto, constatado que los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, la alegada vulneración del derecho de huelga por este motivo debe ser rechazada.

Pero también se discute la vulneración del derecho de huelga porque se han utilizado medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, para emitir el partido de fútbol. La duda que debe resolverse en este momento consiste en si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y

[179] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].

[180] *Vid.* Sanguineti Raymond, W.: "El derecho de huelga en entredicho", en *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017, pp. 11 y ss.

[181] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].

[182] El Voto Particular del Magistrado Aurelio Desdentado Bonete.

[183] Baylos Grau, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 34 y 35. También, Miñarro Yanini M.: "Según el Tribunal Constitucional "si es tecnológico, no es esquirolaje": retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 429 (2018), pp. 211 y ss.

[184] Para mayor abundamiento sobre esta sentencia, *vid.* Martínez Moreno, C.: "El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (2017), pp. 894 y ss. Pérez Rey, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol), en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017), pp. 151 y ss.

puede asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas. Lo cierto es que la empresa utilizó medios técnicos de los que disponía, de uso no habitual, para retransmitir el partido el día de la huelga, y, para ello, se sirvió de trabajadores no huelguistas que siguieron realizando las funciones propias de su categoría. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que la empresa haya contratado a otros trabajadores para realizar las funciones de los huelguistas, ni en el que el empresario haya modificado las funciones que vienen realizando los no huelguistas. Por tanto, concluye el Tribunal Constitucional, no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario -los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas- sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa.

Por lo anterior, el Alto Tribunal confirma que exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empleador una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente. Por ello, la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga. Concluye el Tribunal Constitucional confirmando que la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello, porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma.

La sensación con esta sentencia es como si el Tribunal Constitucional estuviera interesado en abrir espacios para el ejercicio incondicionado de los poderes empresariales, aunque afecten a derechos fundamentales garantizados por la propia CE[185]. La tecnología es una realidad jurídica que, en sí misma, no constituye una amenaza a los derechos de los trabajadores; por ello, será el uso que se haga de la misma por parte de los poderes empresariales los que condicionarán el favorecimiento o limitación de los derechos en función de su disponibilidad[186].

Con esta solución judicial el Tribunal Constitucional termina dando una respuesta del siglo xix a un problema del siglo xxi, sin ser sensible a la perspectiva que tiene el ejercicio de los derechos fundamentales ante el avance de las nuevas tecnologías[187]. El anticuado modelo legal existente en nuestro país produce interpretaciones ancladas en un modelo productivo pretérito que termina desafiando a la eficacia actual del derecho de huelga[188]. Surge así una cierta defensa al derecho de la empresa utilizando los medios a su alcance frente el derecho fundamental de la huelga[189].

Voces de la doctrina constitucionalista consideran que la actuación del tribunal ha sido más como un juez ordinario que como el supremo juez protector de los derechos fundamentales, pues se produjo esquirolaje tecnológico y muy posiblemente interno, pues el empleado que introdujo la "mosca" no tenía está función de manera habitual[190].

---

[185] Sanguineti Raymond, W.: "El derecho de huelga en entredicho", en *Trabajo y Derecho*, núm. 28, 2017, p. 13.

[186] Pérez Rey, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017), p. 151.

[187] Sanz Pérez, A.: "El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2017), p. 164.

[188] Pérez Rey, J.: "Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 59 (2012), pp. 195 y ss.

[189] Escribano Gutiérrez, J.: "Derecho de huelga, 'ius variandi' y esquirolaje tecnológico", en *Temas Laborales*, núm. 139 (2017), p. 227.

[190] Sanz Pérez, A.: "El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2017), pp. 164 y 165. "*Se puede concluir que hubo suplantación de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales, aunque no fuesen personales, que solo buscaban el*

Esta STC 17/2017, de 2 de febrero[191], ya fue seguida por diversa jurisprudencia menor y también por el propio Tribunal Supremo en sentencia de fecha 13 de julio de 2017, sentencia que argumenta que en este supuesto no se ha puesto en marcha una clara acreditación de un "*recurso productivo específico para contrarrestar la huelga*", sino que, por el contrario, "*ahora opera el sistema habitual de redistribución de tareas*"[192].

Sentencia del Tribunal Supremo en la que el propio Ministerio Fiscal solicita la aplicación de la STC 17/2017, de 2 de febrero[193], cuando establece lo siguiente: "ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. El uso por los trabajadores que no secundan el paro de los medios técnicos de los que dispone la empresa no vulnera el citado derecho siempre que aquéllos no realicen funciones que son ajenas a su cargo para sustituir a los huelguistas. La protección constitucional del derecho a la huelga impone limitaciones al empresario, pero no le obliga -ni a él ni a los empleados que deciden ejercer su derecho a trabajar- a contribuir al éxito de la protesta. No puede exigirse al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa, pues ello supone imponerle una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente".

Por todo ello, resuelve el Tribunal Supremo de la siguiente manera: "no ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga. En todo caso, la doctrina de la STC 17/2017 de 2 febrero (Telemadrid) aleja la sombra de la aludida vulneración"[194].

De cualquier modo, el derecho de huelga -como derecho fundamental- tiene que tener garantizada una auténtica efectividad real, de manera que consiga ser un arma de presión para cambiar la correlación de fuerzas frente a la contraparte. Para ello resulta indispensable que se limiten los poderes directivos del empleo mediante el recurso a esquirolaje interno (y por supuesto también al externo, contratando a trabajadores que no estaban en la plantilla de la empresa antes de la convocatoria de la huelga; cfr. art. 6.5 RDLRT de 1977)[195] a través de distintas vías como la movilidad laboral (artículos 39, 40 y 41 del ET), que permitan al empresario utilizar trabajadores de la plantilla que no estaban prestando servicios en los centros de trabajo, talleres o tareas afectadas por el ejercicio del derecho de huelga. No es inoportuno recordar que antes de la sentencia de 2017 se dictaron sentencias del Alto Tribunal considerando que la sustitución interna de trabajadores huelguistas durante la vigencia de la medida de acción colectiva constituye un ejercicio abusivo del *ius variandi* empresarial al neutralizar los efectos lógicos que son inherentes a la función típica del derecho de huelga, saber, causar un perjuicio a la actividad productiva de la empresa y a su normal funcionamiento como medida de presión colectiva (SSTC 18/2007; 33/2011, 184/2006; y antes 123/1992, 22/2011; y reclamada por la STS de 27 de enero de 2021, rec. 140/2019). Si se priva o neutraliza ese perjuicio razonable inherente a la huelga se vulneraría el contenido esencial de la huelga como efectiva como medida de acción colectiva y efectiva arma de presión colectiva. Y nótese que estamos ante un "derecho" y no ante una simple "libertad" de huelga, que en sí misma no garantizaría una tal limitación de los poderes

fracaso de la huelga. Por ello, bien podría haberse producido un fallo algo más matizado y más tuneladora de los derechos fundamentales".

[191] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].

[192] STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].

[193] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].

[194] STS 13 de julio de 2017 [RJ 2017\4148].

[195] Prácticas condenadas por el Comité Sindical de la OIT. Cfr. Gravel, E., Duplessis, I.,y Gernigon, B.: *El Comité de Libertad Sindical: Impacto desde su creación,* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001, pp. 45-46.

empresariales. Ello entrañaría en sí el vaciamiento de un elemento fundamental del contenido esencial del derecho de huelga.

2.2. El esquirolaje tecnológico: sustitución interna de trabajadores y utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga (a propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero)

Como comentábamos anteriormente, y por la importancia que posee esta reciente sentencia constitucional del Alto Tribunal que cambia la doctrina hasta el momento vigente[196], creemos justificado y conveniente centrarnos específicamente, con cautela y detenimiento, en el estudio de esta sentencia[197].

2.2.1. Sobre la posible existencia de vulneración del derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de libertad sindical

El Sindicato Confederación General del Trabajo interpuso demanda de amparo contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2013 que inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de julio de 2012 desestimatoria, a su vez, del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 30 de noviembre de 2011. Al hilo de lo anterior, los hechos relevantes para la resolución del amparo solicitado son los siguientes:

a) El 15 de septiembre de 2010, el Sindicato Confederación General del Trabajo, comunicó a la Dirección General de trabajo de la Comunidad de Madrid el acuerdo de declaración de huelga en el Ente público Radio Televisión Madrid y sus Sociedades, tratándose de una huelga general para todos los trabajadores y funcionarios del Estado y para las 24 horas del día 29 de septiembre.

b) Con motivo de tal convocatoria de huelga se efectuaron distintas propuestas por empresa y representación de los trabajadores sobre servicios mínimos, no produciéndose acuerdo alguno al respecto y no llegándose a fijar servicios mínimos en dicha entidad.

c) El día convocado para la huelga Telemadrid no emitió ninguna programación a excepción del partido de la Champions League con una duración aproximada de una hora y cuarenta y cinco minutos, y ello debido a la ausencia de personal para emitir los programas al estar secundando la huelga. En concreto, en la unidad de continuidad todos los trabajadores secundaron la huelga y ello impedía emitir la publicidad y los programas grabados. Sin embargo, un trabajador que prestaba servicios en control central y en turno de tarde, no secundó la huelga y acudió a trabajar; en el departamento de Grafismo el coordinador tampoco secundó la huelga, así como tampoco lo hizo el Jefe de Estudios.

d) El día de la huelga (29 de septiembre), la señal que se estaba emitiendo era un cartón anunciando la existencia de la huelga. Este día, a la hora prevista, llegó la señal del partido de la Champions League. Ante la llegada de la señal se planteó la posibilidad de emitir el partido dado que había un trabajador en control central. A la vista de ello, una vez que llega la señal a la antena de Telemadrid, ese trabajador que prestaba servicios en control central y que tenía por funciones

[196] Esta sentencia del Tribunal Constitucional (de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. Pérez de los Cobos Orihuel) inadmite el recurso de casación para unificación de doctrina con un Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhiere la Magistrada Sra. Asúa Batarrita y el Magistrado Sr. Xiol Ríos.

[197] *Vid.* al respecto, Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "STC 17/2017, de 2 de febrero. Sustitución interna de trabajadores y utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga", en VV, AA.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social.* Tomo XXXIV, Madrid, 2017. Biblioteca de Jurisprudencia - Civitas, passim.

-entre otras- conmutar señales, envió la señal al locutorio conforme le indicaron. En el locutorio, el locutor, que no estaba en huelga, llevó a cabo la locución, devolviéndose la señal automáticamente a control central desde donde se envió a grafismo (en lugar de a continuidad como es habitual), en donde el coordinador utilizando una máquina de uso habitual en grafismo había insertado en la misma previamente la "mosca" con el símbolo de Telemadrid. La señal capta la "mosca" y vuelve a control central automáticamente. En lugar de enviarse la señal, como en un día habitual, desde el departamento de continuidad al codificador A, se utiliza el codificador B o línea de reserva que es normalmente control central quien la envía a tal codificador. De este modo el trabajador de control central conmuta la señal que vuelve automáticamente desde grafismo y la envía por la línea que va al codificador B, siendo así que por el codificador A la señal emite un cartón negro y por el codificador B se emite el partido. Es un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de tal labor el que llamó a Abertis y les dijo que activaran el codificador B que normalmente se utiliza en casos excepcionales y, debido a todo lo anterior, desde Telemadrid se emitió el evento deportivo.

e) Ante tales hechos y por la emisión del partido de fútbol, el sindicato interpuso demanda por vulneración del derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de libertad sindical por entender que, a la vista de los acontecimientos descritos, se produjo un acto de sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje. Manifiesta el sindicato que se ha sustituido a los trabajadores que estaban en huelga por otros trabajadores que les suplantaron en sus funciones dando lugar a un supuesto de esquirolaje.

2.2.2. Antecedentes del supuesto planteado en los tribunales ordinarios

Para el Juzgado de lo Social, la actuación descrita en modo alguno se considera vulneradora del derecho de huelga por varias circunstancias. Entre ellas destaca la escasa duración de la emisión del partido en relación al resto de la jornada en la que Telemadrid no emitió programación alguna, llegándose a calificar la huelga por el propio sindicato demandante como de exitosa en relación al éxito menor que se había dado en otros ámbitos del Estado y de actividad dentro del mismo, que revela que tal incidente como fue la emisión del partido no obstaculizó el ejercicio del derecho de huelga ni el éxito de la huelga en la empresa.

Por otro lado, para el Juzgado de lo Social, los trabajadores que no realizaban la huelga ese día y que colaboraron en la emisión del partido, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente. En efecto, el trabajador de control central conmutó señales dentro de sus funciones; y en el departamento de grafismo se encontraba el coordinador que se encarga normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina, entre otros, el de grafismo; por tanto, el mismo supervisa tal trabajo y sí tiene entre sus cometidos generar la "mosca" de Telemadrid que figura en la emisión. En cuanto al locutorio fue abierto por el vigilante de seguridad y consta que estaba funcionando pues se había quedado encendido el día anterior al no haberse apagado como consecuencia de la huelga. El locutor no hacía huelga por eso se llevó a cabo la locución. Y en cuanto a la emisión final del partido, fue posible a través del codificador B o línea de reserva, que, si bien no se suele utilizar, salvo en casos excepcionales, es desde luego una posibilidad técnica con la que cuenta la empresa para poder desarrollar su actividad.

Para el Juzgado de lo Social, lo único que sucedió es que con los medios técnicos que la empresa tenía a su alcance y con los trabajadores no huelguistas -que tienen derecho, desde luego, a trabajar y a no secundar la huelga- se llevó a cabo esta emisión en un espacio breve de tiempo en relación a la duración de programación diaria.

Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social, por parte del sindicato demandante se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia. Alega el sindicato recurrente que por la empresa se han utilizado medios técnicos no habituales, aunque técnicamente posibles, como la utilización del control central en lugar del departamento de continuidad, la introducción de otra señal teniendo frente a lo habitual dos emisiones distintas entre el canal habitual y el de reserva, y la utilización, requiriendo servicios externos, de una señal de emisión de codificador B, que es una línea de reserva, para poder emitir con la locución y la impresión del logo corporativo oportuno.

Sin embargo, el recurso de suplicación fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia afirmándose que el empresario ha de respetar el derecho de huelga, pero no debe colaborar o favorecer en el mismo. Para la Sala, no siendo el derecho de huelga un derecho de resultado es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas. Se llega así a la conclusión de que la actuación empresarial el día de la huelga se limitó a servirse de los medios de los que se disponía habitualmente, lo que no merece la calificación de actuación contraria al derecho fundamental a la huelga sino la de conducta lícita y conforme a derecho.

Frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interpuso, por el sindicato recurrente, recurso de casación para unificación de doctrina que fue inadmitido por el Tribunal Supremo por falta de contradicción.

2.2.3. Los límites del empresario en la utilización de medios técnicos: doctrina constitucional

Comienza el Tribunal Constitucional delimitando el objeto del presente proceso de amparo: en efecto, la cuestión a resolver consiste en analizar la vulneración del art. 28.2 CE por haber sido sustituidos los trabajadores huelguistas por trabajadores no huelguistas que realizaron funciones que no le son propias y por utilizar medios técnicos de uso no habitual en la empresa para retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga.

En este sentido, se refiere el Alto Tribunal a la STC 123/1992, de 28 de septiembre[198], y a la STC 33/2011, de 28 de marzo[199], las cuales, amplían la prohibición de esquirolaje a la realización, por trabajadores ya vinculados a la empresa antes de la huelga, de funciones distintas a las que normalmente desempeñan bien utilizando el empresario las facultades empresariales en materia de movilidad, o bien aceptando voluntariamente la realización de servicios distintos.

La STC 123/1992, de 28 de septiembre[200], en la que se aborda el problema de la lesión del derecho de huelga por la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de nivel superior que no la habían secundado, manifestaba que el poder directivo del empresario cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga mediante la colocación de personal cualificado deja inermes a los trabajadores manuales cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando, de este modo, su contenido esencial. En definitiva, la sustitución interna constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el *ius variandi*, con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo.

[198] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
[199] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].
[200] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

Para la STC 33/2011, de 28 de marzo[201], en un contexto de huelga legítima, el referido *ius variandi* no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones, ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por tanto, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Sin embargo, esa regla general admite dos excepciones conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa.

Por tanto, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado *ex novo* o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista.

Al objeto de determinar si la citada doctrina es o no aplicable, continúa el Alto Tribunal diferenciando y comparando el procedimiento que se sigue para retransmitir un partido de fútbol un día normal a como se hizo el día de la huelga, llegando a la siguiente conclusión: "la única diferencia con un día normal fue que la señal se envió desde control central a grafismo, en vez de a continuidad. Es en continuidad donde se pone la mosca de Telemadrid y el día de la huelga la mosca se puso en una máquina del departamento de grafismo. A partir de ahí, un día normal una señal va directamente desde continuidad al Codificador A -que es el que normalmente utiliza- y otra señal va a control central donde un trabajador la envía también al Codificador B o de reserva. Pues bien, el día de la huelga únicamente se envió la señal desde control central al Codificador B, porque en continuidad todos los trabajadores estaban en huelga y por eso la señal no se pudo enviar al Codificador A".

Sobre si los trabajadores han realizado funciones distintas o no, manifiesta el Tribunal Constitucional que en el presente supuesto no estamos ante el ejercicio del *ius variandi* que corresponde al empresario, pues los no huelguistas no han desarrollado funciones distintas a las que tienen asignadas, sino ante el ejercicio del poder de organización de los medios de producción con los que se cuenta en la empresa. A hilo de lo anterior, este tribunal (fuertemente criticado en el Voto Particular) aclara que los presupuestos fácticos son los que constan en las resoluciones del Juzgado de lo Social y que reproduce el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, haciendo especial énfasis en destacar que son estos los presupuestos fácticos de los que deben partir y que, por tanto, no pueden entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso en que se alega se ha producido la vulneración. Por tanto, para el Alto Tribunal, los trabajadores que no secundaron la huelga y que colaboraron en la emisión del partido de fútbol, no llevaron a cabo funciones distintas de las que vienen desarrollando habitualmente, rechazando así la alegada vulneración del derecho de huelga.

Sobre si se han utilizado medios técnicos no habituales aunque técnicamente posible para emitir el partido de fútbol, en efecto, reconoce el Tribunal Constitucional que se han utilizado medios técnicos con los que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual siguiéndose un procedimiento diferente al normalmente previsto para poder retransmitir el partido de fútbol el día de la huelga, ayudándose de los trabajadores no huelguistas que -de acuerdo a los tribunales- siguieron realizando las funciones propias de su categoría. Al hilo de lo anterior, para el Alto Tribunal la duda que debe resolverse es si la utilización de medios técnicos de los que dispone la empresa, pero que no utiliza con carácter habitual, constituye una vulneración del derecho de huelga y puede, por tanto, asimilarse a los supuestos de esquirolaje o sustitución de los trabajadores huelguistas.

[201] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].

No hay duda de que la libertad del empresario, por lo que respecta a sus facultades de organización y dirección de los trabajadores, queda restringida por el ejercicio del derecho de huelga. Pero continúa el Alto Tribunal diciendo que "no hay precepto alguno que, durante este ejercicio, prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa para mantener su actividad. Una actividad que, como se ha dicho, es inherente a la lesividad del ejercicio de la huelga e instrumental al ejercicio del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que han decidido no sumarse a la misma". De otra parte, "exigir al empresario que no utilice medios técnicos con los que cuenta en la empresa supone imponer al empresario una conducta de colaboración en la huelga no prevista legalmente". La utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga; lo que no puede hacerse es sustituir a los trabajadores huelguistas, pero nada impide la utilización de los recursos materiales y tecnológicos de la empresa.

En palabras del Tribunal Constitucional: "la utilización de medios ya existentes en la empresa es compatible con el derecho de huelga y no puede extenderse, por vía analógica, a este supuesto la prohibición prevista en el art. 6.5 RDLRT, que se refiere al empleo de los recursos humanos en la empresa, pero no a la utilización de sus recursos materiales y tecnológicos".

La doctrina imperante del Tribunal Constitucional puede resumirse así: ni la Constitución ni la jurisprudencia obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga, ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados. En definitiva, "la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la Constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma".

Por todo lo anterior, concluye el Tribunal Constitucional manifestando que el empresario tiene que soportar inevitablemente un daño como consecuencia de la huelga derivado de la interrupción de la actividad en que la misma consiste, pero sería desproporcionado exigir al empresario que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga: "el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos". Además, "la utilización por parte de los trabajadores no huelguistas de los medios técnicos de los que dispone la empresa del modo en que lo han hecho en el supuesto enjuiciado, sin realizar funciones de una categoría distinta, ha permitido hacer efectiva la libertad de trabajo". En consecuencia, "no ha existido lesión del derecho de huelga. El empresario, en el ejercicio de su poder de organización, ha hecho un ejercicio regular de sus funciones. La emisión del partido fue posible porque en la empresa existían medios técnicos que permitían hacerlo y porque varios trabajadores no secundaron la huelga. Los medios técnicos ya existían -no fueron adquiridos expresamente para hacer frente a los efectos de la huelga- y los trabajadores que no secundaron la huelga no realizaron funciones distintas a las que les corresponden".

2.2.4. Esquirolaje interno y tecnológico: el Voto Particular de la STC 17/2017, de 2 de febrero

Este Voto Particular formulado por el Magistrado Ilmo. Sr. Valdés Dal-Ré al que se adhieren la Magistrada Ilma. Sra. Asua Batarrita y el Magistrado Ilmo. Sr. Xiol Ríos, declara que la presente

sentencia debió estimar el amparo solicitado por la vulneración -por el Ente Público Radio Televisión Madrid y sus sociedades- del derecho de huelga consagrado en el art. 28.2 CE[202].

La violación de este derecho se habría producido por cuanto la citada transmisión de ese evento deportivo se llevó a cabo, de un lado, mediante una sustitución ilícita de las tareas de trabajadores huelguistas por trabajadores que no secundaron la huelga y, de otro, a través de la utilización de medios técnicos no habituales. La vulneración denunciada habría venido motivada, en suma, por dos manifestaciones de esquirolaje: el interno y el tecnológico.

Sobre el esquirolaje interno, comienza el Voto Particular reproduciendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia controvertida: "para apreciar la vulneración del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas sin causa habilitante para ello y que esa sustitución se realice recurriendo a un trabajador contratado "ex novo" o asignado de forma irregular a la tarea del huelguista"[203]. En plena vinculación con lo anterior, en este Voto Particular se critica de manera muy acertada esta sentencia porque la solución constitucional termina, en esencia, convirtiéndose en "un debate fáctico y sobre lo fáctico". De acuerdo a ello, se manifiesta que "la sentencia termina renunciando a someter al imprescindible juicio de constitucionalidad el comportamiento empresarial denunciado como lesivo de un derecho fundamental sustantivo que, como el derecho de huelga, se insertó y formó parte de ese pacto de mediados del siglo xx y aún vigente, entre Estado y Sociedad, y cuyo legado acaso más relevante fue la construcción de la noción de Estado social y democrático de Derecho que, en su mismo pórtico, hace suya nuestra Constitución".

En este Voto Particular se deja clara manifestación de que la premisa doctrinal de que el propio tribunal no puede entrar a conocer sobre los hechos y presupuestos fácticos que dieron lugar al proceso es parcial e incompleta y, en consecuencia, resulta incorrecta, formulada en esos términos. En palabras reflejadas en el Voto Particular: "*por expresar la misma idea desde una perspectiva más próxima a la cuestión controvertida, el presupuesto del que se parte en la solución del caso a examen por la sentencia no es en modo alguno aceptable*". Es más: el propio Voto Particular afirma que se han omitido sentencias constitucionales sobre la temática que, en resumidas cuentas, viene a establecer que la anterior sujeción no obsta para "*alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia*", ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que "*suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales*"[204]. En definitiva, la idea clave a recalcar es que la imposibilidad legal y material de alterar los hechos "*no puede conducir a que el Tribunal Constitucional abdique de su función de protección del derecho fundamental*". De esta suerte y aun partiendo de los hechos declarados probados, se puede y debe proceder a una valoración de los mismos en la dimensión constitucional implicada, sea coincidente o no con la alcanzada por los órganos judiciales.

Continúa este Voto Particular haciendo especial mención a las omisiones de las resoluciones constitucionales de referencia: la STC 123/1992, de 28 de septiembre[205], y la STC 33/2011, de 28 de marzo[206]. Para apreciar la lesión del derecho de huelga es necesaria la sustitución de los huelguistas

[202] Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019, pp. 382 y ss.

[203] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123] y STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].

[204] STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999\224], STC 136/2001, de 18 de junio [RTC 2001\136], STC 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003\17], STC 171/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003\171], STC 188/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004\188], STC 41/2006, de 13 de febrero [RTC 2006\41], STC 68/2008, de 23 de junio [RTC 2008\68] y STC 183/2015, de 10 de septiembre [RTC 2015\183].

[205] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

[206] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].

"*sin causa habilitante para ello*" así como, y tratándose de "*sustituciones internas*", que el trabajador no sea "*asignado de forma irregular a la tarea del huelguista*", debiendo entenderse -y es ese el obligado complemento que la sentencia debió incluir en su razonamiento- que la sustitución resultará "*irregular*" en aquellos casos en los que los trabajadores que no secundaron la huelga y, por ende, fueron asignados a las funciones de los que se sumaron a la misma, tengan un "*superior nivel profesional*".

Prosigue el Voto Particular refiriéndose al enjuiciamiento de los hechos declarados probados. En este sentido se trae a colación dos afirmaciones que parecen no conciliar bien. De un lado, se indica que en un día normal "*es la compañía Abertis, con quien tiene concertado el servicio de radiodifusión Telemadrid, quien tiene activado uno u otro emisor*"; esto es, el Emisor o Codificador A y el Emisor o Codificador B. Pero, de otro, se manifiesta que, en la fecha en que se había convocado la huelga, "*un trabajador de la empresa que no estaba en huelga y encargado de la labor llamó a Abertis y les dijo que activaran el Codificador B*". La pregunta, que no tiene ahí fácil respuesta, es el modo de activación o cómo se activan los emisores: ¿de oficio por Abertis, como sugieren las actuaciones de un día normal, o a instancia de Telemadrid, como se deduce de esas mismas actuaciones en día de huelga?

Además, también hace referencia el Voto Particular a que, afirmar como lo hace la sentencia, la única diferencia con la retransmisión de un partido de fútbol en comparación con un día normal solo consistió en que la señal se envió desde el control central a grafismo, en vez de a continuidad, constituye una inaceptable simplificación de los hechos. Estamos ante una aseveración exacta pero notablemente parcial.

Con independencia de que el departamento de control central no es habitualmente el que cursa la señal televisiva utilizándose la maquina desde la que se envía la señal para otras funciones, el Voto Particular se refiere también a otras dos diferencias: por lo pronto, el coordinador de grafismo no tiene entre sus atribuciones habituales la inserción personal del logotipo o "mosca" de la cadena de televisión; pero, la principal y decisiva diferencia, consiste en que, el día de la huelga, la señal se redireccionó, en lugar de al Emisor ordinario, el Codificador A, a uno alternativo, el Codificador B, que normalmente se encuentra en situación de reserva; esto es, que no se destina a canalizar con criterios ordinarios las emisiones televisivas o, como afirma la sentencia de instancia en sus hechos probados, se utiliza en casos excepcionales.

Para el Voto Particular entre las funciones ordinarias del trabajador no huelguista de control central, no se encuentra el reenviar la señal a grafismo. Pero aun aceptando a efectos dialécticos que en el supuesto de este trabajador no se quebrantó la doctrina del Alto Tribunal, esta conclusión resulta inaplicable para el otro trabajador que no secundó la huelga y que prestaba servicios en el departamento de grafismo: el trabajador que generó la "mosca" de Telemadrid, insertándola en la máquina sita en el departamento de grafismo -máquina destinada a otras funciones-, fue no ya y solo el responsable del departamento de grafismo sino, con mayor amplitud, la persona encargada de controlar los departamentos que coordina, entre otros, el de grafismo. A partir de esta descripción, resulta palmario que este empleado supervisaba la ejecución de diversos departamentos, entre otros, aunque no solo, el de grafismo. La duda que suscita la mencionada narración fáctica es el modo de conciliar las funciones de responsable de una pluralidad de departamentos con la de efectuar un concreto y singular cometido, cual es, el de generar la "mosca" en uno solo de los departamentos que supervisa.

En plena vinculación con lo anterior la certeza que se extrae del relato fáctico permite concluir lo siguiente: "*la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó*

mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga". O por enunciar la idea en el lenguaje de la STC 123/1992 y STC 33/2011, eludido por la sentencia a la que se le añade este Voto Particular: "*la sustitución de los trabajadores en huelga se efectuó por otros de superior nivel profesional, medida ésta que tacha de irregular e ilícita la sustitución interna y, por lo mismo, lesiona el constitucional derecho de huelga*".

Sobre el esquirolaje tecnológico, el Voto Particular -al haber manifestado ya de manera evidente la lesión del derecho fundamental de huelga-, tan solo hace referencia a la preocupación del avance y desarrollo hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales. En definitiva, no puede el empresario usar las nuevas tecnologías con la finalidad de lograr una directa repercusión en la efectividad de los derechos fundamentales.

En suma, la retransmisión del partido de futbol de la Champions League efectuada el día el 29 de septiembre de 2010 lesionó el derecho de huelga.

2.3. El esquirolaje por sustitución de los trabajadores huelguistas y poderes de empresario

Lo cierto es que los esquiroles siempre han sido mal vistos y mirados con suficiente recelo en la intrahistoria del movimiento sindical: "recoge una vieja interdicción tradicional y repudia la figura del "esquirol", expresión peyorativa nacida para aludir al obrero que se presta a realizar el trabajo abandonado por un huelguista, según enseña la Real Academia de la Lengua en su diccionario. Esto explica que se prohíba al empresario, mientras dura la huelga, la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa en el momento de ser convocada"[207].

En plena vinculación con lo anterior, el esquirol es la persona que se presta a ocupar el puesto de un huelguista[208]. La preeminencia de este derecho de huelga produce durante su ejercicio, y como comentábamos, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa o latente otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial: en efecto, así sucede con la potestad directiva del empresario. Pero cuando el ejercicio de la facultad o potestad empresarial se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga mediante la colocación de personal cualificado en puesto de trabajo con una calificación mejor, deja inermes a los trabajadores manuales privándoles del contenido esencial de este derecho fundamental.

En definitiva, y como en reiteradas ocasiones ha manifestado y mantenido el Alto Tribunal, la sustitución interna del empleado constituye el ejercicio abusivo de los poderes y derechos del empresario, ya que hace despegar efectos no como una medida objetivamente necesaria para la marcha de la empresa, sino con la finalidad de desactivar la presión producida por el paro en el trabajo. En consecuencia, no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no la habían secundado, tal cual ocurre en la propia sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero[209].

En la STS de 20 de abril de 2015[210] y la STS de 5 de diciembre de 2012[211], entiende el tribunal que la misión de publicidad o programación por un medio televisivo o de difusión sonora priva

[207] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].
[208] Real Academia Española.
[209] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].
[210] STS 20 de abril de 2015 [RJ 2015\1249].
[211] STS 5 de diciembre de 2012 [RJ 2013\1751].

materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental de huelga ya que la propia naturaleza del derecho a la libertad de empresa no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro. Por otro lado, en la STC 183/2006, de 19 de junio[212], se apunta la posibilidad del límite al derecho de huelga por razón de su posible colisión con el derecho a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión; pero, aun así, se exige con respecto a este último, que la programación previamente grabada posea un contenido o un interés primordialmente informativo. Por ello, salvo que la emisión se limite a la mera transmisión de información puntual y relevante, no nos encontraremos ante un servicio esencial para la comunidad y, por tanto, no puede incluirse como tal en la ordenación de los servicios mínimos.

Por otro lado, es evidente que la ley no prohíbe que el empresario continúe o trate de continuar su actividad con los trabajadores que no se hayan sumado a la huelga; pero lo que no se permite es realizar actuaciones extraordinarias que minimicen o anulen los efectos de la medida de conflicto, puesto que el derecho de huelga se emplea, precisamente, con la finalidad de afectar los intereses empresariales y como medio de presión para la consecución de objetivos laborales. En este caso concreto, con la emisión del partido de fútbol, la empresa se dirigió a minimizar o a excluir completamente los efectos de la medida de conflicto colectivo (la huelga). Para ello, la empresa se sirvió de un trabajador que operaba en un departamento (control central) que habitualmente no tiene por cometido el de cursar la señal televisiva, de otro que actúa como coordinador de la sección de grafismo, y de la redirección de la señal a un descodificador alternativo, que solo se emplea en casos excepcionales si es que por el predeterminado no pudiera transmitirse la programación. Por tanto, a nuestro juicio, (al igual que sostiene el Ministerio Fiscal), se produjo la suplantación absoluta de las funciones encomendadas a los trabajadores mediante el empleo de medios inhabituales que solo buscaban el fracaso de la huelga.

La realidad es que el efecto o consecuencia de reproducir el partido de fútbol vacía de contenido este derecho de huelga haciendo ineficaz la abstención de trabajar -justamente lo que pretende evitarse con el derecho fundamental de huelga-, sin entrar a valorar la duración de la retransmisión, pues lo cierto es que, con total seguridad como bien se podía prever, la retransmisión de un partido de esos niveles en la que un equipo participante era de Madrid -no olvidemos que el canal que retransmitía el evento deportivo era el Ente público Radio Televisión Madrid-, logró que la audiencia fuera superior que a la de cualquier otro día normal. Por tanto, el resultado práctico que se produce con la emisión del partido de fútbol -con la ayuda de medios humanos y técnicos o tecnológicos- priva de trascendencia a la huelga.

Lo anterior teniendo en cuenta que las conductas empresariales que vulneran el derecho de huelga se localizan en la articulación de determinadas medidas con las que obtener la continuidad de la producción o del servicio; pero ocurre que en este supuesto en concreto, no solo la audiencia se ha mantenida, sino que en dos horas de retransmisión, la audiencia fue bastante superior que a la totalidad de la audiencia que puede obtenerse en un día normal en la que no se retransmita partido de fútbol alguno.

En este mismo sentido encontramos el razonamiento de la STC 33/2011, de 28 de marzo[213], cuando manifiesta que, ya sea de forma intencional o de forma objetiva, la sustitución produzca un vaciamiento del contenido del derecho de huelga o una desactivación o aminoración de la presión asociada a su ejercicio: "no cabe duda de que en el presente caso la edición, siquiera simbólica del diario (la tirada de aquel día fue de solo 29.800 ejemplares frente a la de los jueves precedente y

[212] STC 183/2006, de 19 de junio [RTC 2006\183].
[213] STC 33/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\33].

posterior al de la huelga que fue de 250.000 ejemplares cada día), era idónea para desactivar el efecto y la repercusión de la huelga legítimamente convocada".

Además, la interpretación jurisprudencial restringe al empresario el uso de las facultades de organización que le son propias en orden a exigir la movilidad funcional. El resultado es que no se ha obtenido la satisfacción real de los intereses de los trabajadores a consecuencia de la sustitución interna de funciones de niveles inferiores por trabajadores con categoría superior. Interpretación jurisprudencial que cambia de doctrina con la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero[214].

La situación de huelga se caracteriza, en definitiva, por un elemento de "negatividad" como *correlatum* del poder jurídico inherente al derecho de huelga de colocar el contrato de trabajo en fase o vicisitud suspensiva. Se confirma que en la "regulación" del derecho de huelga interviene profusamente el derecho judicial. Se puede hablar sin exageración de una intensa y excesiva judicialización del perfil jurídico del derecho de huelga. No es sólo ya la intervención del Tribunal Constitucional en la interpretación del modelo legal del derecho de huelga vigente por el momento, sino que destaca la jurisprudencia des-evolutiva que viene perfilando el contenido y las formas de ejercicio del derecho. Establecer una indiferenciada limitación del derecho de huelga frente a cualquier bien constitucionalmente protegido entraña, pues, el riesgo manifiesto de alterar la unidad del ordenamiento que la CE asegura sobre la base de su orden de valores[215].

Regular el derecho constitucional como ordena el art. 53 CE no es sólo predisponer límites a su ejercicio, está también el deber constitucional -que pesa sobre el legislador- de garantizarlo y promoverlo. Entre otras cosas, materializando su deber de garantizar la efectividad del contenido esencial (art. 53.1 CE). Además, con la reciente STC 17/2017, de 2 de febrero, se puede abrir una veda que permita un uso abusivo de maquinaria e informática con la finalidad de evitar el ejercicio del derecho de huelga. En suma, el cúmulo de todo lo comentado posee fundamentación jurídica más que suficiente para, a nuestro juicio, otorgar el amparo solicitado.

Parte de la doctrina, con la finalidad de permitir que la huelga recupere parte de la capacidad de presión perdida con los avances tecnológicos, clama porque el derecho fundamental a la huelga suponga también una expropiación al empresario de la posibilidad de disponer de los medios tecnológicos que le permitan seguir operando a pesar del paro convocado[216]. En efecto, hacer depender de la acción colectiva una cierta manipulación de la organización productiva que resulte funcional a la eficacia de la huelga es imprescindible para la supervivencia de la misma: la huelga debe afirmarse como una situación de expropiación transitoria de los poderes empresariales no solo de las personas a su servicio, sino también sobre las condiciones en las que se presta el propio trabajo[217]. De lo contrario, se utilizará la ventaja tecnológica como medio empresarial de desactivación de los medios de protesta de los trabajadores[218].

En plena vinculación con la STC 17/2017, de 2 de febrero, debemos referirnos al principio de la absoluta prohibición de limitar el derecho fundamental de la huelga sustituyendo a trabajadores por

[214] STC 17/2017, de 2 de febrero [RTC 2017\17].

[215] García De Enterria, E. y Ramón Fernández, T.: *Curso de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas, 2017, *passim.*

[216] Sanguineti Raymond, W.: *Los empresarios y el conflicto laboral (del cierre a la defensa de la producción)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, p. 254.

[217] Baylos Grau, A.: "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social", en *Revista de Derecho Social*, núm. 2, 1998, p. 254.

[218] Grau Pineda, C.: "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, versión electrónica.

mano de obra externa o utilizando el poder de dirección del empresario con la finalidad de impedir la eficacia de la misma -en este último caso, sustitución interna-.

Más concretamente, no puede haber duda de que está prohibido el uso desviado del poder de dirección del empresario -art. 20 ET- como *ius variandi*, movilidad geográfica o poder de modificar las condiciones sustanciales del trabajo. Es la STC 123/1992, de 28 de septiembre[219], la que determina que "*no puede calificarse como lícita la sustitución de los trabajadores en huelga por otros de superior nivel profesional que no lo habían secundado*". Los aspectos de potestad directiva del empresario están diseñados para situaciones que se desarrollen en un contexto de normalidad y pacífico de la relación laboral, al margen, por tanto, de cualquier conflicto. Como declara el Alto Tribunal, "*por ello puede afirmarse que están en la fisiología de esa relación jurídica, no en su patología*".

Así llegamos a una evidente distinción atendiendo a las circunstancias del momento: no puede valorarse de manera similar el poder de dirección en condiciones de normalidad productiva en cuanto este poder empresarial queda ejercitado en medio de una situación de conflicto pretendiendo la debilitación de los efectos contenidos en el derecho fundamental de huelga.

Nos encontramos ante un conflicto de poderes/derechos entre el empresario y el trabajador. Por una parte, los trabajadores huelguistas y, por otra, el empresario con su poder de dirección y su *ius variandi*. Vinculando ambos derechos con la propia CE y sus principios constitucionales, es importante valorar la prioridad de uno sobre el otro. En efecto el derecho de huelga, que se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado (y con las máximas garantías dispensadas ex artículos 53 y 81 de la CE), en coherencia con la idea del Estado social y democrático de Derecho, es reconocido como derecho fundamental en la propia CE: art. 28.2 CE. Por la otra parte, localizamos el *ius variandi* del empresario y que deriva del derecho de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE, no como derecho fundamental.

Respecto del esquirolaje interno, la doctrina constitucional parte de la consideración de que la sustitución interna de huelguistas durante la medida de conflicto constituye un abuso empresarial, en tanto que el poder de organización y dirección de la empresa "...no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que en tal caso quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo ...por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977) y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)". Por todas, véase la STC 33/2011 de 28 marzo, seguida por nuestras SSTS de 8 junio 2011 (rec. 144/2010), 5 diciembre 2012 (rec.265/2011), 20 abril 2015 (rec. 354/2012) y 13 enero 2020 (rec. 138/2018), entre otras). Al conectar el ejercicio del derecho de huelga con el ius variandi empresarial y respecto de la sustitución interna de los huelguistas, es claro que tal proceder "constituye un ejercicio abusivo del ius variandi empresarial, derecho que, con los límites legalmente previstos, corresponde al empresario en otras situaciones. Pero en un contexto de huelga legítima el referido ius variandi no puede alcanzar a la sustitución del trabajo que debían haber desempeñado los huelguistas por parte de quien en situaciones ordinarias no tiene asignadas tales funciones; ya que, en tal caso, quedaría anulada o aminorada la presión ejercida legítimamente por los huelguistas a través de la paralización del trabajo. Por ello, ni el empresario puede imponer a los trabajadores no huelguistas la realización de las tareas que corresponden a los

[219] STC 123/1992, de 28 de septiembre [RTC 1992\123].

que secundaron la convocatoria, ni los trabajadores que libremente decidieron no secundarla pueden sustituir el trabajo de sus compañeros. Esa regla general admite dos excepciones, conectadas a las previsiones legales sobre el aseguramiento de determinados servicios mínimos esenciales para la comunidad (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977), y a las previsiones sobre los servicios de seguridad y de mantenimiento en la empresa (art. 6.7 del Real Decreto-ley 17/1977)" (STC 17/2017, de 2 de febrero)". De esa doctrina se desprende que ha de estarse a las circunstancias concretas del caso, para analizar si la empresa ejercita de manera regular sus facultades organizativas o vulnera el derecho de huelga, en razón de que imponga o permita la sustitución de los trabajadores huelguistas por parte de otros trabajadores que no realizan de ordinario sus funciones, a salvo de aquellas situaciones en las que pueda estar en juego el cumplimiento de servicios mínimos esenciales para la comunidad, o de servicios de seguridad y mantenimiento en las instalaciones de la empresa.

Por tanto, es evidente la teórica prevalencia que debe poseer el derecho fundamental a la huelga por parte de los trabajadores que, en la sentencia STC 17/2017, de 2 de febrero, para nada ha tenido el efecto vinculado de anestesiar o de prevalecer sobre el poder de dirección del empresario, éste último utilizado con la única finalidad de minimizar o, como ocurre en este caso, eliminar la presión que ejercen los trabajadores huelguistas[220].

El Tribunal Supremo ha establecido una doctrina sobre si la empresa ha vulnerado el derecho de huelga al ordenar la sustitución de un trabajador que realizaba una actividad de manera habitual por otro de la misma empresa con la consecuencia de mantener la actividad, neutralizando, así, los efectos lesivos legítimos del derecho fundamental de huelga. STS 962/2023, de 8 de noviembre (rec. 204/2021), "El art. 6.5 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo establece que "en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el apartado número siete de este artículo". La recordada prohibición en modo alguno supone que sí es posible la sustitución de quienes secundan la huelga por otras personas ya integradas en la empresa y que no lo hacen. Esta Sala del Tribunal Supremo ha seguido la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el llamado esquirolaje interno, tal y como recordamos en la STS 153/2021 de 3 febrero (rec. 36/2019).

La STS-SOC 1199/2024, de 16 de octubre (rec. 211/2022), contempla un supuesto de tutela del derecho fundamental de huelga en Canal Sur, por esquirolaje interno a través de la sustitución de trabajadores huelguistas por otros que los suplen en circunstancias distintas. La sentencia declara expresamente probado, de manera rotunda, que la trabajadora sustituida era la presentadora habitual del programa de Televisión, que solo ocasionalmente era sustituida por otros redactores cuando estaba de vacaciones u otra circunstancia análoga, que no consta que durante 2021 hubiere presentado el programa ese otro redactor, que sin embargo lo hizo en 2020 con ocasión de una baja médica. No queda sino aplicar en este caso la misma doctrina de la STS 13/2020, de 13 de enero (rec. 138/2018), que conoce de un asunto sustancialmente idéntico al presente, en el que otra cadena de medios de comunicación, en circunstancias totalmente coincidentes con las del presente caso, sustituye el día de la huelga a la presentadora habitual de un programa de televisión que optó por acogerse a su derecho de huelga. Como en ella se pone de manifiesto, la empresa vulnera el derecho de huelga al permitir que se emitiese el programa "a pesar de estar en huelga la trabajadora que habitual y normalmente lo presentaba, sin que la sustitución operada pudiera tener el efecto que entiende la recurrente, de

[220] Cfr. MONEREO PEREZ, J. L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", en AA.VV.: *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 1992, p. 308; y más ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política ante el Tratado de la Unión Europea", Civitas. Revista de Derecho del Trabajo, núm. 55, 1992, y núm. 56, 1993.

potenciar más el efecto de la huelga ya que ello no se consigue sustituyendo con otros trabajadores ese puesto o todos los ocupados por trabajadoras.

No era una sustitución ordinaria ocasional de pacífico desarrollo de la relación laboral, sino la propia y específica del derecho de huelga, en donde el conflicto viene expresado mediante medidas de presión de que disponen los trabajadores en defensa de sus intereses. Y en este contexto la realización de funciones de la persona del sustituto en el programa supuso la atribución de funciones distintas a las que habitual y ordinariamente venía atendiendo. Lo cierto es que no se trataba de un supuesto de sustitución ordinaria en el que pudiere concurrir cualquier circunstancia excepcional que justificase el cambio de presentador, por razones incluso ajenas a la voluntad de la presentadora habitual, sino de una *decisión empresarial claramente dirigida a menoscabar el legítimo ejercicio del derecho de huelga para visualizar ante terceros y el público en general la menor incidencia de la de la medida de presión laboral* manteniendo en antena la emisión del programa. No se trata por lo tanto de una sustitución habitual del presentador que pudiere enmarcarse en el *ius variandi* empresarial, sino de una decisión absolutamente extraordinaria, con una concreta y determinada finalidad claramente dirigida a perjudicar el ejercicio del derecho de huelga.

3. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Caracuel, M. R.: "Un posible modelo de regulación de la huelga que afecte a servicios esenciales de la comunidad", en *Relaciones Laborales,* 1992.

Arufe Valera, A.: "La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de Derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el Derecho español", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191 (2016).

Ballestrero, M. V.: "A proposito della titolarità del diritto di sciopero", en AA. VV.: *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Turín, Giappichelli, 2013.

Barrios Baudor, G. L. y García Gil, M. B., «Efectos de la huelga y el cierre patronal en las relaciones laborales y de Seguridad Social», Aranzadi Social, 2017.

Barrios Daudor, G. L.: "Efectos de la huelga y el cierre patronal legales sobre el subsidio de incapacidad temporal", en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017.

Barreto Ghione, H.: "Vidas paralelas del derecho de huelga y el trabajo decente", en Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á. L. (Dirs.), y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Baylos Grau, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Madrid, Tecnos, 1988.

Baylos Grau, A.: "El derecho de huelga a los 25 años de aprobación del DLRT-77", en AA. VV.: *Derecho Colectivo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003.

Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y derecho sindical*, Albacete, Bomarzo, 2004.

Baylos Grau, A.: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de huelga en servicios esenciales", en Baylos Grau, A., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Re, F. (Coords.): *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, La Ley, 2015.

Baylos Grau, A.: *La regulación de los servicios esenciales y servicios mínimos en caso de huelga (la situación en Castilla-La Mancha)*, Albacete, Bomarzo, 2016.

Baylos Grau, A.: *Servicios esenciales, servicios mínimos y derecho de huelga*, Albacete, Bomarzo, 2018.

Baylos Grau, A.: "Derecho de huelga y medidas de conflicto", en AA. VV.: *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

Baylos Grau, A.: "Replanteamientos y novedades en la regulación jurídica de la huelga", en *Revista de Derecho Social*, núm. 82 (2018).

Baylos Grau, A. P. y Terradillos Basoco, J. Mª.: "Protección jurídico penal de la libertad sindical y del derecho de huelga", en *RL*, núm. 1 (1986).

Bettini, M. N.: "La legge 12 giugno 1990, n.146 nella opinione degli interpreti: Lo stato dell'arte", en *Riv.Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, núm. 6, 1991.

Birgillito, M.: *La huelga en los servicios esenciales desde una perspectiva comparada. Italia y España*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, trad. R. Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres, 1980.

Bordogna, L. y Provasi, G. C.: "La conflictividad", en Cella, G. P. y Treu, T. (a cargo de): *Las relaciones industriales en Italia*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Cabeza Pereiro, J.: "Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

Cabeza Pereiro, J.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 156, 2012.

Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en *Riv. giur. lav.*, I, 1952.

Calamandrei, P.: "Significato costituzionale del diritto di sciopero", en Calamandrei, P. (aut.) y Cappelletti, M. (a cargo de): *Opere Giuridiche*, Vol. III., Napoli, Morano editore, 1965.

Carinci, F.: "Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall' autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146", separata de la *Riv.Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núm. 6, 1990.

Carinci, F.: "La autorreglamentación en la l.n.146 del 12 de junio de 1990", en *Debate Laboral*, núm. 8-9, 1991.

Carinci, M. T.: "L´immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l´afermazione de modelo pubblicistico", en *QDLRI*, 2001.

Carinci, F.: "Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale", en *DLRI*, 2009.

Carnelutti, F.: "Sciopero e giudizio", en *Riv. dir. proc*., I, 1949.

Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

Casas Baamonde, M.ª E.: "25 años de jurisprudencia constitucional social: Huelga en servicios esenciales y responsabilidad política", en *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2010.

Cella, G. P. y Gegini, M. (a cargo de): *Il conflitto industriale in Italia. Stato della ricerca e ipotesi sulle tendenze*, Bologna, Il Mulino, 1985.

Cella, G. P. y Treu, T. (a cargo de): *Las relaciones industriales en Italia*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Cordero González, J. y Vivero Serrano, J. B.: "El mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: un balance", en Sanguineti Raymond, W. y Cabero Morán, E. (Coords.): *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017.

Cruz Villalón, J.: "Regulación y práctica del derecho de huelga en España: balance y propuestas normativas", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3, 2010.

Dabin, J.: *El derecho subjetivo*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

David, M.: *Les travailleurs et le sens de leur histoire*, París, Cujas, 1967.

De La Villa Gil, L. E.: "Servicios esenciales y servicios mínimos inmotivados en la huelga general del 20-J. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2003", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 2, 2003.

De La Villa Gil, L. E.: "Huelga: servicios esenciales y servicios mínimos", en Sala Franco, T., Ramírez Martínez, J. M. y Borrajo Dacruz, E. (Coords.): *Derecho vivo del trabajo y constitución: estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*, Madrid, Wolters Kluwers, 2003.

De La Villa Gil, L. E.: "Las indemnizaciones escandalosas como medida indirecta de limitación del derecho de huelga. Una reflexión general al socaire de un caso particular", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

Desdentado Bonete, A.: "Reflexiones sobre el caso Coca Cola Iberian Partners. Un comentario a la sentencia de 12 de junio de 2014 de la Audiencia Nacional y la sentencia 20 de abril de 2015 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015.

Desdentado Bonete, A.: "Ecos de Samoa: sobre la expansión del derecho de huelga fuera del contrato de trabajo. El caso Altrad", en *Revista de Información Laboral*, núm. 2, 2017.

De Val Tena, A.L.: "La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 14 (2001).

Durán López, F.: *Derecho de huelga y legalización del conflicto de clases*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1976.

Durán Lopez, F.: "La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal", en *RPS*, núm. 115, 1977.

Duran Lopez, F.: "El régimen legal de la huelga tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *RPS*, núm. 134, 1982.

Durán López, F.: *Autorregulación de servicios mínimos en huelgas y paros laborales*, Sevilla, Servicio de Publicaciones y BOJA, 1988.

Durán López, F.: *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

Dworkin, R.: *Los derechos en serio* (1977)*,* trad. M. Guastavino, Barcelona, Planeta-De Agostini/Editorial Ariel, 1993.

Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

Ermida Uriarte, O.: *La flexibilización de la huelga*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999.

Escribano Gutiérrez, J.: "Derecho de huelga, "ius variandi" y esquirolaje tecnológico", en *Temas Laborales*, núm. 139 (2017).

Escribano Gutiérrez, J.: "El esquirolaje interno como ataque al derecho fundamental de huelga. Sentencia 33/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional", en *Revista Temas Laborales,* núm. 116 (2012).

Ferrajoli, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político,* Madrid, Trotta, 2015.

Ferrando García, F.: *Los efectos de la Huelga en el Contrato de Trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 1999.

Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Gaetta, L.: "Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura", en *RTDPC,* t. XLIV (1990).

Gaeta, L.: "Lo sciopero come diritto", en D´Antona, M. (a cargo de): *Letture di diritto sindacale. Le base teoriche del diritto sindacale*, Napolés, Jovene, 1990.

Gallart Folch, A.: "Proyecciones extra-laborales en los conflictos colectivos de trabajo", en AA.VV.: *Contratti collettivi e controversie collettive di lavoro. Studi in memoria di Lodovico Barassi*, Padova, Cedam, 1965.

Gallego Morales, A.: "La regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales en Italia", en *RT*, núm. 1 (1991).

Gárate Castro, F. J.: *Derecho de huelga*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2013.

Gárate Castro, F. J.: "Contenido del derecho de huelga", en Baylos Grau, A. P., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid, La Ley, 2015.

Garcia Blasco, J.: *El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos,* Barcelona, Bosch, 1983.

García Murcia, J.: "El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

García Murcia, J.: "La huelga en el derecho de la comunidad europea: una visión desde el sistema español", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3 (2009).

García-Perrote Escartín, I.: *El Proyecto de Ley Orgánica del Derecho de Huelga de 1993: La huelga en los servicios esenciales de la Comunidad como telón de fondo*, Cantabria, Universidad de Cantabria, 1993.

García-Perrote Escartín, I.: "Derecho de huelga y libertad de empresa", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004.

García Posada, E.: "Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga en el período de consultas", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015.

García Quiñones, J. C.: "Derecho de huelga y grupos de empresa: lesión del derecho de huelga por quien no es empresario de los trabajadores huelguistas", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2015).

García Quiñones, J. C.: "Derecho de huelga y contratación por el cliente de una nueva empresa para la realización del servicio", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm.10 (2017).

García Torres, A., «Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el "esquirolaje externo", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.196 (2017).

Gernigon, B., Odero, A. y Guido, H.: *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*¸ Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, 2000.

Ghera, E.: "Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero", en AA. VV.: *Indagine sul sindacato*, Milano, Giuffrè, 1970.

Ghezzi, G.: "Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti", en *RTDPC*, 1968.

Ghezzi, G.: "Autonomia collettiva, diritto di sciopero e clausule di tregua. Variazioni critiche e metodologiche", in AA. VV.: *Studio in onore di Franchesco Santoro Passarelli*, Vol.V. Diritto del lavoro, Napoli, Jovene, 1972.

Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva,* traducción y estudio preliminar, "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: Balance y perspectivas", a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004.

Giugni, G.: *Derecho sindical,* trad. y est. preliminar de J. Vida Soria y J. Montalvo Correa, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

Goerlich Peset, J. Mª.: *Los efectos de la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

Goldthorpe, J. H. (Comp.): *Orden y conflicto en el capitalismo contemporáneo*, trad. M. Fernández de Loaysa, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

González De La Aleja, R.: *La titularidad del derecho de huelga en especial en la función pública. Perspectivas jurídico críticas*, Granada, Comares, 1999.

González Ortega, S.: "El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado", como lección inaugural del curso académico 2017/2018 la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2017.

González Ortega, S.: "El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado", como lección inaugural del curso académico 2017/2018 la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2017.

González Ortega, S.: "El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 418, 2018.

González-Posada Martínez, E.: "Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2015.

Goñi Sein, J. L.: "Límites al resarcimiento de daños causados por la huelga", en *La Ley*, núm. 2, 1991.

Grasselli, S.: "Indisponibilità del diritto de sciopero", en *Riv.dir.lav*., 1965.

Grau Pineda, C.: "El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018.

Grau Pineda, C.: *Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Gravel, E., Duplessis, I.,y Gernigon, B.: *El Comité de Libertad Sindical: Impacto desde su creación,* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2001.

Guamán Hernández, A.: "La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line. Comentario a la STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05 (TJCE 2007, 357)", en *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007.

Gurvitch, G.: *La idea del Derecho,* traducción, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005. La versión originaria, L'idée *du droit social, Notion et système du droit social, Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, París, Sirey, 1932 (reimpresión alemana en 1972).

Häberle, P.: "El legislador de los derechos fundamentales", en López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991.

Hart. H. L. A.: *El concepto de Derecho*, trad. G. R. Carrió, 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980.

Häberle, P.: "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales. Efectividad de los derechos fundamentales: en particular en relación con el ejercicio del Poder Legislativo", en López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991.

Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.

Heller, H.: "¿Estado de Derecho o dictadura?", Heller, H.: *Europa y el Fascismo,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2006.

Igartua Miro, M. T. y Marín Alonso, I.: "El conflicto laboral de los controladores aéreos: regulación heterónoma de condiciones de trabajo versus autonomía colectiva", en *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011.

Ihering, R.: *El fin en el Derecho*, trad. D. Abad de Santillán, edición crítica y estudio preliminar, El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª ed., 2011.

Ihering, R.: *La lucha por el Derecho*, edición y Est. preliminar y edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2008.

Josserad, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad. Teleología jurídica,* edición y estudio preliminar, «Teoría del abuso de derecho: El abuso de los derechos fundamentales», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2012.

Josserad, L.: *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado,* edición y estudio preliminar," Louis *Josserand* y *la* renovación *jurídica* del *Derecho privado* ante los cam- bios sociales», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2018.

Kahn-Freund, O.: "Il diritto de sciopero, la sua estensione e i suoi limiti", en *RDL*, núm. 4 (1978).

Kahn-Freund, O.: "Relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento", en *RDLRI*, núm. 7 (1980).

Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* traducción y Estudio preliminar a cargo de J. Mª. Galiana Moreno, "In Memoriam" de F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2019.

Kelsen, H.: *Teoría General del Estado,* edición y estudio preliminar, "Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Lahera Forteza, J.: *La titularidad de los derechos colectivos de trabajadores y funcionarios,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2000.

Lahera Forteza, J.: "Concepto y delimitación del derecho de huelga", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.): *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

Lahera Forteza, J.: "Hacia un nuevo modelo de huelga triangular mercantil (SSTS 3 octubre 2018, Rec. 1147/2017 y Rec. 3365/2016)", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3 (2019).

Larenz, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2016.

Lefranc, G.: *La huelga: historia y presente,* Barcelona, Ed. Laia, 1972.

Levi, G.: *L´abuso del diritto*, Milán, Giufrè, 1993.

Lillo Pérez, E.: "Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad de despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga", en *Revista de Derecho Social*, núm. 71, 2015.

Lofredo, A. (Coord.)*: La titolarità del diritto di sciopero,* Bari, Cacucci, 2008.

López Gandía, J.: "Huelgas ilegales y abusivas", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3, 2010.

López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, 1991.

López-Tamés Iglesias, R.: "Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164, 2014.

Luhmann, N.: *Sistema y dogmática jurídicos*, trad. I. Otto Pardo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Luhman, N.: *Teoria politica nello Stato delle benessere*, Milano, Franco Angeli, 1983.

Luhman, N.: *Sociedad y sistema: La ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós Iberica Ediciones, 1990.

Luque Balbona, D.: *Las huelgas en España: intensidad, formas y determinantes* (tesis doctoral), Oviedo, Universidad de Oviedo, 2010.

Luxemburgo, R.: *Huelga de masas, partido y sindicatos,* trad. José Aricó y Nora Rosenfeld, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 1974, última ed., 2015.

Lyon-Caen, G.: "Syndicats et partis politiques", en *Droit Social*, núm. 2 (1970).

Lyon-Caen, G.: "Constitucionalización del Derecho del Trabajo", en AA.VV.: *Los trabajadores y la constitución*, Madrid, Ed. Sociedad de Estudios Laborales, 1980.

Lyon Caen, G.: "¿Une nouvelle conception du droit de grève?", en *Droit Social*, núm. 11, 1986.

Lyon Caen, A. y Jeammaud, A. *et altri*: *Droit du travail, démocratie et crisis*", Arles, 1986.

Maccormick, N.: *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trad. M. L. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990.

Macpherson, C. B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, trad. J. R. Capella, Barcelona, Fontanella, 1970.

Mariucci, L.: "Lo sciopero nella storia dei progetti di regolamentazione legislativa (1944-1972)", en ROMAGNOLI, U. *et altri: Lo sciopero. Dalla Costituzione all'autodisciplina*, Bologna, Il Mulino, 1975.

Mariucci, L.: "Ancora sulle regole sindacali: dalla rappresentatività allo sciopero", en *LD*, 1988.

Mariucci, L.: "Aún más sobre las normas sindicales: de la representatividad a la huelga", en *RL*, 1988.

Mariucci, L.: "Il conflitto collecttivo nell'ordinamento giuridico italiano", en *RDLRT*, 1989.

Mariucci, L.: "Le relazioni industriale dal 1969 ad oggi", en *Speciale/Lavoro Informazione*, núm. 23, 1989.

Mariucci, L.: "La ley sobre la huelga en los servicios públicos esenciales: problemas cerrados y abiertos", en *Debate Laboral*, núm. 8-9, 1991.

Martín, B.: *Los Problemas de la Modernización: Movimiento Obrero e Industrialización en España*, Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

Martín Bernal, J. M.: *El abuso del derecho*, Madrid, Montecorvo, 1982.

Martín Valverde, A.: "El régimen jurídico de la huelga: similitudes y diferencias entre Alemania y España", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 17 extra (1993).

Martín Valverde, A.: "La doctrina general sobre el Derecho de huelga en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981", en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16, (1997).

Martínez Abascal, V. A.: "La titularidad del derecho de huelga. Los sujetos titulares en el plano individual y en el plano colectivo", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3 (2010).

Martínez Abascal, V., Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E.: "Experiencias de regulación del derecho de huelga en algunos países de las Comunidades Europeas", en VV.AA.: *La regulación del derecho de huelga*, Barcelona, IEL, 1988.

Martínez Abascal, V., Pérez Amorós, F. y Rojo Torrecilla, E.: "La regulación promocional, legal y convencional del Derecho de Huelga", en Alarcón Caracuel, M. R. *et altri*: *Constitución y Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

Martínez Girón, J.: "La huelga laboral: experiencias inglesa y norteamericana", en *Actualidad Laboral*, núm. 39 (1992).

Martínez Moreno, C.: "El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, Caso Telemadrid", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (2017).

Matia Prim, J., Sala Franco, T., Valdés Dal-Ré, F. y Vida Soria, J.: *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, Madrid, Civitas, 1982.

Marzal, A. (Ed.): *La huelga hoy en el derecho social comparado*, Barcelona, Bosch Editor, 2005.

Mengoni, L.: "Lo sciopero nel diritto civile", en AA.VV.: *Il diritto di sciopero. Atti del primo convegno di studio di diritto e procedura penali*, Milán, Giuffrè, 1964.

Mengoni, L.: "Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti", en AA. VV.: *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985.

Mengoni, L.: "Corte constitucional italiana y Derecho sindical", en *TL*, núm.19-20 (1990).

Mercader Uguina, J.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 4 (1991).

Mesuri, F.: "Sul potere di regolamentazione provvisoria della Commissione di Garanzia per l´esercizio del Diritto di sciopero nei servizi pubblici", en *Revista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1 (2000).

Minaco, M. P.: "I poteri della Commissione di Garanzia allá luce degli ultimi intervente dei garanti", en *Revista Italiana di Diritto del Lavoro*, núm. 1 (2004).

Miñarro Yanini M.: "Según el Tribunal Constitucional "si es tecnológico, no es esquirolaje": retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado", en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 429 (2018).

Miranda Boto, J. Mª.: "La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea", en Fotinopoulou Basurko, O. (Dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Monereo Perez, J. L.: "Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical", en Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada,* Encuentro Internacional Celebrado en Granada, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Perez, J. L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

Monereo Perez, J. L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", en AA.VV.: *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 1992.

Monereo Perez, J. L.: "La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Caracterización técnica y significación jurídica y política", en VV.AA.: *IX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 1992.

Monereo Perez, J. L.: *Configuración jurídica del derecho de huelga,* Trabajo de investigación para la Obtención de la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, Granada, 1992.

Monereo Pérez, J.L.: "Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (I) y (II)", en *Revista Española de Derecho del Trabajo. Civitas,* núm. 56-57 (1992-1993).

Monereo Pérez, J. L.: "Límites subjetivos del derecho de huelga: algunas reflexiones críticas", en *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1993.

Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (I)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 27 (1993).

Monereo Pérez, J. L.: "La huelga como derecho constitucional: la técnica específica de organización jurídico-constitucional de la huelga (II)", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 28 (1993).

Monereo Pérez, J. L.: "Las modalidades de huelga: la normalización jurídica de las llamadas huelgas anómalas (I y II)", en *DL*, números 41 y 42, 1993 y 1994.

Monereo Pérez, J. L.: "La constitucionalidad de las huelgas sociopolíticas (a propósito de la STC 36/1993, de 8 de febrero)", en AA. VV.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1994.

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

Monereo Pérez, J. L.: *El Nuevo Derecho del Trabajo. Una crítica del Derecho Flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Servicio de Publicaciones del Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *Pluralismo jurídico y Derecho Social: la sociología del Derecho de Gurvitch,* estudio preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, pp. XIII-CXLVI.

Monereo Pérez, J. L. (Coord.) *et altri*: *Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica*, Granada, Comares, 2002.

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, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L.: "Los procedimientos de solución de los conflictos de trabajo (artículo 37.2 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, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L.: "El modelo normativo de huelga en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J. L.: "La titularidad del derecho de huelga y sus manifestaciones anómalas, ilegales o abusivas. Propuestas de reforma", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3, 2010.

Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada,* Encuentro Internacional Celebrado en Granada, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: "La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España" (I y II), *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales,* núm. 16-17 (2016).

Monereo Pérez, J. L.: *La metamorfosis del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J. L.: "Derecho de negociación y acción colectiva (artículo 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, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J. L.: "La garantía constitucional del derecho huelga y su función en nuestro tiempo", en *Revista de derecho del trabajo* (La< Ley-Uruguay)*,* Nº. 40, 2023, pp. 18-71.

Monereo Pérez, J. L.: "Derechos de huelga y libertad sindical. Esquirolaje interno y externo. Indemnización por daño moral asociado a la vulneración". *Revista de Jurisprudencia Laboral,* Número 1/2024. ;

Monereo Pérez, J. L., Gallego Morales, L.À.: "La Asociación Profesional y el Derecho de Huelga de los Jueces, Magistrados y Fiscales", en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A. y Serrano Falcón, C.: "Arbitraje en caso de huelga y sistema democrático de relaciones laborales", en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 14 (2003).

Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico,* Tomás Jiménez, N. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013.

Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N.: "Trabajo decente y negociación colectiva de las condiciones de trabajo", en Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á. L. (Dirs.), y López Insua, B. M. (Coord.): *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho a la libertad sindical de los empleados públicos", en Monereo Pérez, J.L., González De Patto, R.M., Spinelli, C. y Vida Fernández, R. (Dirs.): *Los derechos fundamentales en el empleo público. Sistemas jurídicos italiano y español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J. L.: "Teoría General de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 22 DUDH, Preámbulo y Artículos 1 a 5 PIDESC y Concordantes)", 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 pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pp. 445-514.

Monereo Pérez, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia". Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. núm. 4 (2022): 215-326. ;

Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de huelga de los empleados públicos", en Monereo Pérez, J.L., González De Patto, R.M., Spinelli, C. y Vida Fernández, R. (Dirs.): *Los derechos fundamentales en el empleo público. Sistemas jurídicos italiano y español,* Granada, Comares, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: "Procedimiento de presión colectiva: La huelga. Caracterización, dinámica y conexión funcional con los procedimientos de solución de los conflictos de trabajo", en VV.AA.: *El conflicto de trabajo: procedimientos de solución y medidas de presión colectiva,* Monereo Pérez, J.L., Márquez Prieto, A., Granados Romera, M.I., Moreno Vida, M.N., y Vila Tierno, F. (Dirs.), López Insua, B. M. y Baquero Aguilar, J. (Coords.), Murcia, Laborum, 2024.

Monereo Pérez, J.L., y Fernández Avilés, J.A. (2023). Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 13(1),1-76. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7825

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "Sentencia 45/2016, de 14 de marzo. Servicios mínimos con ocasión del ejercicio del derecho de huelga", en AA. VV.: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social.* Tomo XXXIII, año: 2016, Biblioteca de Jurisprudencia - Civitas, 2016.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: "STC 17/2017, de 2 de febrero. Sustitución interna de trabajadores y utilización de medios técnicos no habituales en jornada de huelga", en VV. AA: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social.* Tomo XXXIV, 2017, Biblioteca de Jurisprudencia - Civitas.

Monereo Pérez, J.L. y Péran Quesada, S. (Dirs. y Coords.) *et altri*: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial,* Granada, Comares, 2018.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2019, 659 pp.

Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/Aranzadi, 2021, 661 pp.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P.G.: *Fundamentos del Derecho Social de la Unión Europea. Configuración técnica y estudio sistemático del marco normativo regulador,* Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters/ Aranzadi, 2022.

Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Huelga como derecho", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.): *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Huelga transnacional y libertades económicas", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.): *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Huelga sociopolítica", en Baylos Grau, A. P., Florencio Thomé, C. y García Schwarz, R. (Coords.): *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

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, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J. L. y Tomás Jiménez, N.: "Derecho a la negociación colectiva (implícito al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical) (Art. 23.4 DUDH; art. 22.1, 22.3 PIDCP; art. 8 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, Comares, 2014.

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, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. Á.: "Libertad sindical y huelga (Artículo 11)", en VV.AA.: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011),* Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. Á.: "Los derechos de sindicación y huelga", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. (Coord.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000,* Madrid, La Ley, 2010.

Monereo Pérez, J. L, *et altri*: "Derecho de Huelga", en Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y Elorza Guerrero, F. (Coords.)*: Veinte años de Jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones Laborales*, Madrid, Tecnos, 2001.

Montoya Melgar, A.: "Para una revisión de los límites del derecho de huelga", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3, 2010.

Montoya Melgar, A.: "Los límites del derecho de huelga: presente y futuro", en Arias Domínguez, A. (Coord.): *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Feliciano González*, Madrid, Dykinson, 2013.

Moreno Vida, M.ª N.: *La Huelga en Servicios Esenciales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2007.

Moreno Vida, Mª. N.: "Sobre la mediación extrajudicial previa como presupuesto de validez de la huelga y la ilegalidad de las huelgas novatorias", en *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 12, 2008.

Moreno Vida, Mª. N.: "La huelga en servicios esenciales", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*, Murcia, Laborum, 2008.

Moreno Vida, Mª. N.: "La actuación administrativa en las huelgas en servicios esenciales de la comunidad", en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 125, 2014.

Moreno Vida, Mª. N.: "La huelga en servicios esenciales: exteriorización, planteamiento y solución del conflicto", en VV.AA.: *El conflicto de trabajo: procedimientos de solución y medidas de presión colectiva,* Monereo Pérez, J.L., Márquez Prieto, A., Granados Romera, M.I., Moreno Vida, M.N., y Vila Tierno, F. (Dirs.), López Insua, B. M. y Baquero Aguilar, J. (Coords.), Murcia, Laborum, 2024.

Murgas Torraza, R.: "Efectos del ejercicio del derecho de huelga en la relación de trabajo", en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, J. *et altri*: *Participación y acción sindical en la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2013.

Napoli, M.: "Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Linee interpretative della legge 12 giugno 1990, n. 146", en *Jus. Riv.di scienze giuridiche*, núm. 1, 1991.

Napoli, M.: "El marco jurídico-institucional", en Cella, G. P. y Treu, T. (a cargo de): *Las relaciones industriales en Italia*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

Nieto, A.: "El positivismo jurídico y la Constitución de 1978", en *REDC*, núm. 26, 1989.

Nogler, L.: "La titularidad conjunta del derecho de huelga", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 41, 2018.

Odero De Dios, A.: "El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT", en *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999.

Ojeda Avilés, A.: "Sobre la huelga de un solo trabajador y otros aspectos individuales de la huelga", en AA.VV.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994.

Ortega Álvarez, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, Tecnos, 1983.

Palomeque López, M. C.: "La regulación por Ley del derecho de huelga", en *DL*, núm. 23, 1987.

Palomeque López, C. M.: *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Palomeque López, M. C.: *Derecho sindical español*, Madrid, Tecnos, 1991.

Palomeque López, C. M.: "La titularidad diferenciada del derecho de huelga", en *AL*, núm. 20, 1992.

Palomeque López, M. C.: "Diez años de debate político sobre la promulgación de una "nueva ley" de huelga (1982-1992)", en AA. VV.: *X Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, Trotta, 1992.

Palomeque López, M. C.: "Los dos debates políticos sobre la promulgación de una "nueva ley" de huelga y la estrategia diferenciada de los sindicatos", en *RL,* núm. 12, 1992.

Palomeque López, M. C.: "Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga", en BAYLOS GRAU, A. (Coord.): *Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005.

Palomeque López, M. C.: "La regulación de la huelga y sus inconvenientes funcionales", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos* (Ejemplar dedicado a "La regulación del Derecho de Huelga en España"), núm. 2 y 3 (2010).

Palomeque López, M. C.: *Vuestros y de la causa obrera. La gran huelga textil de los siete meses en Béjar (1913-1914)*, Salamanca, Centro de Estudios Bejaranos, 2016.

Palomeque López, M. C.: "Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga", en *Trabajo y Derecho*, núm. 36 (2017).

Pardell Veá, A.: *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Barcelona, Bosch, 1989.

Parejo Alfonso, L.: "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", en *REDC*, núm. 3, 1981.

Parejo Alfonso, L.: *Constitución y valores del ordenamiento,* Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1990.

Pascucci, P.: "La regolamentazione autonoma del diritto di sciopero", en AA.VV.: *Letture di diritto sindacale. La base teoriche del diritto sindacale*, Napoli, Garofalo, 1990.

Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.): *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

Pérez Rey, J.: "Tertulias, reportajes de actualidad y esquirolaje tecnológico en la huelga general (a propósito de la STS de 11 de junio de 2012)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012.

Pérez Rey, J.: "El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 5 de diciembre de 2012)", en *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013.

Pérez Rey, J.: "El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol), en *Revista de Derecho Social*, núm. 77 (2017).

Persiani, M.: "Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare", en *DL*, núm. 1, 1992.

Pessi, R.: "L'effettività della legge n.146/90 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenciali", en *DL*, núm. 1, 1992.

Pizzorusso, A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, trad. J. Jimenez Campo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.

Radbruch, G.: *Filosofía del Derecho,* edición y estudio preliminar, "La filosofía de Gustav Radbruch: Una lectura jurídica y política" (pp. XVII-CIX), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 4ª edición, 1999.

Ramírez Martínez, J. M.: "La titularidad del derecho de huelga", en VV.AA.: *Homenaje al profesor Juan García Abellán*, Murcia, Universidad de Murcia, 1994.

Ramos Quintana, M. I.: "Conflicto de intereses, negociación colectiva y derecho de huelga: cambios en el sistema productivo y disrupción normativa", en *Revista de derecho social*, núm. 83 (2018).

Ripert, G.: *Les forces créatrices du Droit*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1955.

Rivero Lamas, J.: "La garantía de los derechos y libertades constitucionales", 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, Comares, 2002.

Roccella, M.: "Sulle tecniche di regolazione del diritto di sciopero", en AA. VV.: *Lo sciopero: Disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico (Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale)*, Milán, Giuffrè, 1989.

Rodotá, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. y prólogo de L. Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1986.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "La huelga en los servicios esenciales y el papel de la jurisprudencia constitucional", en *RL*, núm. 15-16, 1997.

Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: "El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?", en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16 (2008).

Rojas Rivero, G. P.: "El reconocimiento internacional del derecho de huelga y el sistema de control de normas de la OIT", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 5 (2015).

Romagnoli, G.: "Sulla titolarità del diritto di sciopero", en *GDLRI,* 1988.

Romagnoli, U.: "La legge sullo sciopero tra autorità e consenso", en *RTDPC*, 1992.

Romagnoli, U.: "La legge sullo sciopero tra autoritá e consenso", en *Riv. Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 4 (1992).

Romagnoli, U.: "El derecho de huelga en Italia", en *Revista de trabajo y Seguridad Social*, núm. 5, 1992.

Romano, S.: *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Rusciano, M. y Santoro Passarelli, G.: *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Milano, Giuffrè, 1991.

Rusciano, M.: "Il ruolo degli attori nel disegno della L.12 giugno 1990, n.146", en *Riv.Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, núm. 6, 1991.

Rusciano, M.: "L'iter formativo della legge 83 del 2000", en *DLRI*, 2002.

Sala Franco, T.: "El esquirolaje externo", en *AL*, núm. 1, 1984.

Sala Franco, T.: "Problemas jurídicos del trabajador no huelguista", en *AL*, núm. 2, 1984.

Sala Franco, T. y Albiol Montesinos, I.: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo blanc, 2001.

Sala Franco, T.: "Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga", en *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2014.

Salcedo Beltrán, Mª. C.: *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.

Sánchez Quiñones, L.: "Una reflexión sobre el derecho de huelga y los esquiroles", en *Diario La Ley*, núm. 9109 (2018).

Sanguineti Raymond, W.: "El derecho de huelga en la encrucijada del cambio tecnológico y productivo", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 14 (2016).

Sanguineti Raymond, W.: "El derecho de huelga en entredicho", en *Trabajo y Derecho*, núm. 28 (2017).

Sanguineti Raymond, W.: "El derecho de huelga en los grupos y redes empresariales: la construcción de la doctrina de Tribunal Supremo", en *Trabajo y Derecho*, núm. 49 (2019).

Sanguineti Raymond, W. y Cabero Morán, E. (Coords.)*: Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017.

Santana Gómez, A.: *El régimen jurídico de los trabajadores no huelguistas*, Madrid, Civitas, 1992.

Santoni, F.: "Le metamorfosi dello sciopero politico nella società pluralistica", en AA. VV.: *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Turín, Giappichelli, 2013.

Santoro Passarelli, D.: "Art. 2", en Rusciano, M. y Santoro Passarelli, G. (a cura di): *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario allá legge 12 giugno 1990, n. 146,* Milano, Giuffrè, 1991.

Sanz Pérez, A.: "El poco conocido caso de las máquinas que impidieron hacer huelga", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2017.

Scheneider, H. P.: "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *REP*, núm. 7, 1979.

Sempere Navarro, A. V.: "La jurisprudencia unificada sobre huelga: una síntesis", en Cabeza Pereiro, J. y Martínez Girón, J. (Coords.): *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez,* Murcia, Laborum, 2008.

Sempere Navarro, A. V.: "Huelgas ilegales y huelgas abusivas", en Sanguineti Raymond, W. y Cabero Morán, E. (Coords.): *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Granada, Comares, 2017.

Sempere Navarro, A. V.: "Suspensión cautelar de huelga novatoria (el conflicto futbolístico)", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176, 2015.

Sirvent Hernández, N.: "La vulneración empresarial del derecho de huelga y responsabilidad por daños y perjuicios", en *Temas Laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 128 (2015).

Smuraglia, C.: "L' attività interpretativa della Corte constituzionale e il diritto di sciopero", en *Riv.giur.lav*., I (1963).

Sorel, G.: *Reflexiones sobre la violencia,* edición y estudio preliminar "Teoría e ideología del sindicalismo en Georges Sorel", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2011.

Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el derecho sindical. La experiencia italiana después de la Constitución,* traducción de la 2ª edición italiana de 1972, edición y estudio preliminar, "Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello" (pp. VII-XCV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002.

Tarello, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, ed. a cargo de J. L. *Monereo* Pérez, Granada, *Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003.*

Teubner, G.: *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspecktive. Archiv* für *Rechts-und Sozialphilosophie*, 1982.

Terradillos Ormaetxea, E.: "Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas ilícitas", en Baylos Grau, A. (Coord.): *Estudios sobre la Huelga*, Albacete, Bomarzo, 2005.

Torrente Gari, S.: *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996.

Torrents Margalef, J.: "Determinación del alcance aplicativo del Art. 4 del RD-L de relaciones de trabajo (preaviso en la huelga en los servicios públicos", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (Dir.) y Monreal Bringsvaerd, E. (Coord.): *Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (Régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, Madrid, La Ley, 2014.

Tortuero Plaza, J. L.: "La huelga y la suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social. El alcance de la neutralidad del Estado", en *RFDUC*, núm. 17 (1993).

Toscani Giménez, D.: "La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico", en *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 30 (2017).

Treu, T. *et altri*: *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistematico alla l.12 giugno 1990, n.146*, Padova, Cedam, 1991.

Treu, T.: "La regulación de la huelga en Italia", en *DL*, núm. 33 (1991).

Treu, T., Garilli, A., Roccella, M. y Pascucci, P. (a cura di): *Sciopero e servizi essenziali. Commentario sistemático allá L. 12 giugno 1990, n. 146*, Padua, Cedam, 1991.

Valdés Dal-Ré, F.: "Los Derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español", en *REDT*, núm. 86, 1997.

Valdés Dal-Ré, F.: "Libertades de reunión y asociación (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

Vardaro, G.: "Verso la codificazione del diritto di sciopero", en VV.AA.: *Lo sciopero: Disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico (Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale)*, Milán, Giuffrè, 1989.

Vida Soria, J.: "Límites jurídicos a la huelga. Evolución en el sistema positivo italiano", en *Rev.de Derecho del Trabajo*, núm. 59, 1963.

Vida Soria, J.: "Régimen jurídico de la huelga en Italia", en VV.AA.: *La huelga en Europa*, en Cuadernos de Estudios Laborales, núm. 1 (1975).

Vida Soria, J.: "Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978", en AA. VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, Civitas, 1980.

Vida Soria, J.: "La regulación del Derecho de huelga en los ordenamientos jurídicos de Francia e Italia", en *Actualidad Laboral*, núm. 38 (1992).

Vida Soria, J. y Gallego Morales, Á.: "Art. 28. Derechos sindicales y de huelga", en Alzaga Villaamil, O. (Dir.) *et al*: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III (Artículos 24 a 38), Madrid, Edersa, 1996.

Viehweg, T.: *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1964.

Vivero Serrano, J. B.: *La huelga en los servicios esenciales*, Valladolid, Lex nova, 2002.

Vivero Serrano, J. B.: *La huelga como derecho fundamental y el mantenimiento de los servicios esenciales*, Valladolid, Lex Nova, 2002.

Vivero Serrano, J. B.: *La terminación de la huelga*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

VV. AA. (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, Comares, 2012.

VV. AA. (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, Comares, 2014.

VV. AA. (Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. Dirs. y Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

Webb, S. y Webb, B.: *Historia del sindicalismo, 1966-1920*, trad. A. Gimeno, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 1990.

Webb, S. y Webb, B.: *La democracia industrial,* edición y estudio preliminar de Juan José y Santiago Castillo, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

Wiethölter, R.: "Los conflictos de trabajo de instituciones de mercado a instrumentos de participación política", en Wiethölter, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, trad., M. A. Extremoz, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1991.

Wiethölter, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, trad., M. A. Extremoz, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1991.

Zangari, G.: *Il Dirito di sciopero*, Milano, Giuffré, 1976.

Zangari, G.: "Diritto di sciopero e sindacto come "actore" político", en Zangari, G.: *Il Dirito di sciopero*, Milano, Giuffré, 1976.

Zangari, G.: "Disciplina legislativa ed autodisciplina sindacale dei limiti di esercizio del diritto di sciopero (con particolare riferimento ai servizi publici esenciali)", en *Riv. Dir. Lav*., 1977.

Zangari, G.: "Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali", en *Diritto e Pratica del Lavoro*, núm. 37 (1990).

Zoppoli, A.: *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Nápoles, Jovene, 2006.

Zoppoli, A.: "Un giurista del lavoro al passo con i tempi", en AA.VV.: *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Turín, Giappichelli, 2013.

ISSN: 2792-7970

El sistema negociación colectiva: los dilemas en una sociedad cambiante

The collective bargaining system: the dilemma in a changing society

José Luis Monereo Pérez *Catedrático y Director del Departamento 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 negociación colectiva: los dilemas en una sociedad cambiante». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 81-128.

Resumen

La autonomía colectiva negocial, como poder social con facultad creadora de Derecho objetivo, se expresa y exterioriza en un doble aspecto (hoy ya plenamente institucionalizado y juridificado) dinámico (la negociación colectiva como proceso flexible de encuentro y diálogo en vista de alcanzar un convenio o acuerdo colectivo entre las partes sociales para la fijación de las condiciones de trabajo y las relaciones entre los sujetos colectivos intervinientes en la negociación) y estático (como acto o instrumento jurídico, resultado posible de ese proceso negociador). La negociación colectiva y el convenio jurídico son *institutos jurídicos surgidos de las prácticas profesionales*", creadoras de formas de Derecho extraestatal autorreflexivo, respaldas y ordenadas por la legislación pública. El convenio colectivo no ha actuado solamente como mera reglamentación externa (actuando como "ley profesional") de los contratos de trabajo, así normados, sino también como instrumento de autoorganización de la autonomía colectiva sindical (autodeterminación social/ autocodecisión negociadora de los interlocutores sociales).

Palabras clave

autonomía colectiva; sindicatos; negociación colectiva; convenios colectivos; reformas laborales; constitución social del trabajo; orden público laboral

Abstract

Collective bargaining autonomy, as a social power with the power to create objective law, is expressed and externalized in a double aspect (now fully institutionalized and juridified), dynamic (collective bargaining as a flexible process of meeting and dialogue with a view to reaching a collective agreement between the social parties for the establishment of working conditions and relations between the collective subjects involved in the negotiation) and static (as a legal act or instrument, possible result of this negotiating process). Collective bargaining and the legal agreement are legal institutes arising from professional practices", creating forms of self-reflexive extra-state law, supported and ordered by public legislation. The collective bargaining agreement has acted not only as a mere external regulation (acting as "professional law") of employment contracts, thus regulated, but also as an instrument of self-organization of collective union autonomy (social self-determination/ negotiating self-determination of the social partners).

Keywords

collective autonomy; trade unions; collective bargaining; collective bargaining agreements; labor reforms; social constitution of labor; public labor order

"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 […]. Pero también son un soporte de la negociación colectiva; es decir, constituye una "condición sine qua non" de las relaciones laborales, excepto en las sociedades totalitaria"

Otto Kahn Freund[1]

[1] Kahn Freund, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y Nota Preliminar 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 (Colección Crítica del Derecho), 2019, pp. 276 y 360.

1. LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA EN UN SISTEMA DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES

Por su propia historicidad y su condición de instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales, la negociación colectiva ha ido evolucionando en el sentido de una mayor complejidad de sus funciones y, a consecuencia de ello, hacia una palpable tendencia hacia el enriquecimiento imparable del contenido de los convenios colectivos a todos los niveles[2]. El enriquecimiento de los contenidos -no siempre presente, ciertamente- refleja la vitalidad de la autonomía colectiva negocial (poder bilateral y de autorregulación de los conflictos y gobierno autónomo de las relaciones laborales que se ejerce conjuntamente entre los representantes de los trabajadores y empresarios). La autonomía colectiva constituye un poder privado de autorregulación colectiva y de capacidad normativa que el ordenamiento jurídico atribuye los interlocutores sociales para la autorregulación de los conflictos que les afecten y para el gobierno del sistema de relaciones laborales, dentro del respecto a las leyes a las cuales complementan, mejoran y adaptan a las peculiaridades de su campo de aplicación[3]. Las funciones de la negociación colectiva, que se proyectan en los contenidos de los convenios colectivos, son consustanciales a la experiencia jurídica y están en la base de su reconocimiento constitucional, en nuestro caso en el art. 37.1, en relación con los artículos 7, 28.1 y 103 de nuestra Norma Fundamental[4].

---

[2] Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, pp. 107 y sigs., y 138 y sigs.; *Ibid.,* "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación de una negociación colectiva renovada", en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva,* Madrid, Subdirección General de Publicaciones-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 91-246; Monereo Pérez, J. L.: "Comentario al artículo 37.1 de la Constitución", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.ª N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, pp. 625-683; Monereo Pérez, J.L.: "Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva", en Monereo Peréz J.L. Y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Tomás Jimenez, H. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2013, pp. 77-131. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, pp. 13 y sigs., y 57 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "El modelo de negociación colectiva tras las últimas reformas laborales", en Monereo Pérez, J.L. (Coord) *et altri*.: *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía* (XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales), Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2024, pp. 135-198.

[3] Monereo Pérez, J.L.: "Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva", en Monereo Peréz J.L. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España*, op. cit., p. 119: Alfonso Mellado, C.L.: "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: orígenes y contenido", en Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S., y Rodríguez Iniesta, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico,* Murcia, Laborum, 2022, pp. 449 y sigs.; Monereo Pérez, J. L.: "Comentario al artículo 37.1 de la Constitución", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.ª N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, págs.625-683 , en particular, págs. 647 y sigs.; Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
En el enfoque clásico, véase Kahn-Freund, O.: *Trabajo y Derecho,* cit., espec., págs. 11 y sigs., cuyo punto de vista es especialmente ilustrativo para la compresión explicativa de las diferencias (y también de los puntos de conexión y confluencia) entre el modelo anglosajón y el modelo continental de negociación colectiva.

[4] Véase y complétese con Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho,* estudio preliminar, a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp.XI-CLXIII (apartado "3. La función de la negociación colectiva en el marco de las tendencias evolutivas del sistema de relaciones laborales"). Y más ampliamente, Monereo Pérez, J.: "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación de una negociación colectiva renovada", en COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva,* Madrid, Subdirección General de Publicaciones-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 91-246.

Desde la dimensión funcional del derecho a la negociación colectiva (complementaria y no alternativa al análisis de su estructura), importa la "ratio iuris" del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

La autonomía colectiva negocial, como poder social con facultad creadora de Derecho objetivo, se expresa y exterioriza en un doble aspecto (hoy ya plenamente institucionalizado y juridificado) dinámico (la negociación colectiva como proceso flexible de encuentro y diálogo en vista de alcanzar un convenio o acuerdo colectivo entre las partes sociales para la fijación de las condiciones de trabajo y las relaciones entre los sujetos colectivos intervinientes en la negociación) y estático (como acto o instrumento jurídico, resultado posible de ese proceso negociador)[5]. La negociación colectiva y el convenio jurídico son *institutos jurídicos surgidos de las prácticas profesionales,* creadoras de formas de Derecho extraestatal autorreflexivo, respaldas y ordenadas por la legislación pública[6]. En su momento, la doctrina hablaba de la fuerza del convenio colectivo como ley en sentido jurídico-material[7]. El objeto del proceso negociador y sus resultados queridos por los sujetos negociadores ha ido sufriendo cambios significativos a partir de un cierto "núcleo duro" siempre persistente. El convenio colectivo mantiene su típica función económico-social de relevancia jurídica; esto es, de instrumento de fijación de las condiciones de trabajo y de ordenación del sistema de relaciones laborales, pero tiende a asumir nuevas funciones superpuestas a las tradicionales y a redefinir éstas últimas.

[5] Esta dualidad conceptual -negociación colectiva como "proceso" o como "resultado" - también se manifiesta en los modelos de negociación colectiva. Así los denominados sistemas "dinámicos" se caracterizan por un flujo de acuerdos continuados (que exalta los aspectos procedimentales de la negociación), a menudo mediando instituciones paritarias, donde éste es más importante que el texto formal del acuerdo que se ve continuamente modificado. Esta dinamicidad es inferior en los sistemas "estáticos" (con realce de la función normativa del acuerdo) donde las modificaciones se producen al vencimiento del convenio.

[6] En una perspectiva histórica, véase, Gurvitch, G.: *L´idée du Droit Social. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depues le XII siègle jusqu`al fin du XIX siègle,* París, Libraire Du Recueil Sirey, 1932 (reimpresión alemana, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1972). Traducida por primera y única vez al castellano, *La Idea del Derecho Social. Noción y Sistema del Derecho Social. Historia Doctrinal Desde El Siglo XVII Hasta El Fin Del Siglo XIX,* traducción, edición y Estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), de J.L.Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Editorial Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005, 782 páginas. Gurvitch, G.: "Théorie pluraliste des sources du droit positif", en *Annuaire de l' Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique,* 1934-1935, págs.114 a 131; Gurvitch, G.: *L' Expérience Juridique Et la Philosophie Pluraliste Du Droit,* París, Editions A. Pedone, 1935. Gurvitch, G.:*Elementos de Sociología Jurídica,* Edición crítica española y Estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch" (pp.XIII-CXLVI), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Ed.Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001. *Ibid., La déclaration dês droits sociaux,* New York, Éditions de la Maison Française, 1944; 2ª ed., en París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1946. Sobre su pensamiento jurídico y de política del Derecho, puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021.

[7] Duguit, incardinaba a los convenios colectivos en la categoría jurídica de fuentes autónomas de Derecho objetivo, actos-regla o leyes-convenciones. Véase la versión crítica Duguit, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los "derechos" en León Duguit" (pp. IX-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007, espec., pp. 202-206. El propio Gallart hace referencia a estas teorías, véase Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho,* estudio preliminar, a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pp. XI-CLXIII, y págs.87 y sigs. Para Carnelutti, el convenio colectivo es un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de Ley. Cfr. Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collecttivo dei rapporti di lavoro,* Padua, Cedam, (1ª ed.) 1928, págs.108 y sigs.; Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica,* edición y estudio preliminar, "Pluralismo jurídico y Derecho social: la sociología del Derecho de Guvitch" (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; Gurvitch, G. (1932/2005): *La idea del derecho social*, edición, traducción al castellano, y estudio preliminar, "La idea del derecho social en la teoría general de los derechos: El pensamiento de Gurvitch" (pp. VII-LV), a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2005.

El convenio colectivo no ha actuado solamente como mera reglamentación externa (actuando como "ley profesional") de los contratos de trabajo, así normados, sino también como instrumento de auto-organización de la autonomía colectiva sindical", lo que refleja la estructura autopoyética (de autonormación) sobre la que se asientan en gran medida sus fenómenos (la conformación "reflexiva" del Derecho del Trabajo en el constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho)[8], y que se manifiesta muy claramente en su contenido "obligacional" (dimensión obligacional del convenio colectivo). La negociación colectiva, y sus productos jurídicos, ha tenido que ir adaptándose continuamente de forma autorreflexiva para responder a los cambios del entorno. En este sentido la misma construcción de la doctrina jurídica sobre la negociación colectiva y respecto al convenio colectivo es tributaria de una época caracterizada por la emergencia y desenvolvimiento de la sociedad industrial y para afrontar los problemas típicos de la cuestión social del momento, y es posible que hoy en día se esté ante el preciso período histórico en que sea necesario acometer una revisión de las teorías clásicas y de las funciones tradicionalmente atribuidas a la negociación colectiva. Podrá llevar a una nueva revisión de su función ordenante, estabilizante y normalizadora del Derecho creado a través de la negociación colectiva y que remite la cristalización dinámica de las diversas manifestaciones de la vida social sobre las cuales despliega su eficacia. Se convendrá, así, que los convenios colectivos -como normas jurídicas pactadas- no son más que medios, y no los únicos, con los cuales se expresa formalmente y se realiza la función de la autonomía colectiva, y que permiten realizarla como producto de la función misma por ella ostentada. Por ello su persistencia, su desenvolvimiento vital, no puede sino ser contingente ante la exigencia de atender a la autonomía colectiva como poder jurídico que los impone al estar movida por la necesidad de responder autorreflexivamente a los cambios de un entorno cambiante. De manera que el orden construido debe tener siempre la posibilidad de renovarse y dar lugar a que operen modificaciones, incluso radicales y profundas, desde el punto de vista de la estructura y su funcionamiento, pues de lo contrario carecería de la vitalidad indispensable. Es así, que el orden creado ha de renovarse continuamente en sus elementos a través de ciertos procedimientos, cuya celeridad depende de las circunstancias concurrentes, porque el cambio del sistema social es connatural a la realidad de una vida social cada vez más compleja y difícil de gobernar (se producen transformaciones en la sociedad -vale decir, "sociedad del trabajo"-, transformaciones de las fuerzas productivas de la sociedad -entre las técnicas y tecnología, la transición digital, etc.-, el reforzamiento de los poderes privados, nuevas relaciones entre Estado y Sociedad mediatizadas por las ideologías políticas, la emergencia de nuevas fuentes jurídicas extralegislativas que puede "competir" tanto respecto a las fuentes legislativas públicas, como respecto de la con la propia autonomía colectiva negocial, etc.). Ello es condición para cumplir su función típica y así encontrar puntos de encuentro y de equilibrio entre los intereses en juego en el mundo del trabajo. Y ello hay que hacerlo, hoy día, bajo la presión de unos poderes privados que se han organizado y reforzado de manera extraordinariamente significativa. El modelo de regulación en que se resuelve la negociación colectiva conduce a ese carácter dinámico y contingente.

La incidencia de esas nuevas funciones sobre la configuración jurídica del convenio colectivo. Esa diferenciación funcional debe conllevar una diversificación estructural, ya que no puede sostenerse que exista una homogeneidad de régimen jurídico que prescinda de la función, dado que si ésta última tiene destinatarios, contenidos, conexiones regulativas diferentes, el acto en que se expresa no puede estar sometido a un régimen jurídico siempre igual. Por lo demás, se subraya unas funciones bien radicadas en el contexto de las relaciones sociales, función unitaria del convenio colectivo que se identifica: como instrumento de control del mercado de trabajo, ser instrumento de composición de los conflictos de intereses entre capital y trabajo o medio fundamental de tutela (lato sensu) de los intereses trabajadores.

[8] Véase Luhmann, N.: "The Self-reproduction of Law and its limits", en VV. AA: *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986; Teubner, G.: "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", Law and Society Review, 1983.

Se debe hacer notar que la amplísima libertad de negociación colectiva garantizada en el art. 37.1 CE y 85.1 ET posibilita en sí misma un enriquecimiento dinámico de los contenidos de la negociación colectiva atendiendo a las exigencias de cada época y momento histórico concreto. En efecto, conforme al art. 85 ET, dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán reglar materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales…". Y en relación a esta regulación relacional en el sistema de relaciones laborales, hay que tener en cuenta la dimensión obligacional (el llamado "contenido obligacional") del convenio colectivo como norma paccionada colectivamente; a saber: "mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y productividad. Igualmente podrán *regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten"*[9]. No existiendo propiamente una distribución de materias sustantivas (más allá, como es sabido, de las materias que forman parte de las normas de derecho necesario absoluto, no relativo, que pertenecen al orden público sociolaboral[10], a través de normas que se configuran como máximos insuperables o que excluyen la intervención reguladora del convenio colectivo)[11] entre Ley y convenio colectivo no entran en juego los principios de competencia y de reserva de Ley, pero sí existe un criterio de coordinación internormativa o "interfuente" entra ambas fuentes reguladoras (y ello a través de una tipología plural de relaciones posibles entre la Ley y el convenio colectivo, de entre las cuales destaca señaladamente a través de relaciones de suplementariedad, complementariedad, dispositividad), con sometimiento el principio de jerarquía normativa (artículos 9.3 CE, 1.2 del Título Preliminar del Código Civil; artículos 3 y 85.1, 90.5 del ET; STC 210/1990; 92/1994; 147/1995;119/2002; 27/2004; 8/2015, entre otras muchas) y al principio de modernidad normativa (art. 2.2 del Título Preliminar del Código Civil; artículos 82.4 y 86.5 del ET; artículos 163 y siguientes de la LRJS)[12].

2. LA 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

[9] Respecto a la "paz laboral", véase artículos 8 y 11.c) del RDL 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo y STC 189/1993, de 14 de junio, sobre el sentido y alcance de estas cláusulas obligacionales de paz social. Cfr. Art. 28.2 CE (derecho fundamental de huelga de los trabajadores).

[10] Para la noción de orden público en el Derecho del Trabajo como sector diferenciado dentro del ordenamiento jurídico general, es de consulta obligada, la obra de Garmendia Arigón, M.: *Orden público y Derecho del Trabajo,* 2 ª edición revisada, ampliada y actualizada, Montevideo, Ed. La Ley Uruguay, 2001, espec., Capítulo V, págs. 169 y sigs.

[11] No debe eludirse las fuertes tensiones e interferencias -de las que se han podido deducir límites para la negoción colectiva- entre la ordenación normativa del Derecho de la Competencia y la negociación colectiva expresada en los convenios colectivos, con la consiguiente afectación a los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga. Cuestión especialmente relevante en el ámbito de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, SSTJUE 21 de septiembre de 1999, C-67/96, 21 de septiembre de 2000, C-222/2998, septiembre, 3 de marzo de 2011, C-437/2009, 4 de diciembre de 2014, C-413/13. Véase, Monereo Pérez, J.L.,y Tomás Jimenez, 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, y las sentencias del TJUE y la bibliografía allí citada.

[12] Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "Comentario al artículo 3 ET: Fuentes de la relación laboral", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores,* Granada, Comares, 1ª ed., 1998, págs. 98 y sigs.; Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "Comentario al artículo 3 ET: Fuentes de la relación laboral", en Monereo Pérez, J.L.: *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,* Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2ª ed., 2012, págs. 75-105; García Perrote, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo,* Madrid, MTSS, 1987.

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)[13]. 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 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[14] y de la negociación colectiva como instrumento de gobernabilidad del sistema de relaciones laborales y de regulación de las condiciones de trabajo, se puede constatar que los espacios de la autodeterminación colectiva se han enriquecido en sus contenidos, aunque también se han producido orientaciones de política del Derecho presididas por un intervencionismo selectivo y más autoritario[15]. 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

[13] Jimena Quesada, L.: "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos sociolaborales (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*, (4), (2022) pp. 215-326. Recuperado a partir de https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622

[14] 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

[15] 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. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4507898.pdf. El enriquecimiento expansivo de los contenidos de la negociación colectiva y su plasmación en las dimensiones obligacionales y normativas de los convenios colectivos se venía apreciándose desde los inicios del siglo veintiuno. Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos", en Temas Laborales, núm. 76 (2004), págs. 255-285. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060632.pdf; 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.

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[16]. 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 toda 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.

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[17], 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[18].

---

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

[17] 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, Comares, 2012, págs. 628-629.

[18] 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, Comares (Colección 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, 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, 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,

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 espacios 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.

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

A.y González, G.: *Empresas transnacionales y derechos humanos,* Albacete, Bomarzo, 2018; Ojeda Aviles, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia, 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.

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 reformas 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 aquella 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 aquellas reformas anteriores no fue 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 unas 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, hay que 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 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 colectivo 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 una 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. 84.2 del ET (principio de preferencia legal de los convenios de empresa o de grupos de empresas sobre los convenios de ámbito superior) que apuestan por la descentralización total de negociación colectiva, con los importantes efectos de fragmentación que esto conlleva entre los trabajadores y sin exigir *justificado motivo*[19]. 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 ultractividad 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

[19] 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 de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio de sector estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias […]". Pero añadiendo, además, la indisponibilidad colectiva por la vía del art.83.2, a saber: "Los acuerdos y convenios colectivo que se refiere el art. 82.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado"). Para una crítica a esta ordenación, véase Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, pp. 251 y sigs., y bibliografía allí citada.

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)[20].

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.

[20] 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 con el 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 sistema de arbitraje debe ser independiente, y la cuestión de fondo del arbitraje no puede predeterminarse por criterios preestablecidos550. *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

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[21]. 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 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.

[21] 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.

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 minimamente 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[22].

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 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

[22] 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 (Colección Crítica del Derecho), 2019, pág. 360.

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[23], 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 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 y acuerdos colectivos), no tiene que suponer un detrimento de los Acuerdos Marco y de los convenios de sector, a riesgo de una excesiva y perniciosa atomización de la negociación colectiva[24]. 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

[23] 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 los 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.

[24] 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.

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 transformaciones 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)[25], 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 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 impido 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)

[25] 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.): *, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI,* Ortega Lozano, P.G. y J.L. Ruíz Santamaría (Coords.), Granada, Ed. Comares, 2021, 1152 páginas.

de los convenios colectivos sectoriales en virtud del juego de los convenios y acuerdos colectivos de empresa. De ser así más que de flexibilidad laboral interna negociada tendríamos el resultado de una precarización de las relaciones laborales y una apertura a la praxis del *dumping social y empresarial* (traducible también en términos jurídicos como "competencia desleal" entre las empresas de un mismo sector; dando lugar a un modelo de competitividad nociva basado en la reducción de los costes del trabajo directos e indirectos). Este proceso de diferenciación y fragmentación conduciría a una ruptura de las solidaridades y de las tutelas colectivas/sindicales y a una disgregación y disciplina de los trabajadores mediante una diferenciación de estatutos reguladores y protectores del trabajo; es decir, a un vaciamiento de las solidaridades del trabajo en los equilibrios inestables entre igualdad y diferencias justificadas. El riesgo estriba en la ruptura del modelo constitucional garantista de Derecho Social del Trabajo, que sería paralela a la tendencia a devaluar los derechos constitucionales a través de procesos legislativos y prácticas interpretativas "*deconstituyentes*", que puedan suponer una mutación constitucional y sin necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional a través de los procedimientos establecidos expresamente en la propia Constitución como norma fundamental y base del ordenamiento jurídico general. Con ello se produce no una mera transformación del Derecho del Trabajo (de mera "adaptación" y respuesta coyuntural a los cambios del entorno), sino un cambio de paradigma, es decir, una metamorfosis del Derecho del Trabajo que entra en contraposición con el Derecho Social del Trabajo Garantista construido por el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho; un nuevo modelo de Derecho del Trabajo que tiende a someter los derechos y libertades fundamentales de la persona que trabaja a la pura lógica del mercado (que constituye un espacio de actuación de los grandes poderes económicos autorregulados más allá de las reglas de juego establecidas en los ordenamientos estatales y en las propias del Derecho Internacional), remercantilizando los derechos sociales y debilitando la efectividad de los derechos genéricos o inespecíficos del trabajador como ciudadano en el sistema de relaciones laborales. Si este cambio de paradigma se consolida, ello representaría la ruptura del compromiso del constitucionalismo democrático social entre capital y trabajo[26].

-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 problema 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[27].

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

[27] 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

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 negociación colectiva atendiendo a la pluralización de los contenidos que se han venido produciendo señaladamente en las dos últimas décadas[28].

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

en esta materia, propio de una concepción política hoy superada, dé 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.

[28] 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 Pérez 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.

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, es se ha de realzar que el convenio colectivo se articular 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 de 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 legislativa.

Los cambios estructurales plantean a la negociación colectiva el reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las mutaciones en curso. Los factores determinantes de los cambios son de índole diversa, y entre ellos destaca actualmente un replanteamiento del intervencionismo público en el ámbito de las relaciones laborales. Las reformas del "ciclo largo" 1994-2012 materializan opciones de política del Derecho estatal que reflejan un giro hacia un modelo de intervención selectiva y más "autoritaria" en la negociación colectiva. La reforma de 2021 ha supuesto una revisión parcial en la línea contraria de operar un "giro social" y 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 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 los 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[29].

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

[29] 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 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.

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. 20bis ET, y las remisiones de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales. El art. 91 hace referencia al tratamiento de los derechos digitales en la negociación colectiva, indicando que los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral (la regulación sustantiva básica se encuentra en los artículos 87, 89, 90 y 91, y en el referida art. 20bis ET).

La necesidad de fortalecer los Acuerdos Marco Interconfederales ex art. 83 del ET y el reforzamiento de los convenios colectivos de sector en una lógica de mínima homogenización de la organización del trabajo y de las condiciones de trabajo, justas y equitativas. Pero también para evitar las distorsiones que 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. Resultan 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 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[30]. 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 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.

[30] 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 págs. 82-84.

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[31] 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 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

[31] 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.

utilizado en la Unión Europea (Comunicaciones, recomendaciones, libros blancos y libros blancos, declaraciones, directrices, etcétera)[32].

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)[33]. 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. 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 el pluralismo sindical (artículos 7, 28 y 37.1 CE).

Una potenciación más incisiva de la negociación colectiva *gestional* (negociación de gestión) en los procesos de reestructuración permanente de las empresas[34]. 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,

[32] 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, Giuffrè, 2006; Somma, A. (ed.): *Soft Law e hard Law nelle società postmoderne,* Torino, Giappichelli, 2009.

[33] 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".

[34] Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, 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, Comares, 2006.

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[35].

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[36]. Asimismo, se ha expandido la descentralización productiva a

[35] 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, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2020, págs. 41 a 102, espec., págs. 96-102.

[36] 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.; 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

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[37]. De ahí que debería caminarse (con independencia de una laboralización completa, que sería lo más pertinente, ya que en ellos se aprecia más elementos 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 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).

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 https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3007294.pdf

[37] 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).

También es muy importante la extensión de la tutela colectiva a todos los trabajadores de plataformas digitales[38]. 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)[39]. 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 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[40]. 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.

[38] 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.

[39] 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.

[40] 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.
*Límite*s 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.

La "Ley rider" tiene un alcance limitado y existe, como sabe, muchos 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[41]. En tal sentido hay que tener en cuenta la reciente aprobación de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas[42]. El art. 7 ("Limitaciones al tratamiento de datos personales mediante sistemas automatizados de seguimiento o sistemas automatizados de toma de decisiones)", dispone que "las plataformas digitales de trabajo no podrán, mediante sistemas automatizados de seguimiento ni sistemas automatizados de toma de decisiones: […] d) tratar datos personales para predecir el ejercicio de los derechos fundamentales*, incluyendo la libertad de asociación, el derecho de negociación y acción colectivas*, o el derecho a la información y consulta, tal como se establece en la Carta". Debe destacarse que se promociona legalmente a la negociación colectiva en el trabajo en plataformas. Conforme al art. 25 ("Promoción de la negociación colectiva en el trabajo en plataformas"), sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, los Estados miembros adoptarán medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentarán el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el trabajo en plataformas, incluidas medidas relativas a la determinación de la situación laboral correcta de los trabajadores de plataformas y para facilitar el ejercicio de sus derechos relacionados con la gestión algorítmica que dispone el capítulo III. Por su parte, el art. 28 ("Convenios colectivos y normas específicas sobre el tratamiento de datos personales") dispone que los Estados miembros podrán establecer, por ley o mediante convenios colectivos, normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en lo que respecta al tratamiento de los datos personales de las personas que realizan trabajo en plataformas en virtud de los artículos 9, 10 y 11, con arreglo al art. 26, apartado 1. Los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales mantener, negociar, celebrar y hacer cumplir convenios colectivos, de conformidad con el

[41] 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.

[42] Se establece una presunción legal de laboralidad. En efecto, conforme al art. 5 ("Presunción legal", apartado 1, "Se presumirá que, desde el punto de vista jurídico, la relación contractual entre una plataforma digital de trabajo y una persona que realiza trabajo en plataformas a través de dicha plataforma es una relación laboral cuando se constaten hechos que indiquen dirección y control, de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En caso de que la plataforma digital de trabajo pretenda refutar la presunción legal, corresponderá a la plataforma probar que la relación contractual en cuestión no es una relación laboral tal como se define en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia".

Derecho o las prácticas nacionales, que, siempre que respeten la protección general de los trabajadores de plataformas, establezcan modalidades relativas al trabajo en plataforma que puedan ser distintas de las contempladas en los artículos 12 y 13, y, cuando confíen a los interlocutores sociales su aplicación de conformidad con el art. 29, apartado 4, de las contempladas en el art. 17. Estas remisiones a la negociación colectiva permiten que los interlocutores sociales puedan tener atribuidas importantes competencias en esta importante materia del trabajo en plataformas, incluida la gestión algorítmica.

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[43], 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)[44], lo muestra la capacidad e idoneidad de

[43] 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, Tirant lo Blanch, 2022, y la bibliografía allí citada. Monereo Pérez, J.L.: "Los acuerdos individuales sobre trabajo a distancia y sus límites intrínsecos en el Derecho interno y comunitario", en *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 8/2024. ;

[44] Paradigma ejemplificativo 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 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

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 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[45], no han sido suficientemente exploradas. Es cierto, que el legislador debería haber impuesto un deber de negociar más incisivo -que el génerico 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.

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").

[45] "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.

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 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 representativas *ad hoc*" para la interlocución en la negociación colectiva de empresa[46] 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

[46] 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.

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 "*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 (incluidas las 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[47].

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[48].

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

[47] 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)".

[48] 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.

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 extraestatuarios 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 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 en consentimiento libre para proceder a esta vía de solución heterónoma del conflicto colectivo planteado, por un lado, y por otro, por 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 una lista cerrada de materias, prácticamente están todas las más importantes, incluyendo el "sistema de remuneración y cuantía salarial" (art. 82.3.d) ET).

f). Supresión de cualquier forma de arbitraje de sometimiento obligatorio para las partes afectadas por el conflicto en un proceso de negociación colectiva; sea por una instancia arbitral privada, o 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[49]. 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.

No debe pasar desapercibido que el Convenio OIT núm. 154 (1981) impulsa un modelo de intervencionismo público promocional de la autonomía colectiva negocial, no un modelo de intervencionismo autoritario que se imponga a los propios agentes sociales. Así, se indica que "se deberán adaptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para *fomentar* la negociación colectiva" (art.5.1); las medias de intervención y apoyo público "deberán tener por objeto que: d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas" (art. 5.2.d); y que "los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva" (art. 5.2 e). Por otra parte, "las disposiciones adoptadas por las autoridades para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y, cuando sea posible, de acuerdos entre las autoridades y las organizaciones de empleadores y de trabajadores" (art. 7). Finalmente, una disposición todavía más nítida respecto del intervencionismo público y sus límites respecto de la negociación colectiva, a saber: "Las medidas previstas con objeto de fomentar la negociación colectiva *no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva*" (art. 8).

En este contexto, predomina todavía en las reformas realizadas en España (y en parte también en los países europeos comparables) a partir de 2012 (y en otros instrumentos normativos aprobados durante los años posteriores) una concepción instrumentalista de la negociación colectiva, la cual es puesta en cuestión si rehúsa estar al servicio de la racionalidad empresarial. Y ello a pesar las importantes reformas garantistas introducidas por el R.D.-Ley 32/2021, de 28, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. El Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, es harto significativo de esta concepción instrumental cuando se indica que: "Las modificaciones operadas en estas materias responde *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"* (Preámbulo, apartado IV). En ello preside el intento de "colonizar" de la racionalidad jurídico-colectiva por la racionalidad económica. Se puede atisbar, en esto, una cierta vigencia de la versión más liberalizante del análisis económico del Derecho. Por otra parte, la reforma de la Ley 3/2012 apuesta no por la dispositivación de reglas de la ordenación legal para la autonomía colectiva, sino por la imperatividad absoluta de la regulación en aspectos nucleares -como la estructura y contenidos- que forman parte

[49] 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, Anthropos, 1998.

del ámbito propio del derecho de autorregulación colectiva ex art. 37.1 CE (v.gr., art. 84.2 del ET, "los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 *no* podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado", relativo a la preferencia aplicativa del convenio del convenio colectivo de empresa). Esto es propio de un modelo legal de intervencionismo fuerte, cuando no calificable literalmente de autoritario. Aunque pueda parecer en cierta medida paradójico este modo de intervencionismo dirigista -propio de la intensificación de un proceso de "gubernamentalización" en sentido fuerte- se expresa y corporeiza tanto en el "Derecho blanco" -con efectiva capacidad de imponerse- como en el "Derecho legal o normado". Con todo, se produce una penetración de la lógica económica (mercantil) en el interior de las categorías e instituciones jurídico-laborales; las normas de conducta, desde luego, no se reconducen a las normas técnicas y de mero cálculo económico (las normas técnicas como categoría de reglas instrumentales tienen su propio espacio vital en el Derecho del Trabajo), sino que se instrumentalizan a los fines de la racionalidad económica (en términos de favorecer la eficiencia, el rendimiento, la productiva, la competitividad de la economía para hacerla más atractiva a los capitales en busca de localizaciones siempre más rentables, la posición competitiva de las organizaciones productivas, al servicio de la política económica al uso, etcétera)[50].

g). La llamada "negociación colectiva" cristalizada en los Acuerdos de Interés Profesional[51] 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[52]. Cuestión distinta sería plantear un régimen legal de negociación colectiva auténtica de los trabajadores autónomos "económicamente dependientes" (TRADE) capaz

[50] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017, pp.118-121.

[51] 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 sociolaborales 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).

[52] 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

de encajar dentro de la textura abierta de la fórmula constitucional de reconocimiento ex art. 37.1 CE del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos alcanzados en el proceso negociador llevado a cabo entre los correspondientes interlocutores sociales.

Los rasgos principales de este singular modelo de negociación colectiva profesional son los siguientes[53]:

— 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 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,

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".

[53] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M.N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 22ª edición, Granada, Comares, 2024, págs. 283-284.

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)[54].

Otra problemática que se ha planteado ha sido la de si los Acuerdos de interés profesional pueden vulnerar el art. 101 TFUE[55]. La respuesta es negativa porque no opera el supuesto de hecho de la normativa prohibitiva contenida en dicha disposición[56].

[54] 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".

[55] 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.

[56] 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

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"[57]. Hay un sometimiento a un "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 condición 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 inadecuado 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[58]. 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 las 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

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.

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

[58] 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.

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"].

No es irrelevante hacer notar que la dependencia o subordinación no deja de existir jurídicamente por el sólo hecho de que se haya producido un cierto debilitamiento en determinadas formas de trabajo postfordistas que requieren un cierto ámbito de autonomía de decisión funcional de la persona que trabaja y porque las nuevas tecnologías hayan propiciado una mayor generalización del trabajo a distancia (señaladamente, el teletrabajo ex art. 13 ET). La dependencia o subordinación estaría vinculada a la libertad de empresa y a la atribución contractual de los poderes directivos respecto a las condiciones en virtud de la cuales el trabajo se presta atendiendo a los artículos 1, 5, 8, 20 y Disposición adicional vigesimotercera ("presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto"), entre otros, del ET (SSTC 92/1992, fj. 3º, 125/1995, 208/1993, fj. 4º)[59]. La legitimación del poder directivo en el marco del contrato de trabajo y con fundamento último en la libertad de empresa y el hecho de que las nuevas tecnologías son particularmente invasivas en la esfera personal e íntima de la persona que trabaja expone a esta a posibles limitaciones, restricciones -cuando no vulneraciones- de sus derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (paradigmática, artículos 18 CE y 18, 20 y 20bis del ET, entre otros). Ello, no obstante, el Tribunal Constitucional ha reiterado la efectividad de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales[60].

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[61]), pero su régimen jurídico legal al hacer extensible 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

[59] En esta última se declara que la libertad de empresa (artículos 38 y 128.2 CE) comprende en su contenido esencial (art. 53.1 CE) "un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afecta al desarrollo del contrato de trabajo" (STC 208/1993, de 28 de junio, fj. 4º).

[60] Así, STC 88/1985, fj. 2º, que abre una línea interpretativa seguida en numerosas sentencias del Alto Tribunal, SSTC 80/2001, 20/2002, 126/2003, entre muchas.

[61] 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, 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".

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[62]. 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 les 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 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*"[63]. La tecnología y

[62] 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.

[63] 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".

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 la 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[64].

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

[64] 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. ;; Fernández Ramírez, M.: "La negociación colectiva ante la digitalización de las condiciones de trabajo". (2024). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *10*, 101-122. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/929

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[65].

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)[66].

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

[66] 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 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.

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 "microempresas") no suelen tener representaciones unitarias 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 nota 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[67]. La diversidad del mundo de la "pequeña empresa" es extraordinaria, siendo suficiente reparar en el dato

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] 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 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

fáctico de que ser "pequeña empresa" en número de trabajadores ("tamaño laboral") no equivale siempre a ser una empresa "débil" o "vulnerable" desde el punto de vista de su posición competitiva en el mercado y en el nivel real productividad y beneficios que acredita objetivamente. En muchos casos "pequeñas empresas" en número de trabajadores, lo son porque utilizan sistemáticamente la subcontratación productiva o funcional como técnica de descentralización productiva[68].

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)[69]. 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[70].

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.

[68] Monereo Pérez, J.L.: "La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el derecho del trabajo", en *Revista Internacional de Doctrina y Juirisprudencia,* Nº. 28, 2022. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8523184. Ampliamente, Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.

[69] 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, 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, 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), Thomson-Aranzadi, 2021; Cremades Chueca, O.: *El modelo de responsabilidad laboral en los grupos de empresas: una anatomía crítica,* Madrid, Cinca, 2022.

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

ISSN: 2792-7970

Aproximación a un enfoque integral sobre la libertad sindical

Approach to a comprehensive approach to trade-union freedom

Antonio Baylos Grau *Catedrático Emérito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Castilla La Mancha*
https://orcid.org/0000-0002-5737-5669

Joaquín Pérez Rey *Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Castilla La Mancha*
https://orcid.org/0000-0002-3593-7464

Cita Sugerida: BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J.: «Aproximación a un enfoque integral sobre la libertad sindical». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 129-145.

Resumen

El artículo se centra en señalar las dificultades que tiene un enfoque integral de la libertad sindical al discurrir entre el hecho social y su regulación jurídica, para, desde este planteamiento complejo, analizar el reconocimiento en la Constitución española del derecho a sindicarse libremente y los problemas que éste debía resolver en orden a la unidad o pluralidad sindical, la acción sindical en la empresa y la garantía jurisdiccional de la tutela de la libertad sindical. Junto a ello, la Constitución española introduce en su título preliminar la institucionalización de los sindicatos y de las asociaciones empresariales como elementos clave de la democracia, lo que plantea la necesidad de introducir la noción de representatividad y mayor representatividad sindical como criterio de selección y como consolidación de funciones esenciales de la acción sindical, al punto de poderse afirmar que el sistema sindical español se sostiene fundamentalmente sobre la noción de la representatividad, en torno a la cual gira la negociación colectiva y el diálogo social o la interlocución política sobre las políticas públicas en materia económica y social.

Palabras clave

Libertad Sindical; Constitución española; Representatividad Sindical; Mayor representatividad sindical; negociación colectiva; diálogo social

Abstract

The article focuses on pointing out the difficulties of a comprehensive approach to trade union freedom by moving between the social fact and its legal regulation, in order to analyse, from this complex approach, the recognition in the Spanish Constitution of the right to organise freely and the problems that this had to resolve in terms of trade union unity or plurality, trade union and work councils and the jurisdictional guarantee of the protection of trade union freedom. Together with this, the Spanish Constitution introduces in its preliminary title the institutionalisation of trade unions and employers' associations as key elements of democracy, which raises the need to introduce the notion of representativeness and greater trade union representativeness as a selection criterion and as a consolidation of essential functions of trade union action, to the extent that it can be said that the Spanish trade union system is fundamentally based on the notion of representativeness, around which collective bargaining and social dialogue or political dialogue on public policies in economic and social matters revolve.

Keywords

Trade union freedom; Spanish Constitution; Representativeness; Great representativeness; Collective bargaining; Social dialogue

1. LA DIFICULTAD DE UN ENFOQUE INTEGRAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Resulta complicado entablar en este primer cuarto del siglo xxi un discurso sobre la libertad sindical. Es un tema sobre el que la bibliografía solo en castellano se cuenta por millares de textos doctrinales entre manuales, monografías y artículos, sin contar con las sentencias y decisiones arbitrales y los correspondientes comentarios de estos documentos. En el presente artículo se pretende sin embargo efectuar un enfoque integral a este punto nodal de la regulación de las relaciones laborales. No se trata por tanto de encontrar un punto de vista esencialmente diferente a aquel con el que tradicionalmente se ha venido considerando, sino a intentar una aproximación que logre trasladar al lector una perspectiva de acercamiento a la libertad sindical que revele una mayor complejidad a

la vez que conserve el esquema explicativo que se deduce del cuadro normativo que la regula en los distintos planos en los que este se presenta, internacional, supranacional, constitucional y legal.

Es una propuesta complicada porque al hablar de libertad sindical hay que referirse al sindicato como figura social determinada en su creación y evolución por las circunstancias históricas que la alumbraron. Lo que a su vez conduce a dar cuenta de la tensión que existe siempre entre el sindicalismo como movimiento social y como cultura política y la regulación que la norma realiza de sus estructuras y formas de actuación. En la formación social que denominamos sindicato hay siempre un elemento previo a cualquier regulación del sistema jurídico que constituye el núcleo central de la autonomía sindical y sobre el que la norma no puede intervenir. Hay que tener en cuenta además que esta temática se inscribe en general en un discurso sobre el poder y la nivelación de la desigualdad económica y social a la que el sindicalismo debe servir. Se debe por tanto encuadrar este fenómeno en unas relaciones sociales no armónicas, sino en conflicto permanente, derivado de la pertenencia a clases sociales diferenciadas. La conflictividad social que atraviesa todo el Derecho del Trabajo, es especialmente notoria en el Derecho Sindical, acostumbrado a medirse en términos de poder y contrapoder en los lugares de producción.

Está en su origen. El sujeto colectivo que organiza el trabajo asalariado para sustituir la autonomía individual de cada persona en la determinación de sus condiciones de trabajo, se define fundamentalmente como un agente en confrontación directa con la civilización triunfante tras la revolución liberal que se funda en el capitalismo industrial y que ofrece a la gran masa de quienes no tienen sino su fuerza de trabajo para obtener recursos para su existencia, la subordinación al despotismo de fábrica como el único horizonte de vida al que pueden acceder. En este conflicto directo que atraviesa todas las dimensiones - económica, social y política - de esta nueva fase histórica, la subjetividad obrera se suele formular a través de la lucha abierta que se expresa ante todo en la huelga como rechazo del trabajo asalariado y del dominio sobre los cuerpos de las y los trabajadores en la empresa por parte de su propietario[1].

Las primeras reacciones del ordenamiento jurídico se hacen eco de esa confrontación como un ataque a la esfera pública, y por ello la sitúan en el ámbito de las conductas punibles por el Estado, como un delito incurso en el Código Penal, uniendo el hecho organizativo del colectivo de personas trabajadoras a sus efectos o sus resultados en la acción emprendida: la coalición para obtener mejores salarios, reducción de jornada u otras condiciones laborales, la organización de los miembros del grupo para obtener empleo, la pactación de un acuerdo colectivo que sustituye el intercambio fundamental entre tiempo de trabajo y salario del acordado individualmente en función de la autonomía personal de cada obrero. Esas manifestaciones son consideradas acciones típicas objeto de la canción penal. Por hablar solo de España, en los códigos penales de 1848 y de 1870 los desórdenes públicos, las asociaciones ilícitas, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, revelan la mirada del ordenamiento laboral sobre el sujeto colectivo que organiza el trabajo y desafía su carácter subalterno en un sistema económico y político de cuyas decisiones básicas está completamente excluido[2].

La presión del movimiento obrero derivada de la coordinación de las luchas sociales y políticas, la generalización de una conciencia de clase en torno a un proyecto de cambio radical de la sociedad y del sistema económico y político entorno al cual ésta giraba, va creando la necesidad de que el sistema jurídico acomode estas nuevas realidades al tejido normativo. Las prácticas sociales van conformando

[1] Entre otras acciones colectivas de resistencia o de rechazo, que incluyen el sabotaje y el tumulto o sublevaciones populares. Un análisis interesante de estas transiciones en las formas de lucha a través de la historia en Clover, J., *Riot, sciopero, riot. Una nuova época di rivolte,* Metelmi ed., Milán, 2023.

[2] Arts. 191, 202, 205 y 450 del Código Penal (RD 19 de marzo de 1848), sobre tumultos, asociaciones ilícitas y maquinaciones para alterar el precio de las cosas, y arts. 189, 272 y 556 de la Ley de 17 de junio 1870, Código penal, sobre reuniones y asociaciones ilícitas, desórdenes públicos y maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

ese nuevo marco institucional, pero es la ley y eventualmente la norma administrativa, acompañada de un entramado de acuerdos, procedimientos de solución de conflictos y negociaciones informales, la que ordena y prefigura las categorías a las que se debe ajustar la organización y la actividad del movimiento obrero.

Se trata a fin de cuentas en cómo transformar un hecho social tan potente en categorías jurídicas que se correspondan con él. La representación de la subjetividad colectiva de un grupo de trabajadoras o/y trabajadores organizada de manera permanente requería proyectarse en una noción que pudiera revelar una mayor proximidad con el fenómeno real que pretendía reflejar. Los propios agentes sociales recurrían también a esta posibilidad como fórmula para proceder a actuar en el ámbito de la formalidad jurídica.

De alguna manera se puede hablar de "apropiación" de ese hecho social por la categoría jurídica de la libertad de asociación en el Estado liberal. Este será el cauce para expresar el hecho sindical y sus formas de actuación, de forma que el poder colectivo tiende a subsumirse plenamente en el poder que el sistema jurídico reconoce a las formas asociativas a las que reduce la acción del sindicato.

La libertad de asociación no da cuenta de lo que significa la libertad sindical. El perímetro de la libertad de asociación está marcado por la ley, que determina a su vez los fines que debe cumplir la asociación que se consideran aceptables y que funcionan obviamente como límites de su campo de acción. Cuando la asociación se adjetiva como profesional, y tiene como correlato, en el otro lado de la "profesión" a las asociaciones empresariales, está ya indicando que el campo de actuación es el espacio en el que se produce el intercambio mercantil entre tiempo de trabajo y salario bajo la firma contractual, sin que por tanto se pueda desbordar ese contorno. La propuesta corporativa, que cuestiona esa asimilación a las categorías liberales clásicas[3], busca explícitamente el control del poder colectivo de un sujeto representativo de los trabajadores integrado forzosamente en el orden y la disciplina coactiva de una institución de derecho público bajo el dominio del Estado, y supone por consiguiente un intento político de represión de dicho poder y la eliminación del conflicto como un elemento que altera el orden público y por tanto cuestiona la disciplina social garantizada por el Estado[4]. Pero tampoco en el ambivalente Estado social de nuestra *república de trabajadores* en el que se atribuye al poder público el deber de crear un espacio de protección al trabajo garantizado por la ley frente a la autonomía individual y el poder directivo y organizativo empresarial y en el que se libera a la autonomía colectiva de su insignificancia en el cuadro de las fuentes del derecho, la asociación obrera es formalmente libre pero sigue sometida a la intervención y determinación de límites legales y de tutela estatal en la configuración de sus facultades de acción[5].

[3] Cfr. RDL 26 de noviembre de 1926, Organización Corporativa Nacional, en cuya exposición de motivos se liga directamente la idea de la corporación con las "realidades vivas de nuestro pueblo", los colegios profesionales romanos, las gildas y los gremios medievales y su prolongación en la edad moderna como continuidad de esa "floración corporativa" que resulta "debilitada y atacada" por el liberalismo, "sumergiéndola en la agitación política" del siglo XIX.

[4] El art. 290 del CP de 1928 consideraba delitos de sedición las huelgas de obreros cuando "por su extensión o finalidad, no puedan ser calificadas de paros o huelgas encaminadas a obtener ventajas puramente económicas en la industria o trabajo respectiva, sino que tiendan a combatir los Poderes públicos…".

[5] Cfr. el análisis detallado sobre el debate y los anteproyectos de la Constitución republicana que recorre Alvarez Alonso, C. , "La Constitución de 1931: Derecho del trabajo y legislación y 'política' social", en Baylos, A. (Coord), *Modelos de Derecho del trabajo y cultura de los juristas*, Bomarzo, Albacete, 2014, en especial sobre el devenir de la distinción entre asociación y sindicación que aparece finalmente positivizado en el art. 39 de la Constitución de 1931, y el abandono de la noción de los sindicatos como "organismos de derecho público" (pp. 120-122). Por su parte, Pérez Rey, J., "La senda roja: Notas sobre emancipación y Derecho del trabajo, en espacial sobre la II República española", en el mismo libro colectivo citado, al analizar la Ley de Asociaciones Profesionales y Patronales de 1932, entiende que esta norma "demostraba un claro propósito de favorecer, en detrimento además de

La reaparición de la libertad sindical como un derecho universal separado de la libertad de asociación pacífica[6] en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo art. 23.4 se establece, con carácter universal, que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses", alumbrará el texto internacional más relevante en esta materia, el Convenio 87 de la OIT, adoptado en 1948 y que, junto con el Convenio 98 adoptado al año siguiente, constituyen aun hoy los textos más productivos para explicar el contenido de la noción jurídica y política de la libertad sindical.

La organización sindical es libre. Y eso supone un cambio de perspectiva que obliga a poner el énfasis en la libertad de decidir y en las facultades de actuación de la organización sindical, del sindicato como sujeto colectivo que representa al trabajo asalariado y se dota de la estructura organizativa y de los medios de acción que considera necesarios para este fin. No es necesario insistir en que no es esta la perspectiva que se adopta en la traslación de la libertad sindical a muchos ordenamientos jurídicos nacionales. Lo que se ha operado es una traslación del fenómeno organizativo y social que encarna el sujeto colectivo en su determinación histórica en un país concreto a la figura jurídica de la libertad sindical como un contenedor de las posibilidades de desarrollo y de ejercicio de los poderes que se derivan de su estructuración como derecho reconocido a nivel universal. Como si lo que es el sindicato - o lo que puede en un momento histórico llegar a ser - estuviera representado de manera fundamental y aparentemente única por el derecho de libertad sindical, a través de las estructuras normativas del mismo[7]. Este desplazamiento nunca podrá ocultar la relación existente entre el hecho sindical y la regulación jurídica de la libertad sindical, no agota el fenómeno social que preexiste a su regulación, ni tampoco las posibles variaciones a la que ésta se encuentra sometida en los marcos institucionales nacionales, en donde las facultades derivadas de la acción sindical se expresan como un poder que se ejercita en el marco de las leyes que lo regulan.

Por eso la libertad sindical se configura como un espacio en el que cabe la construcción de un conjunto de facultades de acción a partir justamente de la autonomía del sujeto colectivo y de su libertad, que es también como en el caso de la persona trabajadora, una "libertad diferente" respecto del sentido con el que se emplea en las relaciones económicas marcadas por su funcionamiento en un mercado a priori definido como "libre" y gestionado por una empresa adjetivada también de la misma manera. El reconocimiento formal del poder de autoorganización y de actuación como presupuesto de la libertad sindical verificada por el ordenamiento jurídico abre la disputa sobre la extensión e intensidad de estas facultades y poderes, los límites que no puede sobrepasar, la precisión posterior de las características a las que se va a someter la negociación colectiva como resultado más vistoso de la acción sindical o, de manera muy emblemática, las restricciones al derecho de huelga y de adoptar medidas de conflicto. Un contenido en disputa que se resuelve tradicionalmente en el nivel nacional-estatal de los ordenamientos internos y en el que no conviene perder de vista que debería ser definido por el sujeto sindical en uso de su autonomía y libertad colectiva, sin injerencias inaceptables derivadas de la norma estatal.

visiones sindicales abiertamente rupturistas como la anarquista, cierta integración sindical en las instituciones" (p. 163).

[6] Art. 20 DUDH, "Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

[7] Un desplazamiento producido por la "coherencia orgánica" del derecho que reproduce la relación de poder vigente en la sociedad induciendo una resolución concreta de ésta. Edelman. B., *La légalisation de la clase ouvrière,* Christian Bourgeois Ed., Paris 1978, p. 14-15, lo resumía con elegancia: La clase obrera "está obligada a hablar una lengua que no es la suya, la lengua de la legalidad burguesa". Para ello, las luchas obreras y el sindicalismo son hechos que hay que transformar en derecho. «Las masas obreras solo tienen una existencia jurídico-política, no están representados sino a través de las estructuras del derecho. Su único poder es un "poder de derecho" que se ejercita en el marco de las leyes que lo regulan".

La naturaleza en discusión de la extensión de las facultades que integran el derecho de libertad sindical se expresa también en las prioridades que el ordenamiento jurídico asigna en la definición de la estructura del derecho. Ha sucedido así con la clásica distinción entre la vertiente individual y colectiva de la libertad sindical, y la priorización en el tratamiento normativo, doctrinal y jurisprudencial de la vertiente individual sobre la colectiva, y dentro de aquella, la libertad sindical individual negativa a modo de tamiz o cedazo que impide el paso de prácticas sociales que buscan fortalecer la implantación o el arraigo de la organización sindical[8]. El redimensionamiento del derecho fundamental que enfatiza la facultad de abstención y de separación de la idea colectiva en que se cifra el aspecto negativo de la libertad de asociación, es una muestra evidente de la importancia de la disputa política que recorre este proceso de conformación jurídica del hecho sindical, y da una señal de la apropiación indebida de conceptos claramente en conflicto con la dimensión colectiva del sindicato como elementos - guía de la estructura y funcionamiento de este derecho desde una óptica reduccionista. Por el contrario, el desarrollo de la libertad sindical colectiva exige un amplio despliegue de las facultades de acción del sindicato que se proyectan sobre la acción sindical en la empresa, la negociación colectiva y la huelga con otras medidas de acción y de autotutela. Y aquí también - en especial en lo relativo al conflicto - se ha abierto un espacio de contestación política y jurídica a la libre determinación sindical de sus medios de acción, que incluso ha llegado a pretender desvincular el derecho de huelga del contenido de la libertad sindical colectiva[9].

Todas estas consideraciones dan cuenta de la dificultad de abordar de manera integral esta materia, más allá de la explicación canónica del contenido de la libertad sindical. A continuación se van a analizar, siempre desde esta óptica, la problemática que la libertad sindical plantea en nuestro ordenamiento jurídico a partir de su reconocimiento como derecho fundamental en la Constitución de 1978, con especial atención por tanto a la trayectoria histórica que se ha recorrido desde la transición política a la democracia.

2. LAS DIFERENTES APROXIMACIONES NORMATIVAS A LA LIBERTAD SINDICAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución española de 1978 incorpora en el art. 28.1 CE la libertad sindical en unos términos muy confortables. En una amplia referencia al derecho de sindicación entendida en términos de adhesión individual a una organización ya configurada, para a continuación integrar las facultades fundamentales de la organización colectiva que se recoge en la norma internacional, el texto matiza especialmente las condiciones de ejercicio de este derecho para los funcionarios públicos y establece

[8] Cfr. la muy comentada Sentencia del TEDH de 13 de agosto 1981, caso *Young, James & Webster v. United Kingdom*, sobre las cláusulas de *closed shop* en la que se discutió si cabía excluir del campo de aplicación del artículo 11 CEDH sobre la libertad de asociación, la vertiente negativa de la libertad sindical, llegándose a la conclusión opuesta, de forma que "el aspecto negativo de la libertad de asociación es necesariamente complementario, correlativo e inseparable de su aspecto positivo. La protección de la libertad de asociación quedaría incompleta si se extendiera sólo al aspecto positivo. Se trata de un solo y mismo derecho".

[9] Se trata del litigio que se ha planteado ante la Corte Internacional de Justicia por parte de la OIT. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, compuesta por expertos independientes encargados de supervisar la aplicación de los convenios ratificados por los Estados miembros, consideraba que el derecho de huelga es un corolario del derecho a la libertad sindical y que, como tal, estaba reconocido y protegido por el Convenio 87 (1948) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, pero el grupo de Empleadores comenzó a cuestionar esta doctrina desde el 2012, coincidiendo con las políticas de austeridad en Europa y la crisis financiera global y en el 2022 provocó una verdadera crisis institucional en el seno de la OIT que impidió la actuación de la Comisión de Expertos. Esta posición provocó que en noviembre de 2023 el Consejo de Administración de la OIT solicitara a la CIJ una opinión consultiva para que diera respuesta a la siguiente pregunta: "¿Está protegido el derecho de huelga de los trabajadores y de sus organizaciones en virtud del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)?". La Corte no se ha pronunciado todavía sobre este asunto. Cfr. Perrone, J. y Arevalo, L., "El cuestionamiento del derecho de huelga en la OIT. Análisis de un debate central en el futuro del derecho del trabajo", *Derecho Laboral* 292 (2023), pp. 677-697.

una fórmula abierta de limitación de las formas de organización y de acción o de exclusión de la titularidad del derecho para los cuerpos de funcionarios de las Fuerzas armadas o sometidos a disciplina militar[10]. El elemento más comprometido de esta fórmula legal está en su párrafo final, en el que se sitúa en el mismo plano la libertad sindical negativa y la acción positiva de ejercitar individualmente el derecho de afiliación sindical, lo que fue objeto de críticas desde su introducción[11]. Una parte importante de la problemática que plantea la regulación de los derechos de acción sindical emigra a la consideración como derechos configurados de manera autónoma como el de negociación colectiva "laboral" del art. 37 CE y el derecho de huelga de los trabajadores del art. 28.2 CE en donde la problemática sindical correrá en paralelo al diseño específico de estos derechos de acción colectiva.

Pero la fórmula constitucional tenía que construir el marco normativo que permitiera encontrar una solución a algunos problemas acuciantes de la realidad sindical que se habían ido decantando a lo largo de la transición política a la democracia.

El primero, la relación que se debía establecer entre unidad sindical y libertad sindical, ante una potente propuesta que conectaba la predisposición unitaria del movimiento obrero considerado como expresión de la clase trabajadora, con la posibilidad de que ésta fuera compatible con formas diferenciadas de organizaciones estables basadas en un principio asociativo que se confrontaban en el seno de la unidad a partir de un proceso de deliberación colectivo. Aunque en su origen el impulso a la unidad no se plasmaba en una estructura sindical clásica, lo que estaba en discusión era la posibilidad de construir un instrumento unitario de representación de los trabajadores a todos los niveles, desde la empresa hasta el sector, que incorporara las distintas formaciones sindicales incluso manteniendo el principio asociativo que las sostenía, pero que se fundiera en un movimiento unitario de base asamblearia con amplios poderes de decisión. Era la idea de un congreso sindical constituyente que tuviera la soberanía plena a la hora de determinar la estructura del sindicato resultante. Un sindicato unitario "de nuevo tipo" en el que la afiliación no era un elemento determinante de su estabilidad organizativa y que concebía la acción en su seno de las diversas "corrientes" organizadas en función de su trayectoria histórica e ideológica sobre la base de esa "dialéctica de la unidad" en un movimiento sindical[12].

Este proyecto que intentaba estabilizar en el sistema democrático la experiencia del movimiento obrero en el tardofranquismo, dándole una fórmula organizativa diferente de la que podía significar una clásica confederación sindical unitaria, era la apuesta política de las CC.OO., pero fue inmediatamente desechada por la UGT como sindicalismo histórico relevante que no podía prescindir de sus siglas y porque entendía que cualquier proyecto sindical unitario era contrario a la libertad sindical al impedir la presencia de varias opciones sindicales entre las que las personas trabajadoras pudieran elegir la de su preferencia. La libertad sindical por tanto era incompatible con la unidad sindical, y justificaba este razonamiento una cierta reivindicación del principio de la libertad sindical

[10] Cfr. Ojeda Avilés, A. "La libertad sindical", *Revista de Política Social* 121 (1979), pp. 347 - 379, constituye el comentario más clásico y cercano en el tiempo a la promulgación de la fórmula constitucional. Otros comentarios posteriores prefieren partir, de manera más adecuada a lo que ha sido el desarrollo legal y jurisprudencial del hecho sindical, del análisis de la figura del sindicato, en la que integran las garantías constitucionales de organización y de actuación y las funciones del mismo: Cfr. Sáez Lara, C., "Sindicatos y orden constitucional", en Sempere Navarro, A.V.,(Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978,* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 549 - 568.

[11] Por todos, cfr. Baylos Grau, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical,* Bomarzo, Albacete (8ª ed. revisada), 2021, p. 22.

[12] El congreso sindical constituyente se planteaba así como una confluencia entre el proceso democrático de base y el pacto con las "organizaciones de oposición sindical", dejando suficientemente abierto el proceso para mantener un margen e negociación con las centrales sindicales que debían participar en este proceso. Cfr. Baylos, A., "Representación y acción colectiva en España (1960-1980): el caso de Comisiones Obreras (CC.OO.)", en Stolzi, I. (coord.), *Sindacati e Diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa mediterránea e latina del XX secolo,* Giuffré Francis Lefebvre, Milano 2019, pp. 228-230.

negativa que entendía la unidad sindical como sinónimo de impulso a la sindicación forzada, lo que impedía por consiguiente la objeción a participar en un proceso en el que no hubiera pluralidad de sujetos que aspiraran a la representación de un grupo o de la totalidad de los trabajadores.

La vistosa celebración del XXX Congreso de la UGT en Madrid en abril de 1976, tolerado por las autoridades pese a que se mantenía sobre el papel la ilegalidad de los sindicatos, sancionó la imposibilidad de esta propuesta unitaria, lo que fue replicado a su vez por la convocatoria de la clandestina Asamblea de Barcelona en la que se abandonó el proyecto unitario y se fundó la Confederación Sindical de CCOO. A partir de ahí, la única unidad sindical posible sería la unidad de acción sindical, a la que se intentó dotar de una cierta estructura organizativa con la Coordinadora de Organizaciones Sindicales (COS) que implicaba, al estilo italiano, a las tres confederaciones de ámbito estatal, CCOO, UGT y USO y sustituía la propuesta de CCOO de congreso sindical constituyente. Pero también este experimento fracasó al retirarse UGT del mismo entre acusaciones de hegemonismo y sectarismo por parte de CCOO en marzo de 1977. Habría que esperar una década para que se incluyera en la práctica de las relaciones colectivas en nuestro país la unidad de acción entre las dos grandes confederaciones que se ha mantenido hasta nuestros días.

Pero la pluralidad sindical planteaba otro problema importante, el de la selección de interlocutor tanto por los empresarios como por el gobierno este último en función de la legitimación de sus medidas sobre políticas de rentas y de empleo. Una forma de enfocar el tema se hacía depender de la conexión entre libertad sindical, naturaleza privada del sujeto sindical y capacidad negocial del mismo en el ámbito "profesional", es decir en la regulación colectiva de las condiciones de trabajo y empleo. Si la naturaleza jurídica del sindicato era la de un contrato asociativo de carácter plurilateral[13], y su actividad en la sociedad se debía conformar como un sujeto dotado de autonomía plena para contratar en nombre de sus afiliados, la libertad de negociación colectiva implicaría el libre acuerdo entre las partes para iniciar este proceso y por consiguiente también la libre selección de las partes contratantes basadas en la autonomía de éstas, tanto por parte empresarial como por parte sindical. Los convenios colectivos tendrían el ámbito de aplicación que las partes acordaran libremente, y de esta manera la pluralidad sindical desembocaría en la libertad de negociación colectiva entre los sujetos que se autoconvocaran a la misma como partes legitimadas para negociar, de forma que el producto de esa negociación se aplicaría por tanto a aquellas personas trabajadoras representadas por el sindicato pactante y a aquella empresa o empresas que estuvieran representadas por la asociación empresarial del sector.

Un planteamiento como el citado era demasiado arriesgado. Ponía en peligro el equilibrio intersindical y fundamentalmente podía plantear una extensa conflictividad para lograr la condición de parte negocial al sindicato excluido de la negociación. Por otra parte, abría la vía a un panorama de atomización sindical no deseable desde una perspectiva de gobierno de las relaciones laborales en el recién iniciado escenario democrático de las relaciones laborales. El Título III del Estatuto de los trabajadores sería el encargado de despejar esta incógnita en un contexto en el que sin embargo el acuerdo marco sobre negociación colectiva pactado en exclusiva entre CEOE y UGT sugería un desenlace diferente[14]. Diferenciando el nivel de la empresa y del centro de trabajo del de sector, establecía dos reglas que serán fundamentales en el desarrollo posterior de la libertad sindical y de la reconstrucción de las figuras sindicales en torno a la representatividad. De una parte prescribía

[13] Cfr. Fernández López, Mª F., *El sindicato. Naturaleza jurídica y estructura,* Ed. Civitas, Madrid, 1982, que efectúa su análisis del régimen jurídico del sindicato y su origen negocial sobre la base de la Ley de Asociación sindical de 1977, al no haberse promulgado al tiempo de su publicación la LOLS.

[14] Se trata del Acuerdo Marco Interconfederal (AMI) de 1980 por otra parte un texto muy importante en orden a la fijación de los contenidos y las pautas de la negociación colectiva que influyó también en el acuerdo bilateral entre UCD y PSOE para la regulación del Título III del Estatuto. Cfr. Baylos, A., "Representación y acción colectiva en España…"., cit., pp. 244-248.

un criterio de medición de la implantación de los sindicatos basado en los resultados electorales de éstos obtenidos en los procesos de formación de los comités de empresa y delegados de personal en el ámbito funcional y territorial sobre el que se iba a proyectar el convenio colectivo, que fijaba en un porcentaje razonable, del 10% del número de delegados en tales ámbitos. De otra, conociendo la cartografía real de la implantación del sindicalismo español, condicionaba la eficacia general y normativa del convenio colectivo negociado a la aceptación mayoritaria de los miembros de la comisión negociadora, forzando de esta manera una unidad de acción en el procedimiento de negociación de los convenios colectivos.

De esta manera, a través del espacio de la negociación colectiva se imponía una regla que impedía la libre designación de interlocutores al arbitrio de las partes contratantes y que habría de resultar la clave de bóveda para la fijación de los criterios de representatividad sindical, pero a la vez orientaba el contenido real de la libertad sindical hacia un cauce institucional, el del poder contractual medido en términos de implantación electoral en los organismos de representación unitaria que la norma reconocía como instrumentos de participación de las personas que desempeñaban su actividad en los centros de trabajo.

Este era el segundo de los problemas que tenía que afrontar el desarrollo del art. 28.1 CE en tanto plasmación del derecho a la libertad sindical, el de implantar la acción sindical en la empresa. Aunque la Constitución relegaba a un lejano art. 129.2 la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, el Estatuto de los Trabajadores, establecía como instrumento de "participación" organismos de representación unitaria y electiva en los centros de trabajo y empresas, incorporando al cuadro normativo la representación en la empresa como sustituto de la participación prometida constitucionalmente.

Se trataba por una parte de la restauración de los organismos representativos del personal de la empresa o del centro de trabajo cuya actuación estaba presidida por deberes de colaboración o de cooperación con la dirección de la empresa en la ideología comunitarista del franquismo, pero simultáneamente suponía la continuidad de una práctica organizativa y reivindicativa que había hecho del asalto a estos instrumentos de representación una palanca para reconstruir la resistencia y la acción colectiva de un movimiento obrero antifranquista. El problema que se planteaba por tanto era el de cómo introducir en este esquema la presencia del sindicato como sujeto activo, sin que se le relegara a una posición "externa" dedicado a la consecución de los fines "generales" de la condición obrera, como había sucedido en otras experiencias normativas[15].

El tema era más complicado porque para un sector del movimiento sindical, la acción del sindicato se tenía que efectuar en el interior de los órganos de representación en la empresa, aprovechando su carácter unitario y la expresión por consiguiente de un interés colectivo conjunto de la totalidad de los trabajadores. Si se miraba detenidamente, la "dialéctica de la unidad" que se producía en estos órganos de representación era la traslación a cada empresa o centro de trabajo del impulso unitario que debía acometer el conjunto de las y los trabajadores del país. El rol de los sindicatos, que aparecían ciertamente como figuras sociales diferenciadas ante la plantilla de la empresa que debía mostrar sus preferencias a través de la audiencia electoral, era por tanto el de

[15] "El legislador hubiera podido atribuir en exclusividad a los órganos de representación unitaria la capacidad negocial sin haber incurrido en inconstitucionalidad (…) pues ello no habría supuesto una negación absoluta de la capacidad negocial de los sujetos de naturaleza sindical al quedarles siempre abierta la posibilidad de negociar convenios de eficacia limitada (…) y a ello hay que añadir la fuerte presencia de los sindicatos en los mencionados órganos, lo que da un cariz absolutamente peculiar a la materia que nos ocupa y habría evitado la eventual calificación de inconstitucionalidad en tal sentido". Cfr. Escudero Rodriguez, R., *Los sujetos de los convenios de empresa. Representantes unitarios y representaciones sindicales,* Ministerio de trabajo y Seguridad Social, Colección tesis doctorales, Madrid, 1985, p. 138.

actuar dentro de este órgano unitario en relación directa con la asamblea, como un órgano ejecutivo de aquella, y canalizar por consiguiente su propuesta de regulación concreta de las relaciones de trabajo mediante el debate y la confrontación de posiciones avaladas en última instancia por la decisión asamblearia. Este esquema convertía a los órganos de la representación legal de los trabajadores en verdaderos sujetos para-sindicales, con independencia de su composición sindical derivada del proceso electoral. Y permitía alimentar una práctica negocial en la que en el nivel de la empresa o el centro de trabajo el sujeto negociador preferente era el comité de empresa o los delegados de personal[16], reservándose al sindicato que superara la barrera del 10% de los delegados o miembros de comités elegidos en la empresa la negociación de los convenios sectoriales.

Sin embargo, el Título III del Estatuto de los Trabajadores legitimó a las secciones sindicales que tuvieran representación en el comité de empresa para poder iniciar el procedimiento de convenio colectivo, lo que se condicionaba también a que sumaran en su conjunto a la mayoría de miembros del comité de empresa, implantando un modelo dual de representación y de negociación colectiva en los lugares de trabajo[17]. Para una parte de los comentaristas de la época, el modelo español suponía "una ruptura con el modelo comparado basado en el monopolio sindical" de la negociación colectiva[18], pero que dado el debate parlamentario y sindical del momento resultaba una decisión "equilibrada".

Sin embargo, este equilibrio no habría de ser aceptado como tal por el Tribunal Constitucional, que prontamente habría de declarar que la representación de los trabajadores en la empresa y sus facultades de acción colectiva, señaladamente la negociación colectiva y la huelga, no estaban comprendidos en el ámbito de protección del derecho de libertad sindical y por tanto su vulneración no permitía el escrutinio constitucional que proporcionaba el recurso de amparo[19]. Una afirmación tajante cuyos efectos en algunos momentos se ha relajado, pero que muestra la distancia jurídica y política que existe entre los organismos de representación sindical, que la LOLS reducirá a dos tipos, las secciones sindicales de empresa y el delegado sindical, y los que ha creado la ley con carácter electivo y unitario, por mucho que en su composición, casi de manera unánime, provenga de las listas electorales que han presentado los sindicatos con implantación en dichos lugares de trabajo.

El tercer problema era el de delimitar un procedimiento de tutela jurisdiccional de la libertad sindical que garantizara de manera eficaz e inmediata su preservación frente a injerencias patronales o de los poderes públicos. En un cierto interregno entre la declaración constitucional del derecho y la inexistencia de ley de desarrollo del mismo, era importante establecer una mediación jurisdiccional específica que tutelara a los particulares y en especial a las personas trabajadoras, de las conductas lesivas de los derechos regulados en el art. 28 CE. Sin embargo, la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales no hizo ninguna referencia a la libertad sindical, que tuvo que ser añadida al listado de derechos protegidos más tarde, por el RDL 342/1979, de 20 de febrero, ni tampoco ambos textos aludieron al orden jurisdiccional social como cauce para reclamar frente a la violación de derechos fundamentales en la relación de trabajo, en una especie de lapsus freudiano que excluía el ámbito de la empresa y el trabajo de la eficacia directa de los derechos fundamentales y consecuentemente no preveía una garantía del orden jurisdiccional social para éstos. Fue el Tribunal

[16] Es decir, se priorizaba la iniciativa de la negociación en el comité de empresa aunque en la misma hubiera secciones sindicales ya constituidas.

[17] Casas Baamonde, Mª E., Escudero Rodriguez, R., "Representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo* 17 (1984), pp. 51- 92.

[18] Matía Prim, J., "Prologo" a Escudero Rodriguez, R., *Los sujetos de los convenios de empresa…cit,* , p. 15.

[19] Doctrina sentada en la STC 118/1983, de 13 de diciembre y reformulada con algunos matices en las SsTC 76/1996, 95/1996 y 191/1996, de 30 de abril, 29 de mayo y 26 de noviembre respectivamente, según la cual los órganos de representación unitaria, de origen legal, "no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 CE, que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores".

Constitucional quien de manera progresiva indicó que el "cauce natural" de la protección del derecho fundamental de la libertad sindical era el procedimiento laboral, de forma que éste, pese a carecer de un proceso especial en la ley procesal laboral y pese a no estar tampoco previsto en la Ley 62/78, era, mediante esta jurisprudencia integradora, la vía única de acceso para pedir el amparo judicial frente a la violación del derecho de libertad sindical[20]. Una indeterminación en la que también incurrió la propia LOLS al regular el procedimiento de tutela de la libertad sindical, remitiéndose sin precisiones a la "jurisdicción competente", sin que pudiera recogerse un proceso especial de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales hasta la Ley de Procedimiento Laboral de 1990[21].

El retraso en diseñar la tutela jurisdiccional frente al comportamiento antisindical plantea otra cuestión bastante clásica en torno a la autotutela colectiva sindical y la implicación del sindicato en la acción jurídica y la defensa en juicio de sus planteamientos. Es una relación complicada no tanto en lo que se refiere a la utilización del proceso y el recurso a los tribunales de justicia en defensa de los derechos individuales derivados de la libertad sindical, es decir, la tutela frente a la represalia antisindical en el plano individual que de manera taxativa recuerda el Convenio 98 (1949) de la OIT. Se trata más bien de considerar la dificultad que tiene el sindicato de hacer compatible su capacidad de autotutelar su interés en el ejercicio de sus facultades de acción colectiva y la deriva de la satisfacción de sus pretensiones a través de la mediación de los órganos jurisdiccionales del Estado. Dejando de lado los momentos en los que se produjo la "mortificación de la dimensión colectiva de los litigios laborales" pensados y concebidos desde un planteamiento claramente individual y contractualista, lo que se planteaba era la distancia del movimiento sindical respecto del instrumento procesal como medio de obtener satisfacción del interés del sindicato, a mitad de camino entre la insensibilidad y hostilidad de los jueces y la revalorización de la autotutela sindical como medio fundamental de obtener esos resultados[22].

Es cierto que en España la peculiar organización del movimiento obrero impidió que esa "distancia" se expresara de forma muy acusada porque la asistencia legal a las personas trabajadoras bajo la dictadura supuso no solo la creación de un bloque histórico de abogados laboralistas y movimiento obrero que funcionó como el fermento de la organización de trabajadores en muchos territorios y que generó la praxis o *habitus* de identificar una parte decisiva de la acción sindical prohibida o dificultada por los poderes públicos, en su defensa a través del proceso[23]. La asistencia legal a los trabajadores y a las trabajadoras era la forma predominante de obtener la adhesión al sindicato y de construir representación colectiva en los lugares de trabajo. Y ello tanto a través de litigios individuales como mediante el empleo del procedimiento de conflicto colectivo. De esta manera, tras la Constitución, se siguió considerando la acción ante los tribunales como un factor de garantía de la efectividad de los derechos de los trabajadores.

No tenemos datos del uso concreto del proceso de tutela de derechos fundamentales en su vertiente de antisindicalidad ni de su importancia relativa respecto de otros procesos de tipo colectivo[24]. Si se sabe sin embargo que a partir de mediados de la década de los noventa del pasado

[20] Cfr. Albiol Montesinos, I., *La tutela de la libertad sindical por los Tribunales nacionales,* Civitas, Madrid, 1987, pp. 17-22 , con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional que efectuaron esta interpretación integradora.

[21] En ese intermedio, la jurisprudencia ordinaria entendió que al no preverse en la norma procesal ningún procedimiento especial, debería remitirse a los regulados con carácter general, "debiendo optarse por los que entre ellos resulte adecuado a la cuestión litigiosa sin alteración alguna". Cfr. Sanguineti Raymond, W, *Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales. Estudio de la estructura y el contenido del juicio de antisindicalidad,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pp. 31-38.

[22] Cfr. Lassandari, A., "Sulla funzione e l'impiego dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori", *Lavoro e Diritto,* nº 2 (2024), pp. 208-211.

[23] Cfr. muy recientemente, Duplá, T. (Coord), *Laboralistas. Una década utópica.* Bomarzo, Albacete, 2024.

[24] En Italia es muy evidente la relación positiva que existe entre el sindicato y el proceso regulado en el art. 28 del *Statuto dei Lavoratori*. Éste se ha convertido en un instrumento casi imprescindible de la intervención sindical ante

siglo, se pusieron en marcha instrumentos de solución autónoma de conflictos colectivos nacido de la negociación colectiva que pretendían reducir esa dependencia de la acción sindical de la interpretación jurisprudencial y que por tanto confiaban en el espacio de la mediación principalmente como un territorio cercano a la autonomía colectiva y por lo mismo más apropiado al ejercicio de los derechos colectivos sindicales. Pero esta relativa desjudicialización de aspectos importantes de la acción sindical en materia de interpretación y aplicación de convenios colectivos y de mediaciones previas ante la convocatoria de huelgas no empaña la importancia de la garantía jurisdiccional del derecho de libertad sindical.

3. REPRESENTATIVIDAD SINDICAL Y REPRESENTACIÓN INSTITUCIONAL DEL TRABAJO

En la Constitución española hay otro precepto al que no hemos prestado todavía en este escrito suficiente atención. No habla estrictamente desde el plano técnico jurídico de los derechos fundamentales, sino que se sitúa en otro nivel, en el de la determinación de una figura social como es la del sindicato y el papel que debe desempeñar en el marco institucional que diseña el texto constitucional. Es, en efecto, el art. 7 CE, situado en el título preliminar de la Constitución y por tanto entre los elementos que dan sentido político al Estado Democrático y Social que consagra el texto constitucional.

El sindicato se desvela en este precepto como una formación social relevante, uno de los pilares del sistema social y económico que establece la Constitución y que complementa el reconocimiento de los partidos políticos que establece el artículo inmediatamente anterior. Mientras que éstos expresan el pluralismo político, los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales se conectan con un principio de pluralismo social, y ambos son complementarios en la definición de los rasgos que caracterizan al Estado definido en el art. 1.1 CE. O, si se quiere enunciado de otra manera, no puede haber un estado democrático sin el reconocimiento de los sindicatos como un agente fundamental en el plano económico y social.

El precepto reúne a las asociaciones empresariales con los sindicatos de trabajadores como instituciones clave del sistema democrático. La presencia de ambas formaciones en esta norma constitucional tiene desde luego un significado que se deduce de un proyecto de estabilización económica y social que debe ser gobernada por ambos sujetos, en una regulación concordada y negociada que no solo se puede circunscribir al mercado de empleo, sino a la determinación mucho más amplia a la que aluden esos intereses económicos y sociales "que les son propios" y que se extienden sobre una amplia dimensión de políticas públicas. De esta manera, en este reconocimiento aparece como un elemento constitutivo implícito la interlocución de tales sujetos con el poder público, lo que en el habla común se corresponde con la expresión de "interlocutores sociales". Es decir, igual que el reconocimiento de los partidos políticos exige arbitrar los cauces para la participación política de la ciudadanía en el seno del Estado, la consideración del asociacionismo empresarial y del sindicalismo como agentes de la gobernanza de la dimensión económica y social de la comunidad estatal implica la formulación de mecanismos de concertación y diálogo tanto entre estos sujetos como entre ellos y los poderes públicos. A su vez, la orientación general que exige a los poderes públicos un compromiso con la igualdad sustancial (art. 9.2 CE) es compartida por el papel relevante que en el proceso de remoción de obstáculos que impidan el logro de la misma han de desempeñar también los sindicatos y en el que deben emplear sus medios de acción, facilitando la participación democrática de los ciudadanos en la vida económica y social[25].

problemas centrales y de mayor importancia en los que se ha revelado su tremenda eficacia. Cfr. Lassandari, A., "Sulla funzione e l'impiego dell'art. 28..."., cit., pp. 216-217.

[25] Cfr. Sáez Lara, C., "Sindicatos y orden constitucional…"., cit., p. 550.

Los sindicatos deben adaptar su estructura y funcionamiento a la democracia interna. Tradicionalmente se explica la exigencia adicional del mencionado art. 7 CE sobre la estructura y funcionamiento democrático de los sindicatos como una contraprestación al papel determinante que estas figuras ocupan en el marco institucional del Estado que se define como democrático, pero esta condición no se extrae de su ideología, ni de su trayectoria histórica - no se requiere una validación en la lucha contra la dictadura - sino de la configuración de su estructuración interna conforme a unas reglas o principios materiales y formales definidos en los estatutos y desarrollados posteriormente por las indicaciones de la LOLS. Es decir, la exigencia de democracia interna se inscribe en el pleno reconocimiento de la autonomía sindical, de manera que el poder social que se manifiesta en la forma jurídica del sindicato debe expresarse autónomamente a la vez que respeta el carácter democrático de su estructura y funcionamiento[26].

Ahora bien, centrándonos en los sindicatos, la figura que describe el art. 7 CE no coincide con la que emerge del mero hecho asociativo que se inscribe en el ámbito de la libertad sindical sin adjetivos. La mediación sindical respecto de cometidos que requieren la presencia como interlocutores de los poderes públicos y la asunción de funciones de codeterminación de intereses generales, la capacidad de programar el diseño del conjunto de la estructura de la negociación colectiva a nivel de todo el Estado, y la mera capacidad de crear normas que disciplinan las condiciones de trabajo y de empleo de la totalidad de las personas trabajadoras, no son funciones que puedan predicarse de cualquier sindicato entendido como asociación voluntaria y permanente de un grupo de trabajadores para defensa de los intereses del mismo. Lo que se viene a llamar la bipolaridad del sindicato entre lo público y lo privado se desprende del propio texto constitucional al aludir al sindicato en la participación en los medios de comunicación social (art. 20.3 CE), en la programación de las enseñanzas (art. 27.3 CE), en la articulación del sistema de Seguridad Social y de los servicios del "bienestar" (art. 129.1 CE), en el establecimiento de los medios que faciliten "el acceso a la propiedad de los medios de producción" (129.2) o en la planificación de la actividad económica de la nación (art. 131.2 CE). De este modo se puede conceptuar que el sindicato así caracterizado es un verdadero "sujeto político" ya que se descubre que un campo de acción importante en la defensa de los derechos de la totalidad de las personas que trabajan en un país va más allá de la regulación del intercambio fundamental entre tiempo de trabajo y que se desliza desde el contrato hacia la protección de un estatus de ciudadanía cualificada por su posición social subalterna, y frente a lo cual el sujeto sindical tiene que afirmar su protagonismo en "el sistema político en su conjunto"[27].

Esta consideración del sindicato obliga a introducir junto a la noción de representación voluntaria y de representante de las personas que han adherido a la organización sindical otra que encierre un grado superior de representación no mediado por el contrato asociativo, sino que abarque a la representación institucional del grupo social de referencia, los trabajadores y las trabajadoras en cuanto tales, en todas las dimensiones de su existencia que está marcada por su conexión con el trabajo y que se corresponde con una ciudadanía disminuida en su acceso a los bienes comunes, a la seguridad de su vida y que ocupa una posición subalterna en la distribución de la riqueza del país. No es una representación que se defina por la actividad de los pertenecientes al sindicato activos en una rama de producción o una empresa determinada. Esta noción es la de la representatividad sindical, que es legitimada por el Tribunal Constitucional aprovechando el criterio de selección que el Título III ET emplea para admitir a los sujetos legitimados para la negociación colectiva de sector

[26] Cfr. el análisis exhaustivo de los elementos que conforman el principio democrático en los estatutos sindicales de las dos grandes confederaciones de ámbito estatal en Gallardo Moya, R., *Democracia sindical interna. Un análisis jurídico,* Trotta, Madrid, 1996.

[27] Una conclusión ya adelantada por la gran mayoría de la doctrina laboralista española de la época. Cfr. Durán López, F., "El papel del sindicato en el nuevo sistema constitucional", *Revista de Política Social* 121 (1979), pp. 165-173 y Palomeque López, C., "El sindicato como sujeto político" en AA:VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón,* Tecnos, Madrid, 1980, pp. 555.

y que posteriormente la LOLS esquematiza como una "singular posición jurídica" a la que dota de importantes funciones y facultades de acción.

La representatividad sindical implica un proceso de selección entre los sindicatos constituidos al amparo del principio de pluralidad sindical que se ha entendido equivalente al de la libertad sindical como consecuencia de ello se determina cuáles son los sujetos que representan institucionalmente al trabajo en los diferentes espacios en los que debe desplegarse la acción de tutela pretendida por la organización sindical representativa, con la consecuencia de que se expulsa del mismo a los sindicatos que no alcancen el umbral requerido para obtener la condición de representativo. La "singular" posición del sindicato representativo se basa en unos índices relevantes de implantación y de influencia de los sindicatos que en el caso de la LOLS se remite a la "audiencia electoral" o el número de miembros de comités de empresa y delegados de personal - y de los organismos equivalentes de las junta de Personal de las Administraciones Públicas - que se han obtenido por las opciones sindicales que se han presentado a este proceso electoral, manteniendo la barra del 10% de los sufragios en el ámbito funcional y territorial correspondiente como la regla general sobre la que se añaden otras determinaciones, la mayor representatividad estatal y de comunidad autónoma. Es obvio anotar que esta selección no se ha considerado opuesto al reconocimiento de la libertad sindical ni discriminatorio respecto de los sindicatos que no alcancen el *score* requerido para ser considerados rerpesentativos.

En efecto, la LOLS establece, como es sabido, diversos grados en función de la representatividad de los sindicatos, distinguiendo entre la representatividad simple obtenida en un ámbito funcional y territorial específico (el 10% de los miembros de la representación legal de trabajadores en este espacio), y la mayor representatividad, que se declina a nivel estatal y a nivel de Comunidad autónoma, en este último caso, exigiendo un 15% de audiencia electoral y un piso mínimo de 1.500 delegados. La mayor representatividad estatal viene determinada por la audiencia electoral cifrada en el 10% de los miembros elegidos de los comités de empresa y delegados de personal o de los organismos análogos de representación unitaria en las Administraciones Públicas[28]. Las dos confederaciones sindicales que han logrado superar esta audiencia electoral son CCOO y UGT, y su hegemonía en el panorama que ofrece las organizaciones sindicales en nuestro país arranca de lejos, de las primeras elecciones libres celebradas en 1979[29] .

Este sistema ha sido homologado constitucionalmente por el TC, que trae en su auxilio como elemento normativo de referencia el art. 7 CE. Un sistema de relaciones laborales sólido requiere del fortalecimiento de los interlocutores sociales que hayan demostrado una implantación extensa en el conjunto de sus representados. La ley puede establecer un sistema de selección entre sindicatos en razón de su mayor presencia y capacidad de seguimiento por parte de las personas que trabajan, y cabe

[28] Seguramente el estudio más interesante sobre la representatividad sindical es el de Escudero Rodriguez, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español,* Tecnos, Madrid, 1990, aunque naturalmente son muchas las intervenciones que han analizado de manera global este tema. Así, Navarro Nieto, F., *La representatividad sindical,* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, y, más cercano, Monereo Pérez, J.L., "La mayor representatividad sindical como eje del sistema de relaciones laborales en España (I) y (II), *Trabajo y Derecho* 16 (2016), pp. 13-29 y 17 (2016), pp. 14-31. También es interesante la visión más volcada en la deconstrucción de la noción de la mayor representatividad, Álvarez Cuesta, H., *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad,* Comares, Granada, 2006.

[29] A 31 de diciembre de 2023, sobre casi 300.000 personas elegidas miembros de la representación legal de trabajadores en la empresa y en las Administraciones públicas (297.874 personas), CCOO ha obtenido el 34,98% (104.206 delegados) y UGT el 32,03% (95.400 delegados). Es decir, que entre ambas centrales representan al 67% - más de dos tercios - del conjunto de los trabajadores y trabajadoras de este país. La distancia con el siguiente sujeto sindical representativo, la USO, es muy grande. Esta central sindical agrupa tan solo a 11.904 delegados, un 4% del total, y la CSI-F, de especial implantación en el ámbito de las AAPP, 11.153, es decir un 3,74%. El resto de sindicatos de ámbito estatal tiene una audiencia electoral más reducida.

que se les reconozca a estos sujetos colectivos determinadas facultades de acción diferentes - y más extensas - de las que están previstas con carácter general y mínimo para cualquier sindicato. En este sentido, la doctrina del TC se basa de manera permanente en la función que la mayor representatividad desempeña en el contexto del estado social y en el conjunto del sistema de relaciones laborales, legitimando la posición normativa que ocupa en la LOLS.

En efecto, además de argumentar que este mecanismo selectivo pretende evitar la atomización sindical, un hecho que reduciría la eficacia de la función esencial de tutela de los derechos de las personas trabajadoras que pretende la forma sindicato, la jurisprudencia constitucional hace un especial hincapié en la necesidad de la "promoción del hecho sindical" que enlaza con el art. 7 CE, como manifestación de la «legislación de apoyo» al fenómeno social en que se resume la solidaridad entre trabajadores en torno a una estructura compleja de sindicatos y federaciones sindicales que se deriva del compromiso de los poderes públicos con la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). De esta manera, esta noción "se concreta en la capacidad del sindicato que reúne la singular posición jurídica de la mayor representatividad de colaborar en el desarrollo de proyectos de regulación y gestión de las relaciones laborales que tutelen el trabajo asalariado, lo que acomete con los medios de acción colectiva que el ordenamiento pone a disposición del sindicato para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE)" (STC 63/2024).

Dejando de lado el debate sobre el alcance de las facultades que la ley reconoce a la mayor representatividad[30] - de ámbito estatal fundamentalmente, puesto que la de comunidad autónoma apenas ha sido cuestionada en la discusión académica y jurisprudencial - son excesivas y discriminan a "los otros sindicatos" - entendiendo por tales a los que ostentan la representatividad sindical simple fijada en un 10% de audiencia electoral en el ámbito funcional y territorial correspondiente - lo importante es fijar la consideración de la mayor representatividad, como noción que recoge la posición institucional de las grandes confederaciones sindicales a nivel estatal como un concepto clave en la determinación del sujeto sindical al que alude el art. 7 CE. Y para ello la muy reciente STC 63/2024 suministra una explicación muy completa plenamente convergente con el discurso sostenido en estas páginas.

En efecto, la mayor representatividad, explica la sentencia citada, "trasciende la noción de representación voluntaria ligada al hecho asociativo, para asumir un rol institucional, como representación colectiva del conjunto de trabajadores de todas las ramas y territorios, sobre la base

[30] Las confederaciones sindicales más representativas tienen atribuida, en exclusiva según la LOLS, la capacidad de "ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista" y para su precisión habrá que estar a las respectivas normas de estructuración y composición de los organismos públicos para ver su alcance en concreto. La otra facultad asignada a la mayor representatividad fue la de obtener cesiones temporales de inmuebles patrimoniales públicos del extinguido patrimonio sindical de la OSE que fue transferido al patrimonio del Estado. Sin embargo, una y otra facultad ha sufrido importantes modificaciones por parte de la interpretación jurisprudencial, en especial del Tribunal Constitucional que actúan en el sentido de hacer compartir esta facultad con la de los sindicatos simplemente representativos. La cesión de inmuebles sufrió una importante modificación a partir de la STC 183/1992, de 26 de noviembre, que abrió la participación en la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical a todos los sindicatos, proporcionalmente a su representatividad. Previamente, en unas polémicas decisiones (SsTC 7 y 32/1990, de 18 de enero y 26 de febrero respectivamente) había declarado inconstitucional la reserva de los sindicatos más representativos en las denominadas Comisiones de Elecciones Sindicales, afirmando un criterio de "proporcionalidad" pura en la representatividad de los sindicatos en función de la audiencia electoral obtenida, sin limitar ésta a la que permite adquirir la condición de más representativo. También la financiación con cargo a los presupuestos públicos se debe efectuar en razón de la acción institucional de los sindicatos especificada en la norma y no basada en su condición de mayor representatividad (STC 147/2001, de 27 de junio). Es decir, hay una fuerte línea de tendencia que quiere anular la singularidad de la mayor representatividad en relación con la representatividad simple fijada en la ley, restringiendo sus facultades específicas, que, en la práctica, quieren confundirse con la de "los otros sindicatos", sin que haya diferencias constitutivas entre éstos.

del dato objetivo de la audiencia electoral, el consenso mayoritario sobre determinadas opciones sindicales que certifica el voto de los trabajadores, afiliados o no a estas centrales sindicales, merced al cual se haya conseguido superar al menos el 10 por 100 de los miembros de comités de empresa y delegados de personal y de las juntas de personal en el empleo público elegidos a nivel estatal o autonómico (art. 6 y 7 LOLS)". Este salto cualitativo que se produce de la representación puramente asociativa - sindical a la representación institucional del conjunto de las personas trabajadoras, mediante el mecanismo de la audiencia electoral que construye la noción de mayor representatividad, asigna una cualidad diferente a los sindicatos que alcancen tal condición y que por tanto deben ser considerados "diferentes" y "cualificados" respecto de "los otros" sindicatos que se sitúan en un nivel de representatividad simple en un ámbito funcional o territorial específico[31].

No es necesario insistir en la importancia que ha tenido en la experiencia histórica de nuestras relaciones laborales la puesta en práctica de la representatividad sindical tanto en el espacio de la negociación colectiva como en el más específico de la mayor representatividad, en los procesos de centralización de la estructura negocial y de la concertación social, además del gobierno del conflicto también en este ámbito. En el último ciclo de la legislación del estado de alarma y de la crisis sanitaria provocada por el Covid[32], y los sucesos posteriores tras la guerra en Ucrania, la producción normativa de excepción y la reforma del marco institucional en materia laboral, ha sigo gobernada por el diálogo social y la presencia muy activa de estos sujetos representativos[33].

4. UN SISTEMA SINDICAL BASADO EN LA REPRESENTATIVIDAD

Llegados a este punto, ¿cuál puede ser la conclusión de este recorrido que partiendo de la libertad sindical y su estructura interna como derecho fundamental lleva a la consideración de la dinámica organizativa en torno a una figura que representa institucionalmente al conjunto de las personas trabajadoras de un país "en cuanto tales" es decir en cuanto parte integrante de una ciudadanía social anclada en el trabajo? El cuadro resultante muestra el protagonismo en lo que podríamos llamar el sistema sindical español del sindicato representativo, con una especial posición de prevalencia del sindicalismo confederal conceptuado como más representativo a nivel estatal y las manifestaciones de fuerte sindicalismo nacionalista en el País Vasco y Galicia. El resto de los sindicatos que no alcanzan la audiencia precisa para ser considerado representativos en la empresa o en un sector determinado están condenados a la irrelevancia o a una presencia meramente residual.

Los sindicatos representativos y más representativos tienen la llave de la negociación colectiva que es el instrumento regulador de las relaciones laborales y de empleo más extendido y eficaz, con una alta tasa de cobertura que supera el 90 %. Participan también en los mecanismos de solución autónoma de conflictos, tanto a nivel estatal como en los que están previstos en las respectivas Comunidades autónomas. El diseño de la estructura de la negociación colectiva a nivel centralizado, la representación o participación institucional en determinados organismos que contribuyen a la determinación del interés general[34] y la muy relevante participación en el diálogo social con el

[31] Sobre los que una reciente literatura científica ha demostrado un renovado interés. Cfr. Pérez De Los Cobos Orihuel, f., (Dir), *Los derechos de los "otros" sindicatos,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

[32] Cfr. Perez Rey, J. y Morán, H., "El acuerdo social en defensa del empleo: un acuerdo fruto de la responsabilidad del Estado", *Revista de Derecho Social* 90 (2020), pp. 233-244.

[33] Cfr. Baylos Grau, A., "La importancia del diálogo social en la reforma del marco normativo laboral y el proceso de reforma laboral española de 2021", en Cairós Barreto, D. y Estévez González, C., *Estudios sobre negociación colectiva y diálogo social,* Bomarzo, Albacete, 2024.

[34] Participación institucional en un doble sentido, la que se ejerce desde un órgano especializado en la consulta externa de la actividad normativa del poder público y participación ejercida desde dentro de las administraciones públicas en el proceso de configuración de la actividad administrativa. Cfr. Mora Cabello De Alba, L., *La participación institucional del sindicato,* Consejo Económico y Social, Madrid, 2008.

poder público en orden a las reformas del marco institucional y normativo en materia laboral son los elementos más señalados que hacen de la mayor representatividad una pieza fundamental en la dinámica de las relaciones laborales y por extensión, de la dimensión económica y social de la sociedad. Por el contrario, la regulación del derecho de huelga, anclada todavía en la norma preconstitucional depurada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, queda formalmente extra muros de este proceso de institucionalización sindical, ante la amplia formulación de la titularidad y ejercicio del derecho, de manera que las facultades de convocatoria y de participación están plenamente abiertas a cualquier sindicato, con independencia de su audiencia electoral o su implantación real en la empresa o sector en el que desarrolle su actividad[35]. Y lo mismo en relación con el acceso al proceso laboral y en especial al proceso de conflictos colectivos.

De esta forma, la protección del aspecto individual de la libertad sindical sin excepciones ni matizaciones de ningún tipo es el territorio en el que el derecho de libertad sindical se presenta plenamente activo. La vertiente de la adhesión individual al sindicato y participación en las actividades de la organización sindical en todos los niveles y en su vida interna está claramente protegida frente a las represalias patronales. La libertad sindical negativa ha funcionado en la práctica como un elemento impeditivo de acciones de financiación sindical basada en la aprobación en convenio colectivo de un canon por la negociación del mismo a los trabajadores no afiliados a los sindicatos pactantes, además de suministrar el elemento justificativo de la pluralidad sindical como regla general. El régimen legal de creación y funcionamiento de un sindicato garantiza además sin ningún condicionamiento en cuanto al número de afiliados o implantación territorial la libertad de la organización que se pretende crear.

La acción sindical sin embargo aparece encomendada a las formas sindicales que han conseguido recibir un número considerable de adhesiones de las personas trabajadoras medidas en términos electorales a partir de los procesos que configuran los órganos de representación de la plantilla de los centros de trabajo y empresa. La representatividad sindical se apropia de las funciones más relevantes de la acción colectiva, salvo - y esta excepción es muy importante - la relativa a la convocatoria y desarrollo de la huelga, y condensa en éstas la dinámica real a la que se somete el sistema de relaciones laborales en nuestro país. Especialmente activa se muestra la actividad de los sindicatos más representativos a nivel estatal, que atraen a su esfera de actuación tanto los procedimientos informales de la interlocución política con el poder público para la concertación de los elementos más importantes de las relaciones de trabajo y de la protección social, junto con su participación en las áreas de actuación sobre derechos ciudadanos básicos que afectan a la existencia social de las personas trabajadoras, como el diseño de la estructura y contenidos del sistema de negociación colectiva a través de acuerdos bilaterales con el empresariado a nivel centralizado del Estado español. La intervención de estos sindicatos más representativos viabiliza una fuerte legitimación social a estos procesos que de esta manera contribuyen a la estabilidad de las decisiones del poder público en materia socioeconómica, lo que en definitiva viene a construir un polo de legitimidad social de las políticas públicas que puede llegar a compensar el déficit de consenso político de las mismas, como ha sucedido en la experiencia española más reciente.

Si la libertad sindical aparece ligada en su construcción jurídica primigenia a un contexto privatista, dada la naturaleza contractual del sindicato, y a una autonomía organizativa y de actuación que le hacen aparecer como un fenómeno más ligado al mercado que al espacio público,

[35] Este hecho no parece influir tampoco a efectos de las garantías que se deben prever para el mantenimiento de los servicios esenciales, que la autoridad de gobierno establece en función de otros parámetros, sin atender a la implantación del sindicato convocante. En general, sobre algunos problemas planteados sobre la titularidad sindical abierta en la convocatoria del derecho de huelga que plantea novedades en cuanto a la relación entre implantación sindical y capacidad de convocatoria, cfr. Baylos Grau, A., "Replanteamientos y novedades en la regulación jurídica de la huelga", *Revista de Derecho Social* 82 (2018), pp. 169-184.

este *constructum* no se sostiene como explicación íntegra de la situación actual en nuestro país. La reformulación de esa subjetividad colectiva a partir de su trasposición al plano de lo socio-político, como instrumento de representación de la totalidad de las y los trabajadores en cuanto tales, es decir en cuanto forman parte de una clase social subalterna cuya participación social, económica y cultural constituye la condición democrática de la acción de defensa de ésta por parte del sindicato, obliga a considerar el carácter decisivo de la mayor representatividad en un proceso de institucionalización que cambia el sentido y la función de la representación que lleva a cabo el sujeto sindical y del sentido de pertenencia o identidad que ésta implica. Una visión integral de la libertad sindical tiene que reconocer este desplazamiento teórico y práctico como un elemento constitutivo del sistema sindical en la actualidad.

Es cierto que un cuadro general de la situación de la libertad sindical en nuestro país debería ser más exhaustivo y escudriñar otros espacios más intrincados que se han dejado conscientemente en la sombra. Pero se ha querido subrayar las líneas generales de la situación tal y como se percibe en el amplio período histórico de 47 años que se ha tenido en cuenta. Esperemos haber contribuido a una reflexión productiva sobre estos hechos.

ISSN: 2792-7970

Representación y acción sindical en la empresa en el estatuto del siglo xxi

Representation and union action in the company in the statute of the 21st century

Carmen Sáez Lara *Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Córdoba
https://orcid.org/0000-0001-6311-1398

Cita Sugerida: SÁEZ LARA, C.: «Representación y acción sindical en la empresa en el estatuto del siglo xxi». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 147-167.

Resumen

Los cambios en las organizaciones empresariales, en las formas de trabajo y en el colectivo de las personas trabajadoras han determinado un sistema de representación, que no representa a un buen número de las personas trabajadoras y, específicamente, las que prestan servicios en empresas auxiliares, y en nuevos modelos empresariales, como las plataformas digitales, en definitiva, las personas más necesitadas de tutela colectiva. Partiendo de un diagnóstico inicial sobre la inadaptación del modelo de representación de los trabajadores a la realidad empresarial, con especial atención al proceso de transición digital, se avanzan propuestas de participación sindical y de flexibilización del modelo de representación sindical empresarial. Todo ello con la intención de colaborar en el necesario debate sobre el Estatuto del s. xxi

Palabras clave

Sindicatos; Empresa; Transición digital; plataformas digitales

Abstract

Changes in business organizations, in the forms of work and in the group of workers have determined a system of representation that does not represent a good number of workers and, specifically, those who provide services in auxiliary companies and in new business models, such as digital platforms, in short, the people most in need of collective protection. Based on an initial diagnosis of the inadequacy of the model of workers' representation to the business reality, with special attention to the digital transition process, proposals for trade union participation and flexibility of the model of business trade union representation are put forward. All this with the intention of collaborating in the necessary debate on the Statute of the 21st Century.

Keywords

Unions; Business; Digital transition; digital platforms

1. CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

La representación de los trabajadores en la empresa se desarrolla en España a través de un sistema de doble canal, en el que los representantes unitarios y los sindicales asumen tanto funciones de negociación (información y consulta) como de conflicto colectivo. En su inicial configuración teórica, se optaría por una representación del conjunto de los trabajadores en la empresa (independientemente de su afiliación sindical) a través, fundamentalmente, de comisiones de representantes, denominadas comités de empresa y cuyo eje de constitución es el centro de trabajo. La Ley del Estatuto de los Trabajadores estableció pues un modelo de representación colectiva en la empresa que se sabía necesariamente incompleto y protagonizado por unas representaciones unitarias que, por imperativo del derecho de libertad sindical, habrían de convivir con las representaciones estrictamente sindicales. Este modelo estatutario de los comités de empresa (y delegados de personal) se configuraría pues en

el marco de un latente modelo de doble canal, llamado a desarrollarse fundamentalmente a partir de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS)[1] de 1985.

Ciertamente, el propio Texto Constitucional ya posibilitaba la existencia de un doble canal de representación, atendiendo a la regulación de los derechos colectivos constitucionalmente garantizados (art. 28 y art. 37). Y efectivamente el canal de representación estrictamente sindical, a través de secciones y delegados sindicales, asumirá iguales funciones que las atribuidas a los representantes electivos y unitarios, pero con un significativo menor peso en términos organizativos. La fuerza organizativa y la mayor presencia van a corresponder, en nuestro sistema de representación empresarial, a los representantes unitarios; éstos se extienden hasta los centros de seis personas trabajadoras, y los comités de empresa están integrados desde cinco hasta setenta y cinco representantes. Por el contrario, la sección sindical no es, en puridad, un sujeto representativo y los delegados sindicales, cuyo número legal máximo es sólo de cuatro delegados, se limitan a las empresas de más de doscientos cincuenta personas trabajadoras.

Por consiguiente, aunque habitualmente definamos nuestro modelo de representación sindical en la empresa como un modelo de doble canal, donde representantes electivos y sindicales cumplen iguales funciones y disfrutan de las mismas garantías, la importancia organizativa y consiguientemente operativa de uno y otro canal de representación no está regulada en iguales ni, tan siquiera, en parecidos términos. Este particular modelo dual, si desde la perspectiva teórica, configura un modelo complicado, falto de racionalidad y de eficacia, en la práctica ha funcionado, como bien se sabe, gracias a la sindicalización de los sujetos electivos; al control sindical del canal de representación unitaria. En definitiva, a mi juicio, es el nuestro un modelo singular con dos representaciones inextricablemente unidas y que comparten un mismo pulmón, que es claramente sindical.

Esta inextricable vinculación se explica, en buena parte, porque la audiencia electoral, criterio de determinación de la representatividad sindical conformada en base a los resultados en las elecciones a representantes unitarios empresariales, ha determinado la caracterización real del modelo. Ahora bien, este dato relevante en el origen y la causa de la conexión entre representantes unitarios y sindicatos está, al mismo tiempo, en el origen y la causa de los problemas o las dificultades de adaptación del modelo de representación a las nuevas realidades empresariales. Cualquier reforma legal de aquel afectaría también a un tema especialmente sensible como es el del sistema de representatividad sindical, basado en la audiencia electoral[2]. Lo anterior podría además explicarnos, en cierta medida, porque, a diferencia de otros títulos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET)[3], en las numerosas reformas estatutarias, el Título II no haya sido nunca alterado, y sólo ha sido afectado por modificaciones menores, y dirigidas fundamentalmente a la adaptación de la normativa europea.

Pues bien, sin embargo, no han sido la complejidad y la poca racionalidad de nuestro modelo de representación colectiva empresarial las causas de su crisis u obsolescencia, sino los transcendentales cambios producidos en relación con el colectivo representado y con la unidad-base de la representación. Los cambios en las organizaciones empresariales, en las formas de trabajo y en el colectivo de las personas trabajadoras han determinado un sistema de representación, que no representa a un buen número de aquellas y, específicamente, las que prestan servicios en empresas

[1] Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

[2] Sáez Lara, C., "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58, 2005 (Ejemplar dedicado a: XXV años del Estatuto de los Trabajadores), pp. 315-342.

[3] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

auxiliares, y en nuevos modelos empresariales, como las plataformas digitales, en definitiva, las personas más necesitadas de tutela colectiva.

Analizaremos a continuación con más detalle el diagnóstico inicial sobre la inadaptación del modelo de representación de los trabajadores a la realidad empresarial, con especial atención al proceso de transición digital, a los efectos de avanzar diversas propuestas de reforma del modelo de representación y acción sindical en la empresa para el Estatuto del siglo xxi.

2. DIAGNÓSTICO SOBRE LA CRISIS DEL MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

La falta de adaptación del sistema de representación sindical en la empresa, y la dudosa idoneidad del modelo del Título II LET, consecuencia de los procesos de descentralización productiva y de concentración empresarial, apreciada desde principios de este siglo, se ha ido incrementando con la implantación de nuevos modelos de negocio, como son las plataformas digitales y, en términos más amplios, por el avance de la digitalización empresarial. En una economía digitalizada, en la que el trabajo se presta sin el soporte físico de una unidad empresarial, la individualización de las relaciones laborales protagonizadas por los trabajadores digitales y el crecimiento del teletrabajo, en la era post-pandemia, pueden llevar a una crisis general del modelo de representación unitaria, articulado básicamente sobre los trabajadores por cuenta ajena de ciertos centros de trabajo.

En efecto, sobre nuestro sistema de empresas, caracterizado por organizaciones productivas y empresariales de pequeña dimensión, han venido actuando en las últimas décadas una serie de cambios relevantes, De partida, tradicionalmente, la externalización productiva ha sido un fenómeno con efectos negativos en la representación sindical empresarial. El efecto inmediato de desmembración empresarial y, con ella, de fragmentación de plantillas dificultaría la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores en la empresa, particularmente, la institución de la representación unitaria que se basa, como regla general, en un número significativo de trabajadores para poder constituir la correspondiente unidad electoral.

Sin embargo y como es bien sabido, las transformaciones actuales de la empresa y el trabajo van mucho más allá de las derivadas de los procesos de descentralización productiva. Las empresas de la nueva economía adoptan, en muchas ocasiones, una estructura de trabajo fragmentado o atomizado, pautas de organización flexible y formas de trabajo atípicas, en las que las notas características tradicionales del trabajo asalariado y de las relaciones entre trabajadores y empleadores se mantienen de una forma más difusa y menos reconocible. Además, en el contexto de la digitalización, estas dinámicas están creciendo. Por ello, servicios que tradicionalmente solían requerir empleados asalariados adscritos de manera formal a una plantilla, se prestan ya de forma atomizada, conformando micro-tareas, lanzadas a un mercado a gran escala de potenciales proveedores individuales de trabajo a cambio de una contraprestación[4]. En definitiva, desaparece en ocasiones la integración estricta y tradicional de estos trabajadores en una jerarquía y estructura empresarial; aumentando, en este contexto, la individualización de las relaciones laborales.

De otra parte, el modelo de representación legal tampoco atiende a formas de organización empresarial como grupo de empresas, cadenas de suministro, entramados de franquicias o empresas en red. El modelo legal es incapaz de articular un sistema que garantice la representación de intereses colectivos en estas organizaciones, por ejemplo, la creación de una identidad colectiva compartida entre todos los trabajadores que conforman la red. La presencia continuada de diferentes empresas en

[4] Álvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 32.

el mismo lugar de trabajo afecta a la acción colectiva, pues esta concurrencia de empresas desintegra la comunidad de trabajo y enfrenta a los representantes con la necesidad de resolver conflictos entre intereses muy variados. Todo lo anterior determinó un cambio de la fisionomía del mundo del trabajo, que conviene enfocar destacando que, tanto la fragmentación de las empresas y centros de trabajo como la atomización del trabajo, determinarían un impacto disruptivo sobre los esquemas de la organización y acción colectiva en la empresa[5].

Como venimos insistiendo, el proceso de digitalización está acelerando los efectos de la antigua y conocida estrategia empresarial de descentralización y externalización productiva, coadyuvando a su materialización. Ahora bien, los cambios en la organización empresarial, en las relaciones laborales y en la organización y el poder del sindicato en la empresa no son solo consecuencia aleatoria de este fenómeno[6]. La transformación digital no es ni será neutral, sus consecuencias o efectos sobre el sistema económico y laboral no son ni serán ajenas al papel que desarrollen los estados o, en nuestro ámbito geográfico la UE, en aras de la promoción del dialogo social y de los sindicatos como instrumentos para la gestión democrática del cambio tecnológico o de la llamada transición digital. Analicemos ahora algunos de estos cambios, centrándonos en el impacto del proceso de digitalización empresarial, en los siguientes epígrafes, pues, ante el reto que representan los efectos disruptivos desencadenados por la digitalización, hemos de analizar la estrategia de organización y de acción desplegada por parte de los sindicatos.

3. DIGITALIZACIÓN EMPRESARIAL Y ACCIÓN SINDICAL

Sin perjuicio de los efectos positivos que la digitalización determina en el mundo del trabajo, no pueden ignorarse sus efectos disruptivos, pues en un latente desequilibrio de poderes, han avanzado conocidas fórmulas de servicios, sometidas a técnicas de gestión y control basadas en Inteligencia Artificial (IA), donde las personas carecen de información sobre el funcionamiento de los algoritmos y las condiciones de trabajo, así como de derechos laborales y de protección social. En el mismo sentido, el control omnipresente que ejercen las nuevas herramientas implica un salto en la subordinación de los trabajadores.

Este reforzamiento del poder del empresario ayudado por la tecnología se aprecia pues al analizar la gestión algorítmica o las nuevas formas del control de la actividad laboral; e, igualmente, la debilitación del poder sindical es consecuencia de la creciente dispersión e individualización de la fuerza laboral. La gran novedad para los sindicatos en la economía digital no son los algoritmos, los robots, la inteligencia artificial, sino la re-individualización de la persona trabajadora. Los problemas más importantes de los sindicatos tienen que ver con los nuevos trabajadores que crea el nuevo modelo económico, no con las tecnologías[7]. Consecuentemente, las respuestas adecuadas deben considerar la gama de riesgos y las prerrogativas empresariales magnificadas con las herramientas tecnológicas[8].

Pues bien, en la actual fase de transición digital, en cuestiones clave como la incorporación y gestión de la IA, la tutela de los derechos se aborda desde una perspectiva individual, una perspectiva

[5] Monereo Pérez, J.L., "El futuro de la representación y participación de los trabajadores ante el cambio tecnológico y lasa nuevas formas de empresa". *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI*, Ortega Lozano, P. G., Ruiz Santamaría J.L., (Coord.); Monereo Pérez, J.L.,Vila Tierno, F., Esposito, M., Perán Quesada, S., (Dir.), Granada, Comares, 2021, pp. 115-184.

[6] Martín Artiles, A.; Pastor Martínez, A., "Nuevas formas de representación colectiva. Reacción a la digitalización", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2),2022, p.355.

[7] Miguélez, F.; Alós, R., "Sindicalismo en la era digital", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, p.242.

[8] De Stefano V., Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining". ETUI. https://www.etui.org › publications, 2021, p. 13 (consulta 30 de abril de 2024).

que resulta insuficiente en el mundo del trabajo, donde son necesarios instrumentos de tutela colectiva, es decir de organización y acción sindical en las empresas[9]. Efectivamente, en la Estrategia Europea en IA, al igual que en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[10], la tutela de derechos se incardinó en un plano individual. Incluso en el Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo, de 22/6/2020, la gestión empresarial algorítmica, solo asumió un enfoque individual e, igualmente, en la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial de 2021, así como en el nuevo texto acordado en 2024[11], la calificación de la gestión empresarial algorítmica como sistema de IA de alto riesgo no ha determinado, como después analizaremos, ninguna garantía significativa de participación de los representantes de los trabajadores[12]. También, entre nosotros, la Carta de Derechos Digitales de 2021 prestó escasa atención a la tutela colectiva de derechos en la empresa, en un planteamiento acusadamente individual, que remite a la participación de las personas trabajadoras.

En definitiva, como venimos insistiendo, se aprecia un déficit de mecanismos de tutela colectiva en la regulación europea sobre IA[13].

Mayor atención a los derechos de información de los representantes en la implantación y gestión de los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones prestaría la inicial propuesta de Directiva sobre plataformas digitales de 2021[14], la regulación española introducida por el RDL 9/2021 de 11 de mayo[15] y el texto acordado en marzo de 2024 de la citada Directiva relativa a mejora de condiciones de trabajo en plataformas digitales, que después se estudiará[16].

Pues bien, los cambios tecnológicos y económicos requerirán que los sindicatos adopten nuevas estrategias y formas, es decir, nuevos objetivos colectivos a largo plazo y nuevos métodos a corto y medio plazo para conseguirlos. Abordemos este recorrido con algo de detalle, a la luz de las formas de organización y de acción colectiva y sindical desarrolladas en las plataformas digitales, así como las previsiones de la Directiva europea a este respecto.

4. NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN Y ACCIÓN COLECTIVA EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES

La economía de plataformas, independientemente de su tamaño o importancia cuantitativa, aparece como nuevo modelo de negocio en el centro del debate sobre la revolución digital, pues

[9] Aunque ya en 2017, la Resolución de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) sobre cómo abordar los nuevos retos digitales para el mundo del trabajo, aprobó un mandato para los interlocutores sociales, en el que proponía iniciar una negociación sobre digitalización con las organizaciones europeas de empleadores.

[10] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (art. 22) e igualmente en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (art. 11) (LOPD).

[11] Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.° 300/2008, (UE) n.° 167/2013, (UE) n.° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

[12] Por ello, la Resolución de la CES de 6/12/2022 solicitaría una Directiva UE sobre sistemas algorítmicos en el trabajo, ante la inadecuación del proyecto de Reglamento de IA de 2021 para regular su uso en el lugar de trabajo.

[13] Sáez Lara, C., "Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, p.295.

[14] 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.

[15] Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica la LET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

[16] Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.

constituye un laboratorio único donde se desarrollan formas novedosas de representación colectiva y de estrategias de actuación de los sindicatos tradicionales[17]. Es además una realidad en expansión, con un impacto sobre la organización del trabajo y la relación laboral cada vez más importante, lo que explica su centralidad en los estudios de sociología y de derecho del trabajo. La acción sindical es especialmente problemática por la dispersión y absoluta falta de identidad profesional entre los prestadores de servicios en las plataformas. Como ya se ha señalado, el trabajo a través de plataformas digitales rompe todas las identidades que antes sirvieron para construir la solidaridad sobre la que, a su vez, se fundó la creación y actuación de los sindicatos[18]. Sin embargo, la realidad es que los sindicatos están abordando estos retos sin oponerse a la revolución digital, sino tratando de ejercer un control y gobierno de sus efectos sobre las relaciones laborales.

Centrando ya nuestra atención en las nuevas formas de organización colectiva en las plataformas, podemos identificar su origen en una variada relación de causas; desde el propio desapego de estos ámbitos de actividad hacia las centrales sindicales tradicionales, a la obsolescencia de un modelo de representación colectiva en la empresa que no representa a las personas que prestan servicios en estos nuevos modelos de negocio, unido todo ello a las posibilidades que la tecnología brinda de comunicación ad intra y ad extra, toda vez que la directa comunicación entre los trabajadores de la plataforma (a través de redes sociales, páginas web) ha servido para articular acciones de defensa colectiva. Por su parte, las organizaciones sindicales no han permanecido al margen de esta realidad integrando, por el contrario, en sus estrategias, la organización y defensa colectiva en las plataformas digitales de trabajo. Como ha señalado la CES, la ausencia del derecho de sindicación no ha impedido que iniciativas sindicales locales hayan tratado de entablar negociaciones con empresas de plataforma, a lo que estas últimas se han negado muchas veces, pero aceptado en algunos casos[19].

Pues bien, los estudios que han analizado las formas de representación colectiva[20], las distinguen atendiendo a la diversidad de grupos, incluidos dentro del concepto de trabajadores digitales y las clasifican atendiendo al origen de la iniciativa como organizaciones de base (desde abajo), surgidas desde los propios trabajadores y como organizaciones desde arriba, impulsadas por los propios sindicatos o incluso por organizaciones empresariales[21].

Las dificultades para la representación y acción colectiva en la economía de las plataformas son menores en las plataformas de servicios localizados (de transporte, cuidados, limpieza o reparto) que en las plataformas globales de internet[22]. Entre las iniciativas desde abajo en las plataformas de servicios localizados, un relevante ejemplo de interés sería la creación de un comité de empresa,

[17] Köhler, H-D., "Sindicalismo 'Gig' o la acción colectiva en la economía de las plataformas", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, p. 326. Esteve Segarra, A., "Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma", *Labos*, Vol. 3, No. 3, 2022, pp. 52-76.

[18] Rodríguez Fernández, M.L., "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas laborales*, 144, 2018, p. 38; Rodríguez Copé, M. L., "El difícil papel del sindicato de clase en la gic-economy", *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto,* Albacete, Bomarzo, 2021, p, 264.

[19] Resolución de la CES sobre la protección de los derechos de los trabajadores atípicos y de las empresas de plataformas (incluidos los trabajadores por cuenta propia), Comité Ejecutivo del 28 y 29 de octubre de 2020.

[20] Un estudio a nivel mundial: Hadwiger, F., "Aprovechar las oportunidades de la economía de plataformas digitales mediante la libertad sindical y la negociación colectiva", Documento de Trabajo, Ginebra, OIT, 2023, p. 31.

[21] Pueden así diferenciarse entre las iniciativas de organización, desde abajo, los proto-sindicatos, sindicatos profesionales y cooperativas. Igualmente, desde arriba, también los sindicatos se reorganizan y tratan de dar respuesta a las nuevas formas de organización del trabajo (desde organizaciones sindicales paralelas hasta secciones sindicales territoriales) en un contexto organizativo en el que el ámbito local-territorial deviene importante: Martín Artiles, A., Pastor Martínez, A., op. cit., pp. 349, 354 y 361.

[22] En las plataformas globales: iniciativa sindical *Fair Crowd Work* de IG Metall, el sindicato de trabajadores de la metalurgia en Alemania, desde en 2015.

fruto de acciones colectivas reivindicativas[23]. Entre las iniciativas sindicales figura la elaborada por la Unión General de Trabajadores (UGT), ya en 2018, en la que se aborda la constitución de secciones sindicales para facilitar la participación de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales[24].

4.1. Algunas características de estas nuevas formas de organización colectiva

La descripción de las formas de organización colectiva realizada en el anterior epígrafe nos traslada a los orígenes del capitalismo tanto en cuanto a las formas embrionarias de representación como en relación con el objeto de las reivindicaciones. Su característica primera es su fragmentación y heterogeneidad con mutualidades, cooperativas y estructuras de organización sindical muy informales, sin un marco institucional legalmente regulado[25]. En segundo lugar, se aprecia que, junto con formas dirigidas solo a establecer conexión entre trabajadores dispersos, otras han asumido funciones de tutela colectiva utilizando la tecnología para aumentar el impacto social de sus reivindicaciones y posteriormente alcanzar acuerdos que garanticen derechos.

En tercer lugar, la referida fragmentación de la representación colectiva implica una creciente competencia entre proto-sindicatos, cooperativas y sindicatos tradicionales, aunque hay episodios de cooperación entre plataformas (proto-sindicales) de trabajadores y sindicatos tradicionales en varios países. La alianza con los nuevos movimientos sociales es clave para el futuro de unos sindicatos como los europeos que todavía mantienen cierta fuerza institucional, pero que, sin otros recursos, pierden una capacidad de movilización que debe ser activada para que lideren este proceso[26].

Una cuarta característica es el ámbito nacional o regional de estas iniciativas y organizaciones ante desafíos de carácter transnacional pues muchas de las plataformas digitales de trabajo existentes son agentes empresariales internacionales que desarrollan sus actividades en varios Estados miembros. Son pues necesarias respuestas transnacionales coordinadas por federaciones sindicales europeas o mundiales, siendo relevante a estos efectos que la Confederación Europea de Sindicatos haya influido en el proceso de adopción de la citada Directiva sobre plataformas digitales.

4.2. Acción colectiva y plataformas digitales: Experiencias de acuerdos y convenios colectivos

La acción y la negociación colectiva están resultando eficaces para la protección de los derechos de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales que, junto con las nuevas formas de organización colectiva han protagonizado manifestaciones de acción colectiva, alcanzando acuerdos y convenios colectivos. La heterogeneidad de los trabajadores de las plataformas también se refleja en las acciones colectivas habiendo conseguido algunas de estas acciones reivindicativas, a través de paros, acuerdos colectivos, con reconocimiento de derechos laborales y sindicales[27]. De otra

[23] Así, los movimientos y paros reivindicativos del club *Foodora*, afiliado al sindicato de trabajadores del transporte, tuvieron éxito alcanzándose representación institucionalizada u órganos de negociación (comité de empresa). La creación de comités de empresa tiene su origen en actividades de base de los trabajadores.

[24] Guerrero Vizuete, E., "La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores", *IUS Labor,* 1, 2019, p. 277.

[25] Köhler, H-D.,op. cit., p. 341.

[26] Baylos, A., "La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la Ley 12/2021". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, p. 100; Aloisi, A., "Negotiating the digital transformation of work: non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy" EUI Working Paper MWP, European University Institute2019/03; Hyman, R., "El futuro de las relaciones laborales en tiempos de pandemia", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, p. 257.

[27] Köhler, H-D.,op. cit., p.33; Hadwiger,F., op. cit., p. 31.

parte, no puede dejar de señalarse, como ha denunciado la CES, que algunas empresas de plataformas también han promovido unilateralmente cartas de "trabajo decente"[28].

Pues bien, recordemos entre los ejemplos de experiencias de acción colectiva la Declaración del Frankfurt, de 2016, la *Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano de 2018 o* el acuerdo Hermes y el sindicato GMB de 2019. Un ejemplo de lucha reivindicativa con resultado de acuerdo colectivo lo representa el ya citado caso de *Foodora*, en 2019, donde se alcanzan además de mejoras salariales el establecimiento de órganos de representación regulares. En este caso, es preciso destacar, en primer lugar, que el marco institucional y normativo resultaría decisivo para promover formas de organización colectiva y, en segundo lugar, que las organizaciones sindicales han jugado un papel importante, ofreciendo afiliación y asesoramiento[29].

Entre estos ejemplos de acuerdos, mayor trascendencia reviste el convenio colectivo firmado en 2018 por Hilfr.dk (plataforma danesa de actividades de limpieza en hogares privados) y el sindicato 3f. En España debe recordarse el Acuerdo de Interés Profesional suscrito por la Asociación Española de *riders* mensajeros (ASO riders) y Deliveroo que entró en vigor el 16 de julio de 2018 y el primer acuerdo colectivo entre la plataforma de reparto JustEat y los sindicatos CCOO y UGT, que se alcanzaría en 2022.

Los convenios colectivos analizados, en términos generales, presentan el déficit de aplicación subjetiva solo a empleados y han sido suscrito todos en plataformas de servicios localizados (fundamentalmente reparto de comida). De carácter experimental y ámbito empresarial, todos ellos regulan salario y tiempo de trabajo y solo algunos derechos colectivos y transparencia para la gestión empresarial algorítmica[30].

Veamos ahora en qué términos se regula la representación y acción colectiva en la Directiva sobre plataformas digitales.

4.3. Representación derechos colectivos en la Directiva sobre condiciones de trabajo en plataformas digitales

En el contexto descrito, la Directiva 2024/2831, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas establece dos importantes avances, primero, la tutela frente a los sistemas algorítmicos de control y de dirección de trabajo se extiende a todas las personas que prestan servicios, con independencia de que sean asalariados o autónomos. En segundo lugar, esta norma reconoce a los representantes de las personas que prestan servicios en plataformas, si bien en la medida en que esté contemplado en la legislación y las prácticas nacionales, y les confiere también

[28] Resolución de la CES sobre la protección de los derechos de los trabajadores atípicos y de las empresas de plataformas (incluidos los trabajadores por cuenta propia), Comité Ejecutivo del 28 y 29 de octubre de 2020.

[29] No han faltado tampoco alguna iniciativa más vinculada con el softlaw, como el Crowdsourcing Code of Conduct, establecido mediante acuerdo alcanzado entre el sindicato IG Metall y ocho plataformas de crowdsourcing, que participan en la verificación del cumplimiento de este código de conducta sobre trabajo justo.

[30] Además, el convenio entre Dansk Erhverv y 3F de 2021 incluye un protocolo de acceso a los datos de las nóminas para evitar el dumping salarial. En España, el convenio negociado entre Just Eat y los sindicatos UGT y CCOO establece disposiciones relativas a la protección de datos y la desconexión digital, a la obligación de informar a los representantes sobre los algoritmos utilizados para la gestión del trabajo y de control humano de los sistemas de IA, creando al efecto la comisión algoritmo, de composición paritaria. También establece derechos de los representantes sindicales a hacer uso de tablones de anuncios virtuales y otras herramientas digitales. Por su parte, el convenio entre Just Eat y CGIL/CISL/UIL garantiza el ejercicio de los derechos sindicales, en las formas previstas por la legislación y por el convenio sectorial de transporte (CCNL). Además, algunos otros convenios abordan, entre otras cuestiones, la elección de los representantes sindicales, los cursos de formación para los representantes sindicales electos y los derechos de desplazamiento y de reunión, que también pueden ejercitarse en modo digital. Hadwiger, F., op. cit., p. 59.

ciertos derechos de participación en los referidos sistemas automatizados de control y de dirección del trabajo.

La Directiva 2024/2831 ha introducido, efectivamente, mejoras en materia de representación de las personas que prestan servicio en plataformas, al margen de un vínculo laboral, en relación con la propuesta de 2021 y siguiendo el citado Informe del Parlamento de 21/12/2022. De partida, distingue, en las definiciones contenidas en el artículo 2, entre trabajador de plataforma (con contrato de trabajo o relación laboral) y persona que realiza trabajo en plataformas (cualquiera que sea su relación contractual con la plataforma); estableciendo, ya por separado, el concepto de representantes de los trabajadores y de los representantes de personas que presten servicios en la plataforma, al margen de un vínculo laboral. Lo anterior se complementa con la extensión que realiza el art. 15 de la Directiva de ciertos derechos de participación de los representantes de los trabajadores en la gestión algorítmica a estos últimos, es decir, a los representantes de las personas que prestan servicios en las plataformas sin vinculación laboral.

Centrando nuestra atención en los derechos de participación en la gestión algorítmica de los representantes, hemos de señalar que, en primer lugar, la Directiva establece derechos de información y consulta sobre las decisiones que puedan conducir a la introducción de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de estos. Estos derechos corresponden, de conformidad con el art. 13, solamente a los representantes de los trabajadores, pues no se extienden en el art. 15 al resto de los representantes de las personas que prestan servicio en las plataformas digitales. Además, se prevé que los representantes de los trabajadores de plataformas podrán recibir la asistencia de un experto de su elección, en la medida en que lo necesiten para examinar el asunto objeto de información y consulta, y formular un dictamen[31].

En segundo lugar, la Directiva establece derechos de información sobre el uso de los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones y que corresponden, en este caso, en favor tanto de los representantes de los trabajadores (art. 9.1) como de los representantes de las personas que prestan servicios en plataformas (art. 15) (además, de reconocer este derecho directamente a las personas que prestan servicio en plataforma).

En tercer lugar, la Directiva también establece derechos de participación de los representantes de los trabajadores sobre la evaluación periódica (que en todo caso se debe realizar cada dos años) de los efectos de cada una de las decisiones adoptadas o respaldadas por los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones que utilice la plataforma digital de trabajo, para las personas que realizan trabajo en plataformas, en particular, cuando proceda, para sus condiciones laborales y la igualdad de trato en el trabajo (art. 10.1). Este derecho a participar en la evaluación de los efectos de los sistemas automatizados (tanto de supervisión como de toma de decisiones) solo corresponde a los representantes de los trabajadores, si bien la información sobre esta evaluación se transmitirá, además de a los representantes de los trabajadores de plataformas, a los representantes de todas personas que presenten servicios (art. 10.4 y art. 15).

De otra parte, la Directiva reconoce derechos a las personas sobre decisiones automatizadas y competencias de revisión a los representantes. En primer lugar, se trataría del derecho a explicación, en relación con cualquier decisión adoptada o respaldada por un sistema automatizado de toma de decisiones, que corresponde solo a las personas que realizan trabajo en plataformas (art. 11) y a sus

[31] Cuando una plataforma digital de trabajo tenga más de doscientos cincuenta trabajadores en el Estado miembro de que se trate, los gastos del experto correrán a cargo de la plataforma digital de trabajo, siempre que sean proporcionados (art. 13.3).

representantes únicamente se le atribuyen competencias para instar la revisión de las decisiones[32]. En segundo lugar, las plataformas digitales de trabajo también proporcionarán a la persona que realiza trabajo en ellas, una declaración escrita sobre los motivos de cualquier decisión que afecte a los aspectos esenciales del empleo u otras relaciones contractuales, sin demora indebida y a más tardar el día en que surta efecto. Estas decisiones podrán ser revisadas, tanto por las personas que realizan trabajo en plataformas, como por sus representantes.

Finalmente, la Directiva se dirige también a la promoción de la negociación colectiva en el trabajo en plataformas, en particular, de la negociación de medidas para facilitar el ejercicio de estos derechos de los trabajadores relacionados con la gestión algorítmica (art. 25)[33].

5. PARTICIPACIÓN SINDICAL EN LA TRANSICIÓN DIGITAL EMPRESARIAL: EL PAPEL DE LA LEY Y DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La protección de los trabajadores ante el proceso de transición digital empresarial exige respuestas de tutela colectiva, de promoción de la organización y acción sindical en la empresa. Una respuesta normativa podría ser considera en principio excesivamente rígida ante la compleja y multiforme realidad del mundo de la empresa. Por ello, son frecuentes las llamadas a la negociación colectiva, tanto para regular la creación de formas de organización colectiva y de control sindical, como para la regulación tutelar de los derechos laborales frente al uso de la tecnología digital.

Ahora bien, en términos generales, en España y en el resto de la UE, la digitalización se ha abordado en la negociación colectiva antes en relación con la protección de derechos, por ejemplo, la protección de datos y la intimidad frente al uso de la tecnología digital. Los convenios más amplios sobre la introducción y sobre las consecuencias de la digitalización son una rareza pues las dificultades de la globalidad del tema determinan la falta de información de los representantes sindicales y de las propias direcciones de los centros de trabajo. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la CES, donde los sindicatos y los representantes de los trabajadores han ayudado a dar forma a la digitalización en el lugar de trabajo, se ha creado el marco negociado necesario para garantizar la participación y el control de los trabajadores digitales[34].

La negociación colectiva es pues un instrumento eficaz ante la rápida evolución tecnológica, que ofrece soluciones flexibles para los intereses de trabajadores y empresarios y puede desempeñar un papel primordial, tanto a nivel sectorial como en el lugar de trabajo. Es preciso, en suma, la participación ex ante de los sindicatos en las decisiones sobre la definición y aplicación de los sistemas automatizados de gestión empresarial[35]. A este respecto, debemos también recordar preceptos, como el art. 88 RGPD y art. 91 LOPD, que, aunque referidos fundamental al derecho a la protección de datos, constituyen llamamientos a la negociación colectiva para la intervención en los procesos de digitalización empresarial.

[32] La explicación, oral o escrita, se presentará de manera transparente e inteligible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo y a, este respecto, se prevé la figura de persona de contacto designada por la plataforma, competencia, formación y autoridad necesarias para debatir y aclarar los hechos, circunstancias y motivos que hayan conducido a la decisión.

[33] Ya el citado informe del Parlamento de 21/12/2022 presta atención a la negociación colectiva pretendía introducir un nuevo artículo 10 bis relativo a la promoción de la negociación colectiva en el trabajo en plataformas, con un contenido más amplio, en particular sobre derechos de información para ejercer el derecho a negociar, derechos de acceso y comunicación con los trabajadores, con el fin de sindicar a los trabajadores, negociar en su nombre y representarlos, así como garantías frente a prácticas que menoscaben la acción colectiva.

[34] Resolución de la CES en la que se pide una Directiva de la UE sobre sistemas algorítmicos en el trabajo, Comité Ejecutivo del 6 de diciembre de 2022.

[35] De Stefano, V., "Masters and servers': collective labour rights and private government in the contemporary world of work". *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 36 (4), 2020, p. 442.

Pues bien, entre los obstáculos para la negociación del proceso de digitalización se encuentra, como hemos visto en anteriores epígrafes, la propia rigidez del modelo de representación empresarial y la escasa promoción legal de las competencias de participación sindical en la transición digital empresarial. En este contexto adverso, la gestión empresarial algorítmica está además prácticamente ausente de los vigentes acuerdos y convenios colectivos[36], proponiéndose de *lege ferenda*, contar con una legislación básica que obligue a negociar estos extremos, permitiendo que la negociación colectiva especifique las salvaguardias y los límites necesarios para proteger los derechos fundamentales de los trabajadores[37].

En definitiva, aunque la heterogeneidad de la realidad determina la importancia creciente de la negociación colectiva y el dialogo social frente a respuestas regulatorias únicas, considero que el marco normativo importa, y debe ser lo suficientemente flexible para la protección de derechos, y en concreto, para la tutela de la representación y acción sindical. La regulación legal debe asumir el desarrollo de las competencias de participación de los representantes sindicales, pues al Estado compete garantizar los derechos fundamentales, también en la empresa. Por ello se propondrán a continuación reformas normativas que refuercen las competencias sindicales de participación en la empresa al mismo tiempo que flexibilicen el modelo de representación colectiva.

Ahora bien, la reforma legal también debería abordar la obligación empresarial de facilitar medios digitales para hacer efectiva la representación, toda vez que el proceso de transición digital debe alcanzar lógicamente a las facilidades predispuestas por la empresa, como serían el tablón digital o el acceso a las comunicaciones electrónicas de uso en la empresa. En este sentido, como se sabe, la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, establece ya que la empresa deberá suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia (art. 19.2). Aun cuando el título del artículo legal citado remita a las personas que trabajan a distancia, se trata de un precepto general sobre facilidades para la actividad representativa que ha sido objeto de interpretaciones doctrinales extensivas[38]. Por lo que respecta al correo electrónico es una herramienta, de información, tanto empresarial como de la representación de las personas trabajadoras, pero no constituye una vía apropiada para la realización o el ejercicio del derecho de consultas, por parte de los representantes[39].

Analizaremos a continuación el marco normativo español sobre competencias de participación sindical en la transición digital para después abordar la necesaria reforma del modelo de representación sindical en la empresa.

---

[36] Un ejemplo positivo destacado ha sido el XXIV Convenio colectivo sector de la banca, cuyo art. 80.5 obliga a las empresas a informar a los representantes de los trabajadores sobre el uso de la analítica de datos o los sistemas de inteligencia artificial cuando los procesos de toma de decisiones en materia de recursos humanos y relaciones laborales se basen, exclusivamente en modelos digitales sin intervención humana. Dicha información, como mínimo, abarcará los datos que nutren los algoritmos, la lógica de funcionamiento y la evaluación de los resultados.

[37] Todolí Signes, A., "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales "big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos". *Revista de Derecho Social*, 84, 2018, p. 87.

[38] Miranda Boto, J.M., Brameshuber, E., "El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras: posibilidades y desafíos para los derechos de información y consulta y la negociación colectiva", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 478, 2024, pp. 33-34.

[39] STS de 21/04/2017 (Rec. 149/2016), en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues no se llevaría a cabo realmente "ese proceso en el que las opiniones se contrastan y se valora de manera conjunta entre todos los interlocutores que al final pueden llegar a un acuerdo o discrepar de la medida propuesta por la empleadora".

5.1. Las competencias de participación sindical en los procesos de digitalización empresarial

En el modelo español de relaciones laborales, el poder empresarial encuentra su contrapeso en las competencias de participación de los representantes sindicales; competencias colectivas y derechos individuales de los trabajadores se interseccionan en una entramado legal y convencional dirigido a adjurar la arbitrariedad en la empresa y dotar de seguridad jurídicas a los trabajadores. Sin embargo, es preciso seguir insistiendo, en primer lugar, en la insuficiencia del marco legal español sobre derechos información y consulta de los representantes de los trabajadores, sin atribución específica de estas competencias sobre la introducción de nuevas tecnologías. Y, en segundo lugar, hemos de recordar que, atendiendo a la configuración organizativa de los representantes unitarios, centrada en los centros de trabajo y la creciente importancia de la empresa como ámbito de desarrollo de competencias de participación de estos representantes, el modelo estatutario de los comités y delegados no es adecuado para desarrollar eficazmente las competencias de participación en los procesos de digitalización.

Analizaremos los derechos de información y consulta de los representantes sobre el uso de los medios empresariales de vigilancia, y de los dispositivos de la empresa por parte de los trabajadores, así como sobre el derecho a la desconexión de los trabajadores, y, de otra parte, sobre los sistemas automatizados de gestión empresarial, el uso de los algoritmos y la inteligencia artificial. Estos derechos, como se sabe, corresponden tanto a los representantes unitarios como a los delegados sindicales (art. 10.3.1 LOLS) y se encuentran dispersos en diversas normas jurídicas.

Por lo que respecta a los derechos de participación de los representantes en los sistemas empresariales de vigilancia de los trabajadores, su regulación se encuentra en la LOPD, más allá de los derechos de información y consulta establecidos en el Estatuto, a favor de los representantes, sobre la genérica decisión empresarial de implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo (art. 64.5 f) LET).

De partida, el art. 89.1 de la LOPD establece un deber de información a la representación de las personas trabajadoras sobre las medidas de videovigilancia, con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa; siendo destacable que la omisión de este deber de información por parte de la empresa ha conllevado la declaración nulidad de los sistemas instalados, por parte de nuestra doctrina judicial[40]. El artículo 90.2 de la LOPD regula los dispositivos de geolocalización, en relación con los cuales, la representación tiene derecho a ser informada, tanto acerca de la existencia y características de estos dispositivos, como de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión, también con carácter previo y de forma expresa, clara e inequívoca. Igualmente, la medida será nula en caso de omisión del deber de información[41].

De otra parte, en relación con la elaboración de los criterios fijados por la empresa para el uso particular de los dispositivos digitales puestos a disposición de las personas trabajadoras, desde el correo electrónico hasta el teléfono móvil o el ordenador, el artículo 87.3 de la LOPD, establece un genérico derecho de participación de los representantes. Con posterioridad a esta norma, y en términos similares, el artículo 17.3 de la Ley 10/2021 encomendó a la representación legal participar en la elaboración de los criterios de utilización de los dispositivos digitales para las personas trabajadoras a distancia. Pues bien, sobre el contenido de este derecho, si la participación conlleva además de

[40] STSJ de Galicia, de 15 de febrero de 2021 (Rec. 4586/2020)

[41] Criterio mantenido por la STS de 8 de febrero de 2021 (Rec. 84/2019) que, sin embargo, no se pronunció sobre este precepto a la hora de anular el sistema de geolocalización que una empresa de reparto de comida a domicilio pretendía implantar, pues la LOPD aún no se encontraba en vigor en el momento de los hechos. Lo que no fue óbice para que, por aplicación del citado art. 64.4 f) del ET, se entendiera que la medida era nula por la omisión del deber de información.

derechos de información y consulta, el derecho a codecidir[42], el Tribunal Supremo ha establecido la exigencia de un protocolo negociado sobre el uso de los dispositivos digitales, de conformidad con el citado art. 87.3 LOPD. Además, el TS considera que cualquier cambio en la política de uso de dispositivos digitales, que afecte en la intimidad, debe contar con la participación de los representantes de las personas trabajadoras. En definitiva, que el procedimiento que debe seguirse para modificar, actualizar o especificar cualquier aspecto de la política de uso de los equipos informáticos propiedad de la empresa y puestos a disposición de las personas trabajadoras, así como el acceso a Internet, debe negociarse de forma colectiva con los representantes de las personas trabajadoras[43].

Conectado con el uso de medios digitales, en relación con el derecho a la desconexión digital, hay que recordar que cuando la LOPD introdujo este derecho en el artículo 20 bis del Estatuto, no incluyó referencia alguna a derechos de información o consulta de los representantes, que si se recocerían en el artículo 88 de la LOPD. En concreto, se estableció que el empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, que evite el riesgo de fatiga informática. Por su parte, la Ley 10/2021, en relación con las personas trabajadoras a distancia, establecería en idénticos términos la necesidad de la elaboración de una política interna en la empresa también previa audiencia a la representación legal (art. 18.2). Además, se remite a los convenios o acuerdos colectivos de trabajo para establecer medios y medidas adecuadas a los efectos de 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[44].

Finalmente, analizaremos por separado los derechos de participación en relación con el uso de los algoritmos y la IA

5.2. Competencias de participación en el uso de la IA en la empresa

En relación con los derechos de información sobre el uso de algoritmos en la empresa, la reforma estatutaria de 2021 reforzó, como se sabe, las competencias de información sobre las reglas en las que se basan los sistemas de IA, usados para la gestión del personal. El citado RDL 9/2021 (por el que se modificó la LET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales) reconoció específicamente el derecho de información algorítmica al comité de empresa (art. 64.2 d) LET). Con anterioridad a esta norma, los derechos de información y consulta de los representantes sindicales en la empresa en este tema se limitaban al reconocimiento de un genérico derecho de los representantes a ser informados y consultados sobre todas las decisiones de la empresa, que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo (art. 64.5 LET)[45].

Centrándonos ya en el contenido de este derecho, la información se extiende a 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. De esta forma, la regulación española adoptaba una solución próxima a la exigencia de explicabilidad, establecida por el art. 22 RGPD,

[42] Goñi Sein, J. L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra-11, 2020.

[43] STS 225/2024, de 6 de febrero.

[44] Sobre el tema, ampliamente, Miranda Boto, J.M., Brameshuber, E., op. cit..

[45] Por ello, es preciso destacar la STS de 8/02/2021 (Rec. 84/2019), que confirma la nulidad del Proyecto Tracker de una conocida cadena de reparto de pizza a domicilio, entre otras causas, porque la implantación del Proyecto ha incumplido los requisitos de información y consulta previa establecidos en el art. 64.5 LET.

para las decisiones únicamente automatizadas con significativos efectos sobre los interesados. El Reglamento configura un derecho individual de explicación a la persona interesada sobre la existencia de estas decisiones automatizadas, que comprende, información significativa sobre la lógica aplicada.

Pues bien, en favor de la efectividad de este derecho de explicación, ya se propuso una interpretación finalista dirigida a garantizar el ejercicio de los derechos por la persona afectada, que eran necesarias formas sencillas de informar acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión; que la información facilitada debe ser, además, suficientemente exhaustiva para que se entiendan los motivos de la decisión[46].En definitiva, ofrecer una referencia técnica a la implementación del algoritmo podría ser opaco, confuso, e incluso conducir a la fatiga informativa, por lo que debe facilitarse información que permita entender el comportamiento del tratamiento (AEPD, 2020:24).

Aplicando estos criterios interpretativos a la regulación española podríamos concluir que el empresario debe suministrar a los representantes de los trabajadores una información exhaustiva y comprensible para el receptor, a los efectos de cumplir la finalidad de control sindical que orienta la norma[47]. Pues bien, en este contexto debemos ya introducir la nueva regulación sobre derechos de participación de los representantes en los sistemas automatizados de vigilancia y de gestión empresarial, establecida por la citada Directiva sobre plataformas digitales.

La Directiva 2024/2831, como antes hemos descrito, reconoce derechos de información y participación de los representantes, y no solo de los representantes de los trabajadores de las plataformas, sino también de los representantes de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales (trabajadoras o autónomas). En concreto como se recordará establece, en primer lugar, un derecho de información y consulta sobre las decisiones que puedan conducir a la introducción de los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones o a cambios sustanciales en el uso de estos (art. 13). En segundo lugar, establece un derecho de participación sobre la evaluación periódica de los efectos de cada una de las decisiones adoptadas o respaldadas por los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones que utilice la plataforma digital de trabajo, sobre las personas que realizan trabajo en plataformas, en particular, cuando proceda, en sus condiciones laborales y en la igualdad de trato en el trabajo (art. 10.). En tercer lugar y más concretamente, se establece también un derecho de información sobre el uso de los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones (art. 9). De partida, esa información comprenderá todos los tipos de decisiones respaldadas o adoptadas por sistemas automatizados de toma de decisiones.

Además, se concretan las informaciones que han de ser remitidas a los representantes, tanto en relación con los sistemas automatizados de supervisión como de toma de decisiones. Respecto de los primeros, la plataforma deberá informar que los sistemas están en uso o en proceso de introducción; las categorías de datos y acciones controlados, supervisados o evaluados por tales sistemas (incluida la evaluación por el destinatario del servicio); el objetivo del sistema de supervisión y el modo en que el sistema debe lograr dicho objetivo; así como los destinatarios o categorías de destinatarios de los datos personales tratados por dichos sistemas y toda transmisión o transferencia de dichos datos personales, también dentro de un grupo de empresas. Por lo que respecta a los sistemas automatizados de toma de decisiones, la plataforma deberá informar a los representantes igualmente que tales sistemas están en uso o en proceso de introducción; las categorías de decisiones adoptadas o respaldadas por tales sistemas; las categorías de datos y los principales parámetros que tales sistemas

[46] En la misma línea, Grupo de Trabajo sobre protección de datos del art. 29 en sus Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, 2018, p. 28.

[47] En similares términos, la guía práctica editada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social en mayo de 2022 bajo el título, Información algorítmica en el ámbito laboral.

tienen en cuenta, y la importancia relativa de esos parámetros principales en la toma de decisiones automatizada (incluida la forma en que los datos personales o el comportamiento de la persona que realiza trabajo en plataformas influyen en las decisiones); así como también finalmente, los motivos de las decisiones de restringir, suspender o cancelar la cuenta de la persona que realiza trabajo en plataformas, de denegarle el pago por el trabajo realizado, y de las decisiones sobre su situación contractual o cualquier decisión con efectos equivalentes o perjudiciales.

Además, la Directiva determina que las plataformas digitales de trabajo facilitarán toda esta información en forma de documento escrito, que podrá estar en formato electrónico. La información se presentará de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo. Los representantes de los trabajadores recibirán dicha información antes de utilizar dichos sistemas o previamente a la introducción de cambios que afecten a las condiciones laborales, a la organización del trabajo o a la supervisión de la ejecución del trabajo, o en cualquier momento a petición suya. suya (art. 9.4 y art. 15)[48].

A la vista de esta regulación resulta destacable, en primer lugar, que el derecho de información a los representantes se extienda además de sobre las categorías de datos y los parámetros que tienen en cuenta estos sistemas, la importancia relativa de esos parámetros en la toma de decisiones. Así mismo se establece una exigencia de motivación de todas las decisiones empresariales con efectos laborales perjudiciales adoptadas o respaldadas por un sistema automatizado, por lo que la exigencia de causalización del poder empresarial aumenta en la empresa automatizada. Es preciso destacar por último que estas garantías se establecen en relación no solo con las decisiones adoptadas sino también las meramente respaldadas por los sistemas automatizados de supervisión y de toma de decisiones, por lo tanto, también cuando la intervención de la IA, o del algoritmo sea una más de las que fundamentan la decisión, es decir, aunque no sea determinante de la misma[49].

La trasposición de la Directiva será la oportunidad para modificar la regulación estatutaria sobre competencias de los representantes, aunque el ámbito de aplicación de aquella esté limitado a las plataformas digitales, en línea con la modificación general que introdujo la regulación española de 2021, que también se dirigió a la protección de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales. Téngase en cuenta que el citado Reglamento Europeo de Inteligencia artificial es mucho más limitado en este tema, a pesar de identificar como de alto riesgo sistemas que utilicen la IA para la vigilancia y de gestión laboral. Efectivamente, el Reglamento de Inteligencia Artificial identifica como sistemas de alto riesgo los sistemas de IA utilizados para el reclutamiento o la selección, (en particular anuncios de empleo específicos, análisis y filtrado de solicitudes, y evaluación de candidato) para la promoción y rescisión de contratos, asignación de tareas en función de rasgos de personalidad o características y comportamiento, y seguimiento y evaluación del rendimiento (art. 6.2 y Anexo III). Sin embargo, las obligaciones de los responsables del despliegue, es decir las personas físicas o jurídicas que utilizan los sistemas de IA son muy limitadas. A este respecto el art. 26. 7. solo establece que, antes de poner en servicio o utilizar un sistema de IA de alto riesgo en el lugar de trabajo, los responsables del despliegue que sean empleadores informarán a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que estarán expuestos a la utilización del sistema de IA de alto riesgo. Esta información se facilitará, cuando proceda, con arreglo a las normas y procedimientos establecidos en el Derecho nacional y de la Unión y conforme a las prácticas en materia de información a los trabajadores y sus representantes.

[48] La propuesta de Directiva de 2021 solo reconocía este derecho de información a trabajadores de la plataforma (art. 6.1) si bien establecía que estaría a disposición de los representantes de los trabajadores. El art. 10 extendería este derecho a las personas que prestan servicios en plataformas digitales sin vinculación laboral.

[49] Tal y como se exige para aplicar el derecho de la explicación del art. 22 RGPD.

En definitiva, la reforma legal debe asumir el desarrollo de las competencias de participación de los representantes sindicales en relación con los procesos de transición digital, en el marco de una necesaria reforma global de nuestro modelo de representación sindical en la empresa, que se abordará a continuación.

6. PROPUESTA DE REFORMA: UN NUEVO MODELO DE REPRESENTACIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA PARA EL ESTATUTO DEL SIGLO XXI

Como se recordará, las denuncias de crisis del sistema de representación de los trabajadores en la empresa se conectan con una triple causa: la irrelevancia creciente del centro de trabajo como eje de la representación, la aparición de formas de negocio al margen de los centros de trabajo y la salida de los trabajadores presenciales de los centros de trabajo. Se trata en definitiva de una realidad empresarial necesitada de mayor flexibilidad para la representación y defensa de los intereses de las personas trabajadoras. Los problemas de adaptación de un modelo articulado sobre el centro de trabajo no se solventarían, en efecto, solo con el cambio de la empresa por el centro de trabajo como unidad de representación, pues siguen existiendo empresas con centros de trabajo de grandes dimensiones para los que puede resultar preferible el modelo actual de representación.

Igualmente, es preciso reiterar que los efectos de la inadecuación del este modelo son muy graves: dejan fuera de la representación colectiva a un número cada vez mayor de trabajadores o de personas asimiladas. En consecuencia, cualquier propuesta de reforma debe estar dirigida a garantizar la efectividad del modelo de representación colectiva empresarial, prestando atención a los trabajadores que han quedado fuera del sistema y llevando a cabo un redescubrimiento o redefinición del "interés colectivo" representado. De otra parte, la reforma debe garantizar seguridad jurídica a las empresas.

Diagnosticados con cierto consenso las causas y los efectos de la referida crisis del sistema de representación de los trabajadores no puede decirse que el legislador haya hecho frente a esta cuestión, más allá de sucedáneos representativos, como han sido las comisiones *ad hoc* y las comisiones sindicales para la negociación de los procesos de reestructuración empresarial[50]. Igualmente, en los nuevos modelos de negocio, la ausencia de una respuesta legislativa está provocando una desorganización en la defensa colectiva de los intereses profesionales que ralentiza la respuesta social. La reforma del modelo legalmente definido sigue sobre la mesa.

Pues bien, uno de los obstáculos a la necesaria adaptación entre sujetos representativos y estructuras empresariales deriva de la coincidencia entre unidad electoral y base representativa. La rigidez de nuestro modelo deriva, en gran medida, de la vinculación que se entabla entre unidad de representación y unidad electoral, al ser las elecciones a representantes unitarias la vía de medición de la representatividad sindical. En consecuencia, la flexibilidad del modelo de representación de los trabajadores, necesaria para su adaptación presente y futura a la cambiante realidad de las empresas, exige como presupuesto, a mi juicio, desvincular unidad de representación y unidad electoral.

En concreto, la necesaria flexibilidad en la unidad representativa nos conduce directamente a que la misma, atendiendo a cada realidad empresarial, pueda ser elegida libremente por los sindicatos. Por ello, también el modelo propuesto debe articularse exclusivamente sobre los representantes

[50] Se ha postulado una reforma del Estatuto que introduzca la figura del delegado de personal conjunto y permita la elección de un comité de empresa conjunto pues, en defecto de una previsión legal expresa, la jurisprudencia ha considerado ambas soluciones incompatibles con los arts. 62 y 63 ET (SSTS de 20/02/2008 (Rec. 77/2007), 14/07/2011 (Rec. 140/2010) y 7/02 2012 (Rec. 114/2011): Ferrando García, F., "Apuntes para la actualización del Estatuto de los Trabajadores en materia de elecciones a órganos de representación unitaria", *Briefs AEDTSS*, núm.27, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

sindicales. La libertad sindical garantiza a los sindicatos la libertad de autoorganización, también dentro de la empresa, de forma que pueda optar por la unidad de representación y acción sindical necesaria para la tutela de los intereses de los trabajadores. En el contexto actual, la representación de los trabajadores en la empresa sólo puede asumirse de forma eficaz directamente por los sindicatos, toda vez que la actuación del sindicato, a través de los representantes unitarios, ha dejado de ser un modelo eficaz, tal y como se ha constatado. En la línea de las voces que abogan por reforzar el protagonismo sindical en los órganos unitarios[51] debe darse un paso más a favor de la representación sindical.

En definitiva, a mi juicio, hoy las exigencias de flexibilidad de la representación de los trabajadores en la empresa van más allá de trasladar el eje de representación desde el centro de trabajo a la empresa, y se extienden a la necesidad de arbitrar sujetos representativos en las nuevas realidades empresariales. Igualmente, es el sindicado el único sujeto que puede asumir la representación colectiva de los trabajadores digitales, la instancia representativa común que puede englobar a la inmensa mayoría de estos trabajadores, centralizando a un colectivo muy heterogéneo de representados y cuyos intereses, no obstante, son homogéneos: la lucha contra la precariedad laboral mediante el establecimiento de condiciones de trabajo más dignas.

Por ello, no cabe otra opción que la representación sindical, una opción por un modelo de representación sindical empresarial, que corresponde al legislador. El sistema de representación de los trabajadores en la empresa es, a mi juicio, competencia del legislador estatal al que le corresponde la promoción del sindicato en la empresa, en el marco de la relación entre Estado y sujeto sindical característica del Estado Social. Sin perjuicio de que en ámbitos supraestatales la negociación haya dado respuestas de representación colectiva de los trabajadores, a nivel estatal considero más ajustado un modelo cerrado a la intervención de la negociación colectiva en la ordenación del sistema de representación de los trabajadores. Claro está, un sistema siempre mejorable en la negociación colectiva, en cuanto al número de delegados sindicales, por ejemplo.

6.1. A favor del canal de representación sindical

El primer argumento a favor del canal de representación sindical es la dimensión del cambio en las estructuras empresariales apenas descrito. Ante la misma solo el sindicato, cuya capacidad de autoorganización (también dentro de la empresa) constituye contenido esencial libertad sindical, puede protagonizar esa necesaria adaptación de la representación de intereses colectivos a la diversidad organizativa empresarial. Y, en segundo lugar, solo el sindicato puede hacer frente a las exigencias de coordinación con la representación colectiva supraempresarial. Las experiencias en empresas multinacionales muestran la necesidad de que la representación en la empresa sea sindical, por la necesaria coordinación entre la acción de los trabajadores en los diversos ámbitos. Desde la perspectiva sindical, se pretende impulsar un papel proactivo de las relaciones laborales en el gobierno de las reestructuraciones impulsadas por la digitalización, a fin de no verse abocados a negociar de forma pasiva las consecuencias más negativas de estos procesos, y cuyo desarrollo debe concretarse lógicamente por la representación de las personas trabajadoras en sus respectivos ámbitos. En esta línea, se afirma, sería preciso combinar y coordinar la intervención en los diferentes ámbitos de actuación: centro de trabajo; empresa; grupo de empresas; cadena de valor; sector productivo, en definitiva, una actuación que correspondería a los sindicatos[52].

[51] Casas Baamonde, M.E., Escudero Rodríguez, R., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", *REDT*, 17, 1984, pp. 51-91; Casas Baamonde, M.E., "La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores", *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 105.

[52] Fundación 1º de Mayo, La Dimensión laboral de la Economía Digital, CCOO, 2020.

Además, de forma mayoritaria la doctrina laboralista ha venido posicionándose a favor de la idoneidad de la representación sindical como cauce de articulación del interés colectivo de los trabajadores de plataformas digitales y de los teletrabajadores[53]. Y, por último, la doctrina judicial nos allana el camino tras la línea jurisprudencial trazada por el Tribunal Supremo, a favor de la autonomía organizativa sindical en la empresa[54]. En sus términos básicos, esta interpretación, ya muy consolidada, afirma que "*corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el art. 10.1 de la LOLS entre nombrar los Delegados Sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical*". El sindicato, como titular del derecho a la libertad sindical, es dueño de organizar su estructura a nivel de empresa (entendida en términos globales), de centros de trabajo autónomos o de varios centros de trabajo de modo agrupado, buscando el mayor favor para el ejercicio de la acción sindical, sin abuso de derecho, ni consecuencias contrarias a los intereses de los trabajadores cuya defensa corresponde al sindicato[55].

En definitiva, la flexibilidad en relación con la determinación de la unidad de representación sindical, como facultad de autoorganización integrada en el derecho de libertad sindical, permitiría al sindicato además de la opción entre las unidades tradicionales, es decir el centro de trabajo y la empresa, su aplicación a nuevas realidades empresariales, como son las plataformas empresariales. El sindicato podría optar por establecer su representación en entornos virtuales, que constituyan "unidad productiva con organización específica", atendiendo a la propia configuración de estas plataformas en torno a una aplicación, que deviene el elemento tecnológico organizativo, que dota de unidad al conjunto de actividades desarrolladas por los trabajadores.

6.2. Una representación sindical de base electiva

Hoy nuestro sistema sindical encuentra apoyo, además de en su configuración constitucional, en el principio democrático, en la voluntad de los trabajadores que con su voto dotan de legitimidad democrática la actuación del sindicato. Por ello nuestra postura a favor del mantenimiento de la audiencia electoral como criterio de determinación de la representatividad sindical, tanto en el ámbito empresarial como supraempresarial, nos lleva a proponer que los representantes sindicales en la empresa sean de base electiva. Los mismos serán elegidos en unas elecciones sindicales, donde exista un monopolio sindical de las candidaturas; la empresa sea la unidad electoral y se extienda o amplíe el derecho de sufragio activo[56]. Igualmente sería precisa una reforma normativa para introducir la posibilidad del voto telemático en las elecciones sindicales en el Estatuto del siglo xxi, como ya establece el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 44), especialmente tras la interpretación negativa realizada por la última doctrina judicial[57].

Ya hemos puesto de relieve que el nuevo modelo partiría de la desconexión entre la unidad de representación y la unidad electoral, pues la actual vinculación impide la correcta representación de los intereses colectivos de los trabajadores. La flexibilidad en la unidad elegida por el sindicato

[53] Garrido Pérez, E., "Representación y participación de los trabajadores en la empresa", *El Estatuto de los Trabajadores 40 años después XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* MTES, Madrid, 2020, p. 319.

[54] STS (Pleno) 18/7/2014 (Rec. 91/2013).

[55] STS 21/7/2016 (Rec.182/2015) Caso Abanca, corporación bancaria SA.

[56] El régimen electoral debería aportar mayor certidumbre en cuanto a la identificación de la unidad electoral en los casos de descentralización productiva mediante contratas y subcontratas: Ferrando García, F., op. cit..

[57] SAN 165/2022, de 12 de diciembre declaró inválido un acuerdo entre las empresas del grupo Iberdrola y varios de los sindicatos que tienen representación en ella por el que se establecía la posibilidad de voto telemático en las elecciones que debían celebrarse en dichas empresas. En un sentido distinto se habían pronunciado la SJS núm. 25 de Madrid 321/2015, de 21 de septiembre y la SJS núm. 5 de Granada 312/2021, de 7 de julio.

para organizarse y actuar se combina con una unidad electoral fija, donde se compute la plantilla y se determine el número global de representantes elegibles. En esta propuesta, la opción a favor de la empresa como unidad electoral parece la más acorde con el panorama descrito. Aunque ciertamente obtener un representante en una unidad de grandes dimensiones requiere más votos que en una de pequeñas dimensiones, como se ha afirmado, en el actual modelo, en el que el centro de trabajo es la unidad electoral, la representatividad sindical la determinan los centros grandes, lo que puede explicar el desinterés hacia las nuevas estructuras atomizadas, pues los sindicatos fijan su atención en centros de trabajo, ubicados generalmente en los sectores y empresas más tradicionales, dejando en cierto modo a un lado los sectores emergentes y el mundo de la "empresa fragmentada".

En la empresa, como unidad electoral fija, se computaría la plantilla y se determinaría el número global de representantes elegibles, que podrían denominarse delegados sindicales. Si en estas elecciones se designarían globalmente el número de los delegados obtenidos en la empresa por cada organización sindical, sería a cada sindicato a quién correspondería determinar concretamente el ámbito de organización y actuación de sus delegados. De esta forma, libertad sindical y seguridad jurídica para la empresa se satisfacen al mismo tiempo.

En relación con la empresa como unidad electoral, continuaría un modelo de umbrales mínimos, pues no parece conveniente la representación donde "el desarrollo de las relaciones laborales se lleva a cabo en clave necesariamente individual"[58]. Un umbral fijado a partir de los 6 trabajadores en la empresa, dado que, en la franja de 6 a 10 trabajadores, la exigencia formal de acuerdo no rige de forma explícita, al haber avalado la STC 36/2004, de 8 de marzo, que la participación posterior en la votación sería una expresión implícita de su voluntad de constitución del órgano. Finalmente, sería preciso avanzar en la reflexión sobre dos temas: el de las personas trabajadoras computables a efectos de plantilla y con derecho a sufragio activo, para extender el colectivo representado por los delegados sindicales y el de la introducción del voto electrónico atendiendo al volumen creciente de teletrabajo.

Muchos otros serían, en su caso, los aspectos necesitados de concreción para el establecimiento del nuevo modelo de representación sindical empresarial, para avanzar una propuesta que simplifique el modelo y lo dote de mayores dosis de racionalidad. En definitiva, lo que aquí se propone no es sino ajustar el marco normativo a la realidad de un sistema de representación de los trabajadores cuyos órganos vítales, siempre han sido y deben seguir siendo de naturaleza sindical; superando definitivamente la histórica necesidad de su actuación indirecta en el interior de la empresa.

7. BIBLIOGRAFÍA

Aloisi, A. (2019). "Negotiating the digital transformation of work: non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy" EUI Working Paper MWP 2019/03. Badia Fiesolana: European University Institute.

Alvarez Alonso, D., *Representación y participación de los trabajadores en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Baylos, A. "La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la Ley 12/2021", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, pp. 95-113.

Casas Baamonde, M.E., Escudero Rodríguez, R., "Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales", *REDT*, 17,1984, pp. 51-91.

Casas Baamonde, M.E., "La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores", *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete, Bomarzo, 2017.

[58] Cruz Villalón, J.,"Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa", *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, cit., p. 153.

CES, Resolución de la CES sobre la protección de los derechos de los trabajadores atípicos y de las empresas de plataformas (incluidos los trabajadores por cuenta propia), Comité Ejecutivo del 28 y 29 de octubre de 2020.

CES, Resolución de la CES en la que se pide una Directiva de la UE sobre sistemas algorítmicos en el trabajo, Comité Ejecutivo del 6 de diciembre de 2022.

Cruz Villalón, J., "Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa", *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales, Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Albacete, Bomarzo, 2017.

De Stefano V., "Masters and servers': collective labour rights and private government in the contemporary world of work", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 36 (4), 2020, pp. 425-444.

De Stefano V., Taes, S., "Algorithmic management and collective bargaining", ETUI. https://www.etui.org › publications, 2021, (consulta 30/04/2024).

Esteve Segarra, A., "Desafíos de las relaciones colectivas de trabajo en las empresas de plataforma", *Labos*, Vol. 3, núm. 3, 2022, pp. 52-76.

Ferrando García, F., "Apuntes para la actualización del Estatuto de los Trabajadores en materia de elecciones a órganos de representación unitaria", *Briefs AEDTSS*, núm.27, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

Fundación 1º de Mayo, *La Dimensión laboral de la Economía Digital*, CCOO, 2020.

Garrido Pérez, E., "Representación y participación de los trabajadores en la empresa", El *Estatuto de los Trabajadores 40 años después XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTES, 2020.

Goñi Sein, J. L., "Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral", *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, número extra-11, 2020.

Guerrero Vizuete E., "La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores", *IUS Labor*, 1, 2019, pp. 267-285.

Hadwiger, F., *Aprovechar las oportunidades de la economía de plataformas digitales mediante la libertad sindical y la negociación colectiva*, Documento de Trabajo, Ginebra, OIT, 2023.

Haipeter, T., "Trade Unions and Digitalisation in Germany", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 301-323.

Hyman, R., "El futuro de las relaciones laborales en tiempos de pandemia", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 245-260.

Johnston, H., Land-Kazlauskas C., "Organizing on-demand: Representation,voice, and collective bargaining in the gig economy", *Conditions of Work and Employment,* Series N. 94. Geneva:ILO, 2019.

Köhler, H-D., ·Sindicalismo 'Gig' o la acción colectiva en la economía de las plataformas", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022.

Monereo Pérez, J.L., "El futuro de la representación y participación de los trabajadores ante el cambio tecnológico y lasa nuevas formas de empresa". *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI,* Ortega Lozano, P. G., Ruiz Santamaría J.L., (Coord.); Monereo Pérez, J.L.,Vila Tierno, F., Esposito, M., Perán Quesada, S., (Dir.), Granada, Comares, 2021, pp. 115-184.

Martín Artiles, A.; Pastor Martínez, A., "Nuevas formas de representación colectiva. Reacción a la digitalización", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 345-366.

Miguélez, F.; Alós, R., "Sindicalismo en la era digital", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 237-243.

Miranda Boto, J.M., Brameshuber, E., "El impacto de la digitalización en la representación de las personas trabajadoras: posibilidades y desafíos para los derechos de información y consulta y la negociación colectiva", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 478, 2024, págs. 21-59.

Rodriguez Copé, M. L., "El difícil papel del sindicato de clase en la gic-economy", *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 227-272.

Rodríguez Fernández, M.L., "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0", *Temas laborales*, 144, 2018, pp. 27-41.

Sáez Lara, C., "Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 38(2), 2022, pp. 283-300.

Sáez Lara, C., "La representación colectiva de los trabajadores en la empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 58, 2005 (Ejemplar dedicado a: XXV años del Estatuto de los Trabajadores), pp. 315-342

Todolí Signes, A., "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales "big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos", *Revista de Derecho Social*, 84, 2018, pp. 69-88.

Valle Muñoz, F. A., "La implantación de las nuevas tecnologías en las elecciones sindicales", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67, 2024.

ISSN: 2792-7970

Contenido y tutela de la libertad sindical en el siglo xxi. Cuestiones críticas en el contexto tecnológico

Content and protection of union freedom in the 21st century. Critical issues in the technological context

Salvador Perán Quesada

IR Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social"
IP Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva"
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-0131-7726

Cita Sugerida: PERÁN QUESADA, S.: «Contenido y tutela de la libertad sindical en el siglo xxi. Cuestiones críticas en el contexto tecnológico». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 169-187.

Resumen

El derecho a la acción sindical para ser fiel a la finalidad para la que fue creado no puede entenderse desligado del contexto subjetivo, económico y social en el que se desarrolla en cada momento histórico. En la actualidad cada una de sus manifestaciones: el control del poder de dirección -y la protección de los derechos individuales de los trabajadores en la empresa-, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, puede quedar limitadas en su ejercicio efectivo por las nuevas características que afectan al empleo -especialmente por el efecto del teletrabajo y el trabajo a distancia que ha producido la dispersión la descolocación- y a los importantes cambios que en el tejido empresarial se han tenido lugar con la introducción del contexto cibernético. En este sentido, se proponen dos reflexiones críticas: Por una parte, sobre las medidas necesarias que deben seguirse para que el ejercicio de la libertad sindical en la empresa cumpla el fin para el que fue creada, con especial atención en la denuncia de aquellas situaciones que, en el marco de las nuevas formas de empleo, puedan tener finalidad antisindical. Por otra parte, sobre la actualización de la dimensión colectiva de la acción sindical ante las nuevas formas de conflictividad social en el marco de las actividades profesionales, y especialmente, cuando ello se produce a través de plataformas digitales.

Palabras clave

Libertad sindical; nuevas tecnologías; trabajadores autónomos; esquirolaje tecnológico; video vigilancia con fines antisindicales

Abstract

The right to union action cannot be understood separately from the subjective, economic and social context in which it develops at each historical moment. Currently, each of its manifestations: the control of management power -and the protection of the individual rights of workers in the company-, the right to collective bargaining and the right to strike, may be limited in its exercise. effective due to the new characteristics that affect employment -especially due to the effect of teleworking and remote work that dispersion and dislocation have produced-. In this sense, two critical reflections are proposed: On the one hand, on the necessary measures that must be followed so that the exercise of freedom of association in the company fulfills the purpose for which it was created, with special attention to reporting those situations. That, within the framework of new forms of employment, may have anti-union purposes. On the other hand, on updating the collective dimension of union action in the face of new forms of social conflict within the framework of professional activities, and especially when this occurs through digital platforms.

Keywords

Freedom of association; new technologies; self-employed workers; technological scabs; video surveillance for anti-union purposes

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

1.1. Sobre la naturaleza jurídica de la libertad sindical

Hannah Arendt utilizaba la fórmula: *derecho a tener derechos*[1] para enunciar la imposibilidad del reconocimiento y efectividad de los Derechos Humanos desligados de la condición o pertenencia a la ciudadanía. Así los derechos intrínsecos de la persona individual -a la vida, a la dignidad, a la salud, a la educación…- no se agotan en sí mismos, sino que adquieren una transcendencia que los desborda[2], ya que se reconocen como derechos ligados a la convivencia a través de la relación o finalidad que se quiere garantizar[3], esencialmente, la justicia, la paz social o la consecución de la equidad en un mundo globalizado.

De este modo, el Derecho de Libertad Sindical aparece como un cuerpo múltiple y complejo de derechos positivos y negativos y garantías dirigidas a favorecer su efectividad, y que cumple, como función social superior, la labor de vehicular el conflicto capital/ trabajo, desde el reconocimiento de la autonomía y antagonismo de los intereses en juego y el legítimo derecho a la defensa de los intereses singulares de la clase trabajadora. Especialmente cuando, desde hace años de descentralización productiva y modificación de la relación individual de los sujetos del contrato de trabajo, asistimos a un reforzamiento de formas subjetivas hegemónicas que enfrentan la libertad individual con los derechos colectivos[4].

Desde la perspectiva constitucional, la libertad sindical adquiere una dimensión heterogénea con rasgos propios de libertad pública y de derecho fundamental de carácter económico y social, que refuerza su vinculación con los principios de igualdad definidos en el artículo 9.2 CE. Esta doble naturaleza integradora de libertades públicas y derechos sociales, sitúan a la libertad sindical como medio apropiado para otras libertades en el ámbito laboral, como puedan ser la libertad y el pluralismo ideológico y político o de opinión, pero, sobre todo, lo configura como escudo para el igualitarismo social, entendiendo que las desigualdades sociales no son ajenas al marco jurídico institucional en el que se dan, sino que, son fruto o expresión del mismo[5].

De este modo, se puede aplicar a la libertad sindical, la naturaleza de derecho social fundamental de carácter subjetivo público de libertad. Lo que tiene, como primer consecuencia, las tutelas y garantías reconocidas constitucionalmente a los derechos fundamentales y las libertades públicas, tanto frente a los empresarios como frente a los poderes públicos, desplegando sus efectos en las relaciones subjetivas privadas[6], pero también, su blindaje, en su contenido esencial constitucional, frente a limitaciones de naturaleza legislativa dirigidas a evitar o menoscabar su operatividad práctica.

[1] Arendt, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, 1968, págs. 296-298.

[2] Perán Quesada, S.; Quesada Segura, R. *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva. Enfoque general*, en VV. AA. Monereo Pérez, J. L.; Vila Tierno, F.; Álvarez Cortés, J. C. (Directores) *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020.

[3] Peces Barba, G. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004, pág. 284.

[4] Acemoglu, D., Johnson, S. *Poder y progreso. Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Deusto, 2023, p.268.

[5] La desigualdad social no surge de forma espontánea a partir de abstractas fuerzas del mercado, sino que son consecuencia de decisiones políticas, en este sentido ver: Singlitz, J.E. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Debolsillo, 2012, p.173; Piketty, T. *Capital e ideología*, Desuto, 2019, p.31.

[6] Monereo Pérez, J.L. *La Huelga,* en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª N. (Directores) *Comentario a la Constitución socio económica de España,* Comares, 2002, pag.1060.

Al mismo tiempo, el derecho a la libertad sindical queda configurado como un poder de acción colectiva, en el contexto de una relación contractual caracterizada por la subordinación y dependencia, lo que viene a definir su ejercicio y las barreras a su efectividad. Y, precisamente, por habitar un entorno tan cambiante, el derecho de libertad sindical es un derecho ligado al contexto subjetivo, económico y social en el que se desarrolla, y, por ello, sus especificidades jurídicas deberán quedar definidas por la realidad social de cada momento histórico. Lo que, en consecuencia determina, que en función de la misma, deberá hacer frente a aquellos retos que puedan suponer limitaciones en su ejercicio efectivo. Con ello quiere decirse que los marcos normativos dirigidos a asegurar tales derechos deben configurar un cuadro de tutelas formales y específicas, a fin de que, en cada momento histórico, estos derechos puedan ejercerse de forma real y efectiva por parte de los trabajadores.

Dos cuestiones permiten valorar críticamente la vigor del derecho de libertad sindical en este momento histórico: De una parte, la dimensión operativa del ejercicio de la libertad sindical en el contexto tecnológico, lo que nos lleva a una reflexión sobre el posible uso de las nuevas tecnologías como instrumento antisindical, o, por el contrario, como mecanismo a favor del mismo . De otra, lo que el Tribunal Constitucional ha venido a denominar como *interés antagónico sindicalizable,*[7] para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la libertad sindical, justificando la exclusión del trabajador autónomo del derecho a constituir organizaciones sindicales propias, lo que, en estos momentos, en donde la figura del trabajador autónomo se diluye en múltiples formas de prestación de servicios dependientes económicamente de un empleador, viene a establecer o limitar el alcance de los derechos de libertad colectiva/sindical.

1.2. Consideraciones generales sobre el contenido de la libertad sindical

El mandato constitucional contenido en el artículo 28.1 reconoce, como un derecho fundamental de la persona, el derecho *de todos a sindicarse libremente*, vinculando, necesariamente, el ejercicio de la libertad sindical al pluralismo social como expresión del poder de autodeterminación social y fuente material de ordenación de los conflictos colectivos[8].

Este marco constitucional *prefigura y configura*[9] el contenido esencial al derecho a la libertad sindical[10] como derecho subjetivo de los trabajadores. Y, al mismo tiempo, está declarando, junto al derecho individual de cada persona al ejercicio de la acción sindical -creación de sindicatos, libertad de afiliación, tanto en su vertiente positiva como en su vertiente negativa-; el derecho colectivo a la autonomía y a la acción sindical -representación de los trabajadores y creación o afiliación a organizaciones confederadas de segundo nivel, incluidas las internacionales-.

Corresponde, por tanto, al trabajador el derecho a fundar sindicatos, afiliarse al sindicato de su elección -con la sola condición de observar los estatutos del mismo-. o a separarse del que estuviese afiliado, no pudiendo nadie ser obligado a afiliarse a un sindicato, elegir libremente a sus representantes dentro de cada sindicato y ejercer el derecho a la actividad sindical frente a terceros. Se trata de un derecho especialmente singular, dado que, si bien es de naturaleza individual, su ejercicio requiere la existencia de un un sujeto colectivo, esto es, el sindicato, en cuanto asume la doble función de representación del interés general y de representación del interés específico[11].

[7] STC 98/1985 de 29 de julio.

[8] Monereo Pérez, J.L. *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el Siglo XXI*, Atelier, 2024.

[9] Monereo Pérez, J. L.; Ortega Lozano, P. *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019.

[10] STC 123/1992, de 28 de septiembre.

[11] Mariucci, L. *Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo,* Revista de Derecho Social, nº 92, 2020, pág. 28.

En todo caso, nos encontramos con dos ámbitos de tutela diferenciados, donde el sindicato tiene una protección privilegiada frente al ejercicio individual de la libertad sindical[12].

En su vertiente colectiva, la libertad sindical comprende igualmente facultades reconocidas a las propias organizaciones sindicales como son las de redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción, constituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas y, finalmente, a no ser suspendidas ni disueltas sino mediante resolución firme de la Autoridad Judicial fundada en incumplimiento grave de las Leyes.

A todo ello, debe tenerse en cuenta que, entre las facultades propias del sindicato y como expresión del contenido esencial del derecho de libertad sindical, cobra especial importancia la capacidad de acción sindical en la empresa -como frente a la administración pública cuando ésta actúa como empresario-. En cuanto a su contenido, y como bien se sabe, la acción sindical supone el derecho a la convocatoria de huelgas, la facultad de negociar pactos tanto de eficacia general como limitada[13], así como la posibilidad de plantear conflictos colectivos ante la jurisdicción social[14], la presentación de candidaturas para la elección de representantes de los trabajadores y funcionarios y empleados de la Administración Pública, así como, finalmente, el derecho a participar institucionalmente[15] como se deriva del artículo 7 CE.

Enumeración de derechos que no tiene carácter de *númerus clausus* sino que, se completa, con los establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y el resultado enriquecedor de una activa jurisprudencia constitucional dirigida a definir el contenido esencial de este Derecho fundamental. Esta amplia lista de derechos se puede dividir en dos grandes categorías: Aquellos dirigidos a crear un marco de carácter organizativo y, aquellos otros que tienen por finalidad el establecimiento de un sistema de garantías dirigidas a permitir la acción efectiva de los derechos otorgados constitucionalmente [16], tanto en su vertiente individual como colectiva.

El sistema de garantías que consagra nuestra Constitución, para la protección de los derechos que reconoce[17], persigue el doble equilibrio de compaginar los intereses y salvaguardar los bienes jurídicos legítimos confrontados. De este modo, del artículo 53 CE se derivan tanto tutelas de naturaleza jurisdiccionales, que sitúan este derecho en el vértice de la protección de amparo otorgada por el Tribunal Constitucional; como no jurisdiccionales, vinculando a los poderes públicos a su protección y respeto, al considerarlos instrumentos necesarios para alcanzar la igualdad real y efectiva entre los individuos y grupos sociales que componen nuestra sociedad (artículo 9.2 CE), lo que configura su cuadro protector de eficacia directa e inmediata.

Junto a ello, garantías de naturaleza democrática, impiden que el sujeto colectivo obligue al trabajador individualmente considerado, reforzándose, para ello, el derecho de libertad individual. Ejemplo de esto el contenido en la importante STC 11/ 1981, de 8 de abril, que declaró el derecho de huelga como derecho individual de los trabajadores aunque su ejercicio sea colectivo, al requerir

[12] García Viña, J. *El concepto de libertad sindical individual en España*, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 4, 2022, pag. 77.
[13] STC 4/1983, de 28 de enero.
[14] STC 70/1982, de 29 de noviembre; STC 145/1999 de 22 de julio.
[15] STC 39/1986, de 31 de marzo.
[16] STC 164/1993 de18 de mayo, STC 1/1994 17 de enero.
[17] Monereo Pérez, J.L. *La Huelga,* en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª N. (Directores) *Comentario a la Constitución socio económica de España,* Comares, 2002, pag.1057.

el concierto o acuerdo entre ellos[18]. E, igualmente, la necesaria correa de transmisión entre ambos sujetos - individual y colectivo - se fundamenta en elementos de carácter democrático. Por una parte los trabajadores, singularmente considerados, tienen derecho a crear sindicatos y a participar en su funcionamiento interno, así como a votar a sus representantes. Por su parte, el sindicato ejerce la acción sindical en la empresa, lo que, entre los derechos de representación están el de la convocatoria de huelgas, la facultad de negociar pactos tanto de eficacia general como limitada[19], así como la facultad de plantear conflictos colectivos ante la jurisdicción social[20], la presentación de candidaturas para la elección de representantes de los trabajadores, y, la reservada a los que alcanzan el grado de mas representativos, a la participación institucional[21] como reflejo del artículo 7 CE.

2. PROBLEMATIZANDO EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL CONTEXTO TECNOLÓGICO

2.1. Derechos sindicales digitales

Las nuevas tecnologías han tenido un impacto decisivo, y en muchos casos disruptivo, sobre el modo en que se prestan las relaciones laborales y el modo en que se desarrollan los sistemas productivos, y, por lo tanto, sobre cómo debe garantizarse y desarrollarse la libertad sindical en dicho contexto.

Desde una perspectiva positiva es innegable que las nuevas formas de comunicación implantadas con carácter universal, pueden contribuir de forma muy efectiva en facilitar la acción sindical, permitiendo la rápida y generalizada difusión de información a los trabajadores. Pero también que, desde una perspectiva negativa, pueden contribuir a un uso antisindical de los derechos de los trabajadores, como puede ocurrir en los supuestos de esquirolaje tecnológico y videovigilancia durante el ejercicio del derecho de huelga.

En cuanto al efecto positivo de la tecnología digital en los derechos sindicales, conviene recordar la evolución histórica que se ha producido en el derecho a recibir información de los trabajadores afiliados a un sindicato así como de los trabajadores en general en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, como el de los sujetos de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Pública como se establece en el artículo 1.2 LOLS.

En su momento, el medio que se garantizaba para la transmisión de información era el usual en el tiempo histórico en el que se aprueba la LOLS: “para lo cual será preceptivo la existencia de un tablón de anuncios, colocado en sitio visible, pudiéndose modular este derecho por la vía de la negociación colectiva”.

Este marco normativo, hoy claramente obsoleto, ha sido objeto de una decidida acción jurisprudencial, dirigida tanto a la protección del derecho de los trabajadores individuales a recibir y conocer la información sindical, como del derecho de los sindicatos a transmitir la misma través de sus formas organizativas en las empresas o centros de trabajo. Respecto a los medios materiales que el empresario deberá poner a disposición de las secciones sindicales, la referencia al tablón de anuncios, ya fue objeto de una importante modificación por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, en donde se estableció la obligación de un tablón virtual con esta finalidad, así

[18] La importante STC 11/1981, en donde se adecúa al contenido constitucional del Derecho de Huelga, el RDL 17/77 regulador de la misma en periodo preconstitucional.

[19] STC 4/1983, de 28 de enero.

[20] STC 70/1982, de 29 de noviembre; STC 145/1999 de 22 de julio.

[21] STC 39/1986, de 31 de marzo.

como las obligaciones correspondientes de la empresa para el aseguramiento de este derecho, bien garantizando que no existiesen obstáculos para la comunicación entre los trabajadores a distancia y sus representantes legales, bien mediante el suministro, a la representación de los trabajadores, de los elementos necesarios para el desarrollo de su actividad representativa, haciendo singular referencia al acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido configurando el derecho del uso del correo electrónico institucional de la empresa, como un auténtico *ciberderecho sindical*[22], de la que son claras manifestaciones las SSTC 281/ 2005 de 7 de noviembre y 71/2023, de 25 de enero, en referencia a su alcance, así como a la forma en que deben utilizarse en el contexto productivo para la que fueron creados[23] .

Ello supone que, si bien se reconoce y garantiza el uso de los medidos virtuales existentes en la empresa para fines de acción sindical, se hace bajo determinadas premisas de carácter delimitador. Así, en este doble juego de garantías contrapuestas, se garantiza, por una parte, el deber empresarial de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, mientras que, por otra, se permite que la empresa pueda condicionar su uso en base a la existencia de condiciones. Tales como: que medios existan previamente, que su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa, o, que se respeten los límites y reglas de uso.

De esta forma, la doctrina jurisprudencial ha ido condicionando, el uso de los medios tecnológicos y digitales de los que dispone la empresa, a una serie de circunstancias, sin que ello se haya considerado una vulneración del derecho de información sindical.

Paradigmática, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/2023, en cuanto lista las posibles situaciones que pueden darse y fija los limites del deber empresarial: Así, la empresa no está obligada a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical de forma específica o exclusiva - *no existe una obligación genérica de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador si este sistema no existe en la empresa* -. Ni el empresario está obligado *a proporcionar a los sindicatos medios materiales adicionales para llevar a cabo su función informativa, si ninguna ley, convenio colectivo, o acuerdo entre las partes así lo estableciese*. Pero, si dichos medios existen, *no se puede justificar la negativa de la empresa a su uso por el simple y mero hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo.* Si bien se añade*: salvo que éste haya sido desproporcionadamente gravoso o distorsionador para la mercantil*. De esta forma, el Constitucional supedita el uso del correo electrónico al posible sobrecoste que ello pueda suponer o a la presumible perturbación de la actividad productiva. En todo caso, *recae sobre la empresa la necesidad de probar las dificultades, disfunciones, interferencias y costes económicos que pueda suponerle el permitir a las secciones sindicales utilizar el correo electrónico como mecanismo de comunicación e información con el personal a su servicio*.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en Sentencia 545/2023, de 12 de septiembre, no consideró lesiva del derecho de información sindical, la sustitución de los medios de comunicación digitales -el correo electrónico- por una nueva aplicación de los teléfonos móviles y tabletas, a pesar de que esta

[22] Lousada Arochena, J.F, *La Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, o la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, año II, nº 2, 2006.; Lousada Arochena, J.F. *Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia*, Revista de Jurisprudencia Laboral,n º 3, 2023.

[23] Campal Martínez, A.M. *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 27, 2011.

aplicación no llegaba al cien por cien de los trabajadores, justificando la empresa tal medida : *a fin de evitar correos masivos que entorpecían la red y creaban correos no deseados* .

Todo lo cual no significa que la posible utilización o no de los medios digitales existentes o inexistentes en la empresa, impidan por si mismos el derecho de información sindical. Subsisten los procedimientos habituales o cualquier otro previsto en la empresa o acordado con los representantes de los trabajadores, con la previsión tradicional de *que la difusión de información se desarrolle de acuerdo con las reglas establecidas, es decir, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa*[24].

No obstante lo anterior, no puede negarse que la doctrina del Tribunal Constitucional ha contribuido de forma importante en el aseguramiento de la utilización de los medios digitales y tecnológicos de los que dispone la empresa como vía de difusión de la información sindical, al integrar, en el núcleo mínimo e indisponible del contenido esencial del derecho a la libertad sindical -*sin el cual el derecho a la libertad sindical no sería reconocible*-, el derecho al uso de los medios tecnológicos de los que dispone la empresa, por parte de los sindicatos y representantes de los trabajadores.

Reconocimiento que contiene una doble consecuencia práctica: Por una parte, en cuanto se afirma *el derecho de las organizaciones sindicales a la transmisión de noticias de interés sindical así como el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores*. Por otra, en cuanto se considera *el deber empresarial de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical*[25].

2.2. Cuestiones críticas que afectan al ejercicio del derecho a huelga y suponen un elemento limitador de la libertad sindical, en el contexto tecnológico

2.2.1. Videovigilancia y ejercicio del derecho a huelga

El Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada la *íntima conexión*[26] existente entre los derechos de libertad sindical y de huelga, al formar parte, el derecho de huelga, del derecho más amplio a la libertad sindical.

La efectividad del ejercicio del derecho de huelga se fundamenta en un cuadro de garantías y derechos subsidiarios vinculados a la misma. Una primera acción legislativa de carácter preconstitucional, junto a una interpretación jurisprudencial en clave constitucional[27] , fueron las primeras manifestaciones que establecieron el cuadro de garantías. El derecho de huelga incluye, en su contenido esencial, *el derecho de difusión e información sobre la misma*[28], como expresión del *requerimiento pacífico a seguir la huelga*, establecido en el artículo 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977. Lo que no es, en definitiva, sino una manifestación mas del derecho constitucional contenido en el artículo 28.2 CE, junto al de su convocatoria, adhesión voluntaria y ejercicio, desplegándose necesariamente las garantías para su efectividad.

[24] STC 94/1995 de 19 junio.
[25] STC 281/2005, de 7 de noviembre.
[26] STC 37/1998, de 17 de febrero.
[27] Si bien no fuese atendido en la STC 11/1981, de 8 de abril, Baylos Grau, A. *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, en Ramón Alarcón, M. (Coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992.
[28] STC 332/1994 de 23 de enero, STC 333/1994 de 19 de diciembre, STC 40/1995, de 13 de febrero.

En este contexto, una de las cuestiones que, significativamente, mas se han ido modificando desde el reconocimiento constitucional del Derecho de Huelga, ha sido, el de la forma de publicitar la misma, cuestión trascendente en cuanto que de ello depende el éxito de su seguimiento.

Pero es que, además, el derecho a la información y al proselitismo sindical esta de suyo incluido dentro del mas amplio *Derecho Fundamental de Libertad*[29] y ello tanto desde su dimensión positiva, en cuanto garantiza la posibilidad de que los trabajadores huelguistas puedan *recabar libremente la solidaridad de terceros*[30]*,* así como *participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin*[31]*,* por lo que no se consideran admisibles la *aplicación por la autoridad pública de medidas restrictivas de derechos fundamentales desproporcionadas al fin perseguido* -STC 52/1995 de 31 de marzo-[32].

Como desde su dimensión negativa - ya que el Derecho de Libertad supone, igualmente, *respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga*[33]*, por lo que* no son tolerables *coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase*[34]-. En este sentido, resulta de interés la sentencia de Tribunal Constitucional[35], donde considera que, la filmación realizada por la policía autonómica vasca - Ertzaintza - de la acción de un piquete informativo, supuso una vulneración del Derecho de Huelga y de Libertad Sindical. Entiende la sentencia que la acción de la policía *incidió en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de huelga, configurándose como un obstáculo, objetivamente constatable*. El elemento relevante en este caso, se explicita, viene determinado por la actuación policial que imposibilitó la plena efectividad del derecho de huelga, aun sin impedir por completo la actividad del piquete.

Conviene recordar, a estos efectos, que el Tribunal Constitucional ha venido extendiendo su doctrina sobre los límites del derecho fundamental de reunión y manifestación [36] a la delimitación del derecho a la publicidad *pacífica* de la huelga[37]. Lo que quiere decir que, también en este caso, se va a exigir un doble juicio jurídico.

Por una parte, se deberá determinar si la acción impeditiva ha producido inaceptables extralimitaciones en la difusión y publicidad de la huelga, en especial, cuando se presume una posible colisión con otros derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad a continuar trabajando, al derecho a la dignidad, o al derecho a la integridad física y moral.

Por otra, se deberá analizar la naturaleza de la actuación de los poderes públicos dirigida a restringir el libre ejercicio del derecho de huelga, en el sentido de sí, la acción emprendida responde a un interés o a un bien constitucionalmente protegido y es proporcionada y razonable, o, por el contrario, sí la misma constituye un atentado al ejercicio del derecho material de la libertad sindical

[29] Monereo Pérez, J.L. *La Huelga,* en VV. AA. Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Comares, 2002, pág. 1058.

[30] STC 123/1983 de 12 de marzo.

[31] STC 254/1988, de 21 de diciembre.

[32] En este contexto, conviene reflexionar aún brevemente sobre la conflictiva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y sí, con la misma, se ha producido una grave injerencia legislativa dirigida a impedir el ejercicio efectivo de los derechos ligados a la libertad de reunión y manifestación y, por ende, a la libertad sindical. Derogada parcialmente y en especial en lo referente al ejercicio de los piquetes informativos, vía Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal.

[33] ATC 158/1994 de 9 de mayo.

[34] STC 332/1994 de 23 de enero, STC 137/1997 de 6 de agosto.

[35] STC 37/1998, de 17 de febrero.

[36] STC 2/1982 de 29 de enero.

[37] STC 332/1994 de 23 de enero, STC 137/1997 de 6 de agosto

y de huelga. Es decir, deberá aplicarse, en la valoración de la medida adoptada, el principio de proporcionalidad bajo los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación[38].

En este caso, el Tribunal Constitucional, tras considerar, en principio, que las resoluciones judiciales no pueden limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las actuaciones impugnadas[39], sin ponderar al mismo tiempo los bienes constitucionalmente en juego, declara en la STC 37/1998, que no es aceptable la presunción de que la información y la actuación de los piquetes informativos se vaya a ejercer de forma antijurídica, por lo que no son admisibles aquellas medidas restrictivas de carácter *preventivo*, que impliquen una limitación al pleno ejercicio efectivo del derecho a hacer publicidad de la huelga - establecido en el artículo 6.6 del Real Decreto-Ley 17/1977- y, en definitiva, al mismo Derecho de Huelga reconocido constitucionalmente.

Entiende el Constitucional que determinar si la acción enjuiciada, - en este supuesto, la grabación por la Ertzaintza del piquete informativo -, consiguió el objetivo perseguido, que, desde el juicio de idoneidad puede considerarse una medida idónea para la prevención de desordenes y en el contexto del ejercicio de la huelga, pero qué, por el contrario, en este supuesto, los principios de necesidad y ponderación no resultan superados, dado que el perjuicio sobre el ejercicio del derecho fundamental era mayor que el que se trataba de evitar.

Por ello concluye el constitucional, que la grabación del piquete informativo constituía una intromisión prospectiva y genérica en el ejercicio del derecho de huelga, dado su carácter restrictivo y coactivo, sin que la mera posibilidad de defensa del orden público pudiese justificar dicha intromisión. En definitiva que, en base al bien protegido, se deberían haber adoptado medidas menos gravosas.

Cuestión compleja y diferente se produce cuando el piquete informativo es grabado por la propia empresa. Aquí también es aplicable el principio de proporcionalidad en la valoración de las actuaciones empresariales adoptadas dentro del ejercicio de su poder disciplinario, para determinar si, con ellas, se ha producido vulneración del Derecho Fundamental de Huelga. Lo cual no siempre es fácil de determinar[40], en especial cuando nos hallamos ante formas ilegítimas de huelga. dado que, el Tribunal Constitucional, desde momentos tempranos, consideró que las conductas derivadas de los trabajadores en dichos contextos no están protegidas por el derecho de huelga y, como consecuencia, no cabe el juicio de ponderación de la medida aplicada por no vulnerar dicho derecho[41].

En cuanto a las grabaciones que realiza la empresa de los piquetes informativos, -en el supuesto de la huelga legal- existe una amplia jurisprudencia que entiende que no vulneran el derecho de huelga, siempre que no exista un ánimo disuasorio en su ejercicio[42].

Lo que no deja de ser discutible, pues, en principio, el mero filmar o fotografiar a los piquetes ya puede considerarse en si mismo como una acción coactiva del derecho de huelga. No obstante, la justificación dada por el Constitucional en este supuesto se basa en un principio equilibrador, al

[38] STC 37/1998, de 17 de febrero :"Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

[39] STC 94/1995 de 19 de junio, STC 188/1995 de 18 de diciembre.

[40] Carrizosa Prieto, E. *El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga,* Temas Laborales nº 77. 2004*,* pag. 111 y sg.

[41] STC 41/1984, de 21 de marzo.

[42] STSJ 819/2000 de Murcia de 4 de septiembre, STSJ 4260/1999 de Galicia de 14 de diciembre; STSJ 6857/2006 de Cataluña de 9 de febrero; STSJ 3432/2016 de Cataluña de 4 de octubre.

entender que deben ponderarse los derechos contrapuestos: por una parte, la legitima protección del patrimonio empresarial como, también, la integridad física y moral del conjunto de los trabajadores - en especial de aquellos que no secundan la huelga -, y, por otra, la existencia de las garantías necesarias para evitar una intromisión coactiva del ejercicio de este derecho.

Por su parte, la doctrina laboralista se muestra partidaria de admitir el uso legitimo de estos dispositivos por parte de la empresa, al entender que el carácter antisindical de su uso queda debilitado en aquellos supuestos donde la instalación y el funcionamiento de medios tecnológicos era previo y conocido por los trabajadores y sus representantes; mientras que, por el contrario, considera que se presumen coactivos cuando su colocación se produzca tras el preaviso de la huelga o cuando se sitúen en el exterior del centro de trabajo grabando vía pública[43].

2.2.2. Reflexiones sobre el esquirolaje tecnológico

Es notorio que, desde hace ya años, el uso de toda clase de tecnología ha incidido en el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores, poniendo de relieve lo obsoleto de muchas de sus normas reguladoras. En este sentido, es paradigmática la previsión normativa sobre el esquirolaje en nuestro país, al circunscribirla a la prohibición de sustitución de trabajadores huelguistas por aquellos que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma (articulo 6.5 RD-Ley 17/1977).

Norma que la jurisprudencia constitucional ha ido corregido por la vía de prohibir aquellas formas que aminoren la *virtualidad de la huelga como medio de presión, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad de* ésta[44]. Esta visión progresista se manifiesta especialmente en la ampliación de los supuestos prohibidos de sustitución de trabajadores huelguistas, incluyendo la vía de la movilidad funcional de trabajadores de la misma empresa[45]; o, la mas amplia de sustitución por trabajadores de la empresa subcontratista[46].

Sin embargo el problema hoy -y desde hace ya tiempo- es otro. Y como se sabe, ha sido ya conocido en nuestra doctrina laboralista con el nombre de esquirolaje tecnológico[47]. Una variante doctrina al respecto de nuestro Tribunal Supremo[48] , y la forma en que Tribunal Constitucional lo afronta en la Sentencia 17/2017, sugieren la necesidad de actualizar normativamente el derecho de huelga, adecuándolo a los nuevos contextos de producción[49].

---

[43] Valle Muñoz, F.A. *La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga*, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº. 52, 2020; Rivero Lamas, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 98, 1999.

[44] STC 123/1992 de 28 de septiembre.

[45] STC 33/2011 de 28 de marzo: Sobre sustitución de trabajadores de otro centro de trabajo de la misma empresa, en este caso del diario ABC, a fin de editar el periódico el día de la convocatoria de una huelga general.

[46] STC 75/2010 de 18 de noviembre y Sanguineti Raymond, W. *La tutela sustancial del derecho a huelga en las estructuras empresariales complejas,* Revista de Derecho Social, nº 74, 2016.

[47] Para una delimitación jurídica de este concepto ver: Cruz Villalón, J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas,* Relaciones Laborales nº 23. 2012; Escribano Gutiérrez, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico,* Temas Laborales nº 139, 2017; Pérez Rey, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el futbol),* Revista de Derecho Social, 2012.

[48] Desde la STS de 11 de junio a la STS de 5 de diciembre, ambas de 2012.

[49] Perán Quesada, S. *Cuestiones críticas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la economía digitalizada,* en Monereo Pérez, J.L.; Vila Tierno, F.; Esposito, M.; Perán Quesada, S. *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*, Comares, 2021.

Frente a la reiterada jurisprudencia constitucional, reconociendo que no existe obligación de colaboración empresarial en el desarrollo de la huelga, la desigual consideración de los derechos contrastados hace necesario ponderar el derecho fundamental de huelga, sobre aquellos otros incluidos en el derecho de libertad de empresa, que puedan derivarse del artículo 38 CE. Reconocidos como ilícitos el cierre patronal y la sustitución de trabajadores, como estrategias con las que la empresa ha reaccionado tradicionalmente a la huelga de los trabajadores, sin embargo, la posibilidad de utilizar dispositivos tecnológicos automatizados capaces de mantener la actividad productiva, aunque sea de un modo básico, durante el ejercicio de la huelga, no se ha considerado lesivo del derecho de huelga por nuestro Tribunal Constitucional. Ni siquiera cuando se produce en determinados sectores de la producción muy tecnificados, y, con ello, se logre que la huelga sea fácticamente inviable.

En este caso, la STC 17/2017 de 2 de febrero reconoce que el empleo de medios técnicos de uso no habitual en la empresa, así como la adjudicación de tareas propias de trabajadores huelguistas a aquellos otros trabajadores que decidieron no secundar la huelga, no constituían vulneración del derecho fundamental. Cuando hubiera sido suficiente aplicar la doctrina constitucional sobre esquirolaje interno para resolver el problema en una dirección favorable al derecho de huelga[50].

La sustitución de trabajadores huelguistas por máquinas, - máxime cuando se emplean medios no habituales, como en el supuesto que se contempla, dado que estos han sido abandonados por aquellos operarios que los manejaban bajo el ejercicio legítimo del derecho de huelga -, constituye, sin duda, un elemento configurador de un nuevo concepto de esquirolaje, De este modo, la alianza de las tecnologías con las prácticas antisindicales, puede llegar a desnaturalizar el contenido esencial del derecho a huelga hasta hacerlo impracticable. La justificación que ofrece, en este supuesto, el Tribunal Constitucional, se basa en el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no prescribe que las empresas deban abstenerse del uso de aquellos medios tecnológicos de los que ya dispongan, y que, por tanto, el ejercicio del derecho a huelga no impone una limitación al uso de las tecnologías en la empresa, ya que, no puede aplicarse por analogía aquellas limitaciones que la norma establece para el empleo de los recursos humanos en tareas diferentes a las ordinarias.

Sin embargo, con esta declaración, olvida el Constitucional su propia doctrina por la que considera que no cabe interpretar a sensu contrario la prohibición legal de las formas de atentar contra el derecho de huelga, para entender, que, la que no esté prohíbe expresamente por la Ley, queda permitida o avalada por ella[51]. De esta forma se ha desperdiciado una magnifica ocasión para incorporar una interpretación omnicomprensiva del concepto de esquirolaje, que fortalezca el ejercicio del derecho la huelga en la empresa, cuando, por lo demás, la inteligencia artificial es una realidad incuestionable como lo es su avance continuo. A la vez que, con la misma, se avala una línea de interpretación constitucional, contraria a la que siempre se ha seguido, proclive a la defensa de la tutela de los derechos fundamentales.

3. CUESTIONES CRÍTICAS DE LA DELIMITACIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL

3.1. Sindicalismo de trabajadores impropios

La acción sindical es la clara expresión del antagonismo de intereses en juego en el mundo del trabajo asalariado, en consecuencia, la LOLS, aunque admitió en su ámbito a los trabajadores por cuenta propia, estableció el importante requisito de *no tener trabajadores a su servicio*, y la significativa limitación respecto a *la prohibición de fundar sindicatos propios.* Y es que, desde el

[50] Pérez Rey, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el futbol),* Revista de Derecho Social, 2012, pág. 159.

[51] STC 123/1992, de 28 de septiembre.

punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal se ha configurado el derecho sindical en torno a la figura, en muchos casos petrificada, del trabajador asalariado -al que debe añadirse el personal funcionarial con sus singularidades propias- , lo que ha situado en un cierto limbo a los trabajadores autónomos al limitarles la protección que brindan los derechos constitucionales de Libertad Sindical y Huelga.

En conexión con lo establecido en la LOLS, el Estatuto del Trabajo Autónomo[52], en su artículo 19 reconoce los derechos de estos trabajadores, tanto a nivel individual: derecho a afiliarse al Sindicato de su elección -siempre que no tengan trabajadores a su servicio-; como colectivos: derecho a fundar y a afiliarse a Asociaciones profesionales propias sin autorización administrativa previa; y derecho a ejercer la actividad colectiva en defensa de sus intereses profesionales mediante Acuerdos de Interés Profesional con las empresas para las que trabajan, es decir mediante acuerdos de carácter civil.

La diferenciación de tratamiento en los medios y en los sistemas de protección de la acción colectiva entre unos y otros trabajadores merecen una reflexión.

Si bien en un principio, la figura del trabajador autónomo era marginal y claramente localizada en actividades muy concretas -y generalmente de alta cualificación o especialidad-, hace ya mucho tiempo que dejó de serlo, especialmente cuando la descentralización productiva y las nuevas formas de trabajo, consecuencia de la tecnología y del establecimiento cada vez mas generalizado de las plataformas digitales, borraron los limites entre el trabajador fijo y el autónomo dependiente, al crear formas atípicas de trabajo -donde existe un alto grado de subordinación a las ordenes del empleador y especial dependencia económica- muy similares a los trabajadores por cuenta ajena, por mucho que, formal o jurídicamente, exista una relación de autonomía, y por mucho, incluso, que éstos puedan tener algún trabajador a su cargo.

Así se pueden enumerar una serie de supuestos: trabajadores autónomos que trabajan para una gran empresa a través de una colaboración estable y, en muchos casos en un auténtico régimen de monopolio, o los que trabajan a distancia fuera de las instalaciones de la empresa o en empresas desestructuradas, o en el caso paradigmático de los repartidores a domicilio, de los conductores de coches de alquiler, de los guías turísticos…

Supuestos, todos, que quedan excluidos de la posibilidad de crear sus propias organizaciones sindicales, debiendo en todo caso, vehicular sus reivindicaciones autónomamente por la vía de asociaciones de carácter civil. Debe recordarse, sin embargo que el artículo 28.1 CE establece la formulación más amplia posible, “Todos tienen derecho a sindicarse libremente” lo que hace pensar que el constituyente consideró que todas las formas de autotutela colectiva se vehicularían de forma idónea a través de la acción de las organizaciones sindicales.

Esta idea queda reforzada constitucionalmente por la conexión entre el contenido del artículo 28.1 CE y el artículo 7 CE, donde el derecho a la libre sindicación, como derecho fundamental, queda ligado a la función institucional que se asigna a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales, en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios; bajo la premisa de su funcionamiento democrático interno y el libre ejercicio dentro del marco Constitucional.

[52] Ley 20/2007, de 11 de julio

Por tanto, la Libertad Sindical que nuestra Constitución consagra es la expresión última de la defensa de un *interés en tanto clase social subordinada del conjunto de los trabajadores*[53]. Por ello, aquellas figuras situadas en los bordes de la *laboralidad* configurada legalmente, cuando desarrollan su actividad profesional de forma estable y permanente para una misma entidad mercantil de la cual dependen económicamente, deberían quedar comprendidos en el ámbito subjetivo previsto en la LOLS y, por tanto, acreedores de todos los derechos que en la misma se establecen. El contenido amplio de la fórmula característica del artículo 28.1 CE no solo no se opone, sino que constituye un fundamento para dicha incorporación.

Principalmente en base a dos argumentos. Por una parte, el ya mencionado, de la relevancia que el fenómeno del trabajo autónomo está adquiriendo desde hace ya años y del que, incluso puede presumirse, su generalización en el futuro, consecuencia en especial del impulso de las plataformas digitales en el ejercicio de las actividades profesionales[54], lo que sin duda implica cambios en la propia naturaleza de la prestación de servicios profesionales, y, en consecuencia, la necesidad de establecer un nuevo cuadro de derechos laborales[55] y sindicales capaz de garantizar el equilibrio y el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo en las relaciones asimétricas de prestaciones de servicios fundadas en la dependencia económica y la subordinación al poder empresarial.

Y por otra, que la Libertad Sindical se define, fundamentalmente, por sus garantías y contenidos[56], lo que significa que su operatividad debe ser reflejo de un cuadro de instrumentos dirigidos a posibilitarlos. Ante nuevas situaciones en el mercado de trabajo, con sujetos trabajadores que pueden quedar orillados de tales garantías y contenidos, se exige reflexionar sobre cuales sean las medidas que, en base al derecho de Libertad Sindical, se deban implantar para asegurar el ejercicio de las mismas. En especial, debe reivindicarse el derecho a crear sindicatos propios, a fin de poder declarar y gestionar los derechos colectivos de huelga, negociación colectiva, representación ante la empresa y conflicto colectivo.

Con ese espíritu, el Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización de 22 de junio de 2020, negociado en el marco de la interlocución social comunitaria, estableció, como principal objetivo, hacer que la tecnología en términos generales y la inteligencia artificial en particular, estuvieran al servicio del trabajo decente *-para todos los trabajadores del ámbito que fuesen y se etiquetaran legalmente como se etiquetasen, siempre que existiera algún grado de subordinación y dependencia económica a fin de no volver a formas de esclavitud más propias del siglo XIX-.*

3.2. Una cuestión problemática: el derecho de libertad sindical de las personas que trabajan en negocios relacionados con el sexo

Conviene recordar en esta cuestión que, cuando el Tribunal Constitucional consideró la exclusión de los trabajadores autónomos de la titularidad del *derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales*, llegó a la conclusión de que, dicha limitación *sólo sería coherente con la libertad sindical si los trabajadores autónomos no fueran*

[53] De la Villa Gil, L.E.; García Becenas, G.; García-Perrote Escartín, I. *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Ceura, 1983, pág. 211.

[54] Todolí Signes, A. *El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, Iuslabor, nº 3, 2015.

[55] Cabeza Pereiro, J. *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía,* Revista de Derecho Social, nº 86, Bomarzo, abril-junio 2019; Serrano Garcia, J. Mª ; Borelli, S. *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, Revista de Derecho Social nº 80, 2017.

[56] Ackerman, M.E. *Libertad Sindical, en VV.AA*. Ackerman, M.E.(Director) *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, tomo I.

trabajadores a estos efectos[57]. Es decir, determinar el carácter de trabajador por cuenta ajena o de trabajador autónomo, implica un juicio de laboralidad previo.

Ejercicio similar propone la STS 584/2021, de 1 de junio al dilucidar la legitimidad de la inscripción del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales[58], que engloba toda serie de actividades laborales relacionadas con el sexo, para resolver su licitud, incluyendo el derecho a pertenecer al mismo de las personas que ejerciten la prostitución por cuenta propia, pero excluyendo, expresamente, a quienes se dediquen a la prostitución por cuenta ajena, al distinguir la prestación personal de los servicios sobre lo que es *formalmente aceptable*[59].

Se justifica la resolución judicial en el concepto de Libertad Sindical en su vertiente positiva, y dado el carácter garantista del artículo 2 del Convenio 87 OIT sobre Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación. De este modo, la garantía de la libertad sindical hace recomendable la presunción de legalidad de la actividad laboral, sin que deba determinarse *a priori* si su ámbito funcional queda en el marco de la legalidad, o si, más bien, algunas de las actividades desarrolladas por las personas afiliadas a este sindicato pudieran, o no, ser lícitas en el marco de un contrato laboral[60].

No obstante, permitir un Sindicato de trabajadoras sexuales, supone afrontar una realidad social no siempre fácil de aceptar. Aunque se excluya de este Sindicato la prostitución por cuenta ajena, claramente contraria a los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra -al honor, a la dignidad, a la integridad física y moral-; Y contraria a los derechos de los trabajadores contenidos en el Estatuto de los Trabajadores -a la integridad física y al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo-. Como contraria, finalmente, a la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, en cuanto establece el deber de los poderes públicos de interpretar y aplicar las normas desde la perspectiva de género.[61]

Como, igualmente, resulta contraria al Derecho de la Unión Europea, pues, como recuerda la importante Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014[62]: *no solo debe combatirse la prostitución forzada* sino la simple *prostitución*, y *la explotación sexual* ya que todas "*son cuestiones con un gran componente de género y constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género, y, por tanto, son contrarias a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*".

Al mismo tiempo, no puede ignorarse el grave problema de vulnerabilidad, desprotección y abuso que afecta a este conjunto de población considerado el más numeroso dentro de la economía

[57] STC 98/1985 de 29 de julio.

[58] Conocido por sus siglas OTRAS .

[59] García Murcia, J. *Libertad sindical y "trabajo sexual",* Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, nº 6, 2021, pág. 9.

[60] En su momento, una sentencia 10 50 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de 18 de febrero de 2015, a instancias de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) - por tanto, dentro de la campaña de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el afloramiento del trabajo sumergido - reconoció, por primera vez en el ámbito de la jurisdicción social, que la prostitución por cuenta ajena - actividad desempeñada por las trabajadoras de un centro de masajes en donde se ofrecían explícitamente servicios sexuales a través de una pág. web - era objeto de una relación de trabajo al reunir los requisitos caracterizadores de la misma: "*una prestación voluntaria de servicios sexuales a los clientes de la empresaria demandada, en su local, por cuenta y bajo la dependencia y organización de la misma, a cambio de una retribución previamente convenida*".

[61] Quesada Segura, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Directores) Comares, págs. 190-191.

[62] Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre Explotación Sexual y Prostitución y su impacto en la Igualdad de Género.

informal[63]. Estar en contra de la prostitución por considerar que esta actividad es la peor y más grave manifestación que atenta a la igualdad de género, no es contradictorio con entender que debe buscarse una solución urgente a esta cuestión. Por tanto, el problema, ahora, sería el de dar cobertura legal a este tipo de actividad. En nuestro Derecho Penal la prostitución por cuenta propia no se considera delito, al considerarse implícita en el derecho de libertad sexual y, en los mas amplios, de libertad individual y derecho a la intimidad personal, consagrados en el art. 18 CE, siguiendo con ello la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencias de 22 de octubre de 1981; de 25 de marzo de 1992 o, de 22 de febrero de 1994.

En consecuencia, es posible pactar servicios sexuales a cambio de una remuneración. Lo que es delito es la figura del proxeneta. Los articulos 187 y 188 del Código Penal definen las diferentes manifestciones de este delito y las penas consecuentes en función de su gravedad.

Sin embargo, es evidente que en la practica de la realidad social se elude la calificación de prostitución y proxeneta y se modifica mediante la simulación de una figura alternativa que sí admite su regulación como relación laboral -como, a modo de ejemplo, trabajar de camarera o artista en bares de alterne o de masajista en locales destinados a tal fin-. Como tambien es evidente que, abandonar esta prestación de servicios irregular en el marco de una economía sumergida, solo dá lugar al abuso más absoluto y a una total desprotección.

Pero la solución es dificil y compleja. En princpio, afectaría a un amplio conjunto de instituciones: Políciales y de orden público -para combatir la explotación sexual y la trata de personas-; De protección social y laboral -a fin de favorecer la inserción en el mercado de trabajo de las mujeres en riesgo de vulnerabilidad o su sostenibilidad social-; De política migratoria laboral, que promuevan el trabajo decente y los derechos de los trabajadores migrantes; De politica educacional, a fin de procurar la sensibilidad, desde los primeros años de formación, en materia de género…

La situación de este colectivo tan numeroso es grave y, especialmente agravado por su opacidad. Y si, la prohibición de tales actividades, degradantes para quien las realiza y vulneradoras de la igualdad de género, parece imposible de erradicar, la solución debe girar en torno a la creación y puesta en practica de un conjunto de reglas que permitan la aplicación en este ámbito de los principios básicos de protección profesional -Sindicatos y Asociaciones profesionales, junto al sistema de garantías jurisdiccionales-; Del cuidado y protección ante los riesgos que esta actividad comporta - ía de acceso a procedimientos de denuncia administrativos y policiales-; Y, de protección social -sanidad, maternidad, pensiones…-.[64] Lo que es más factible a partir de un asociacionismo fuerte, capaz, por tanto, de conseguir un sistema de gobernanza y autoprotección adecuado. Por ello estimamos que la STS 584/2021, al legitimar la existencia del Sindicato de Trabajadoras Sexuales, está abriendo una importante vía en la protección de este colectivo.

4. RECAPITULACIÓN Y UNA PROPUESTA FINAL

Nuestro marco constitucional y legal, otorga a los Sindicatos la facultad de actuar en tutela y defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, bajo un doble presupuesto: el subjetivo, referido a los trabajadores por cuenta ajena y el colectivo, en defensa del interés general, para lo cual la Ley garantiza al Sindicato libertad de acción y autonomía en el ejercicio de los derechos que conforman la actividad sindical, así como capacidad estructural y orgánica, respecto a la organización

[63] Ministerio de Igualdad, Trata, Explotación sexual y Prostitución de mujeres. Una aproximación cuantitativa, octubre 2024.

[64] Quesada Segura, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en Monereo Pérez, J.L. y Perán Quesada, S. (Directores) Comares, págs. 192.

sindical propiamente dicha. Queda por tanto, delimitado, el ámbito subjetivo del Derecho de Libertad Sindical al del trabajador subordinado y dependiente económicamente, y, el ámbito objetivo a los Sindicatos de Trabajadores, a los que se les encomienda la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales que les son propios. Lo que en resumen quiere decir, y así se ha señalado, que el derecho sindical corresponde únicamente a los trabajadores por cuenta ajena en el plano individual, y a los sindicatos en el plano colectivo[65].

La doble exclusión contenida en la LOLS, impide a los trabajadores autónomos, con algún trabajador a su servicio, la afiliación al Sindicato, así como, a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, la posibilidad de fundar sindicatos propios. Lo que hace que las asociaciones de defensa colectiva creadas por ellos, sean *materialmente sindicatos*[66] pero no jurídica y legalmente, y por tanto, sin las garantías, protección y capacidad de obrar de la que gozan los sindicatos. En la actualidad, dos importantes cambios sociales ponen en cuestión la delimitación de los ámbitos subjetivos y objetivos propuestos por la LOLS, y, especialmente, de la función que corresponde al Sindicato de clase en la defensa generalizada de los derechos de (todos los) trabajadores, sin calificación posterior.

El primero tiene que ver con la creciente forma de organización de la actividad productiva, cada vez mas desestructurada, y con la, cada vez mayor, expulsión de trabajadores de las normas laborales, para su confinamiento como trabajadores autónomos o por cuenta propia, o, en esa figura hibrida del trabajador autónomo pero económicamente dependiente. Las plataformas digitales de mensajería, el teletrabajo y el trabajo a distancia, cada vez mas comunes en nuestra sociedad, ponen en evidencia la ruptura cada vez mayor del modelo hegemónico de relaciones laborales donde el sindicato y la acción sindical en la empresa constituían el contrapunto esencial al poder de dirección empresarial.

En cuanto al ejercicio de los derechos sindicales, la tecnología puede convertirse en aliada de los trabajadores o puede incidir en la opacidad de su ejercicio. Los ejemplos de las vías de difusión de información sindical o la utilización de la inteligencia artificial para minusvalorar el efecto de una huelga, así lo demuestran. A su vez, la tecnología, aplicada a los medios de producción permiten ahorrar costes y tiempo de trabajo. Lo cual es positivo en la previsión de accidentes y en la mejora de la salud de los trabajadores, así como en el tiempo ganado para la conciliación, el descanso y la formación. Sin embargo, la inteligencia artificial, de uso común en la actualidad, está produciendo despidos masivos en empresas -como la Banca-, de importante servicio al ciudadano. Y, en conjunto, todo ello, ha dado lugar al aumento del número de trabajadores que, prestando su actividad para una empresa de la cual dependen económicamente y siguiendo las ordenes de quien ejerce el poder empresarial, no obstante, no son considerados trabajadores por cuenta ajena. Lo que arrastra un déficit en sus condiciones de vida y de protección sindical que la norma reguladora no ha sido capaz de solucionar.

La segunda tiene que ver con un mercado de trabajo, como el nuestro, caracterizado por la estacionalidad y la baja calidad del empleo. Y, receptores, desde hace mucho tiempo, de la inmigración laboral procedente de los países americanos y norteafricanos con los que nos une una de amplia raigambre cultural. Trabajadores que generalmente, asumen trabajos de temporada y viven de forma precaria.

Esta importante función que se otorga a los Sindicatos mas Representativos no puede quedar mermada por intereses espurios que limitan la acción sindical y la reducen, en muchos casos, a la

[65] Ojeda Avilés, A. *La Libertad Sindical,* en VV. AA. Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Comares, pág. 1036.

[66] Ojeda Avilés, A. *op. cit*, pág. 1037.

defensa y promoción de los derechos de los trabajadores fijos de la empresa, que son, en definitiva, los que tienen derecho al voto en las elecciones sindicales en la empresa. Por el contrario, los Sindicatos en cuanto ostentan la representación institucional de los trabajadores, deben asumir la defensa de los intereses generales de todos ellos, sean mujeres, emigrantes, precarios o, autónomos dependientes. Y en este sentido, entender que, aunque la conflictividad social no siempre se pueda satisfacer con las vías legales previstas, la acción sindical debe actuar para modificar tal realidad.

Para ello debe valerse de los medios que la Constitución y la legislación les atribuye así como de la acción del Sindicalismo Internacional.

Lo que ya viene sucediendo en los últimos tiempos. Como se ha puesto de relieve, una decidida acción sindical de las organizaciones sindicales de carácter institucional ha ido asumido *la defensa y representación de trabajadores no asalariados, lo que ha permitido reforzar el enfoque basado en la solidaridad y en la reformulación de los derechos humanos en el ámbito laboral, como fundamento de la cooperación entre el movimiento sindical de carácter tradicional y las personas trabajadoras afectadas por formas atípicas de trabajo*[67].

Y, finalmente, una última reflexión de carácter general: El futuro del trabajo no depende tanto del cambio tecnológico y de los nuevos modelos de negocios, como de la ordenación concreta que se ha venido haciendo del equilibrio de poderes en el seno de las relaciones de trabajo[68]. La existencia del conflicto capital - trabajo se continuará jugando en diferentes campos y se continuarán determinando los escenarios en donde sean posibles estos equilibrios. Pero, si el Derecho Social quiere seguir siendo la referencia apropiada para la prestación de servicios profesionales dependientes, deberá atender con especial atención a este cuadro innovador socialmente, así como a los cambios subjetivos y al reformismo normativo que lo acompaña[69].

5. BIOGRAFÍA

Acemoglu, D., Johnson, S. *Poder y progreso. Nuestra lucha milenaria por la tecnología y la prosperidad*, Deusto, 2023.

Ackerman, M.E. *Libertad Sindical, en VV.AA.* Ackerman, M.E. (Director) *Relaciones colectivas de trabajo*, Rubinzal - Culzoni, tomo I, 2007.

Arendt, H. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, primera edición 1968.

Baylos Grau, A. *Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época,* Revista de Derecho Social, nº 86, 2019.

Baylos Grau, A. *Diez años de jurisprudencia constitucional: el derecho de huelga*, en Ramón Alarcón, M. (Coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992.

Cabeza Pereiro, J. *Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía,* Revista de Derecho Social, nº 86, Bomarzo, abril-junio 2019.

Campal Martínez, A.M. *La libertad sindical y el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información por los representantes de los trabajadores*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº27, 2011.

Carrizosa Prieto, E. *El principio de proporcionalidad como mecanismo de control de las injerencias en el derecho de huelga,* Temas Laborales nº 77. 2004.

[67] Stylogiannis, C.: *Libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva como derechos humanos en la economía de las plataformas en un contexto de creciente movilización laboral*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 142, 2023, pág. 138.

[68] Baylos Grau, A. *Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época,* Revista de Derecho Social, nº 86, 2019, pág. 37.

[69] Perán Quesada, S. *Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia,* Revista de Derecho Social, nº 87, 2019.

Cruz Villalón, J., *25 años de relaciones laborales colectivas. Regulación del derecho de huelga: balance y propuestas normativas,* Relaciones Laborales nº 23. 2012.

De la Villa Gil, L.E.; García Becenas, G.; García-Perrote Escartín, I. *Instituciones del Derecho del Trabajo*, Ceura, 1983.

Escribano Gutiérrez, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico,* Temas Laborales nº 139, 2017.

Escribano Gutiérrez, J. *derecho de huelga, ius variandi y esquirolaje tecnológico,* Temas Laborales nº 139, 2017.

García Murcia, J. *Libertad sindical y "trabajo sexual",* Revista de Jurisprudencia Laboral, BOE, nº 6, 2021.

García Viña, J. *El concepto de libertad sindical individual en España*, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 4, 2022.

Lousada Arochena, J.F, *La Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional, o la carta de bautismo de los ciberderechos sindicales*, Revista de Jurisprudencia El Derecho, año II, nº 2, 2006.

Lousada Arochena, J.F. *Ciberderechos sindicales, de nuevo conseguidos a golpe de sentencia*, Revista de Jurisprudencia Laboral, n º 3, 2023.

Mariucci, L. *Iuslaboralismo y sindicatos en la era del ocaso del neoliberalismo,* Revista de Derecho Social, nº 92, 2020.

Monereo Pérez, J.L. *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el Siglo XXI*, Atelier, 2024.

Monereo Pérez, J.L.; Ortega Lozano, P. *El derecho de huelga. Configuración y régimen jurídico*, Aranzadi, 2019.

Monereo Pérez, J.L. *La Huelga,* Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Directores) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Comares, 2002.

Perán Quesada, S. *Cuestiones críticas del ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la economía digitalizada,* en Monereo Pérez, J.L.; Vila Tierno, F.; Esposito, M.; Perán Quesada, S. *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*, Comares, 2021.

Perán Quesada, S.; Quesada Segura, R. *El tratamiento de los derechos laborales inespecíficos en la negociación colectiva. Enfoque general*, en VV. AA. Monereo Pérez, J. L.; Vila Tierno, F.; Álvarez Cortés, J. C. (Directores) *Derechos laborales fundamentales inespecíficos*, Comares, 2020.

Perán Quesada, S. *Economía colaborativa: entre las relaciones laborales y la colaboración empresarial impropia,* Revista de Derecho Social, nº 87, 2019.

Quesada Segura, R. *Genero y trabajo informal*, Derecho Social y Trabajo Informal en Monereo Perez, J.L. y Peran Quesada, S. (Directores) Comares, 2016.

Peces Barba, G. *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, 2004.

Pérez Rey, J. *El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el futbol),* Revista de Derecho Social, 2012.

Piketty, T. *Capital e ideología*, Desuto, 2019.

Rivero Lamas, J. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales (sobre la inconstitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 98, 1999.

Sanguineti Raymond, W. *La tutela sustancial del derecho a huelga en las estructuras empresariales complejas,* Revista de Derecho Social, nº 74, 2016.

Serrano Garcia, J. Mª ; Borelli, S. *El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital*, Revista de Derecho Social nº 80, 2017.

Singlitz, J.E. *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Debolsillo, 2012.

Stylogiannis, C.: *Libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva como derechos humanos en la economía de las plataformas en un contexto de creciente movilización laboral*, Revista Internacional del Trabajo, vol. 142, 2023.

Todolí Signes, A. *El impacto de la Uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo*, Iuslabor, nº 3, 2015.

Ojeda Avilés, A. *La Libertad Sindical,* en VV. AA. Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Dir.) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Comares, 2002.

Valle Muñoz, F.A. *La incidencia de las nuevas tecnologías en el ejercicio del derecho de huelga*, Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº. 52, 2020.

ISSN: 2792-7970

El derecho a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en España: exclusiones, controversias y problemas prácticos

The right to freedom of association of foreign workers in Spain: exclusions, disputes and practical problems

Belén del Mar López Insua *Catedrática (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada*
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: «El derecho a la libertad sindical de los trabajadores extranjeros en España: exclusiones, controversias y problemas prácticos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 189-205.

Resumen

Los extranjeros en situación irregular administrativa en España se encuentran desprovistos, en muchos casos, de protección y de una mínima garantía de sus derechos fundamentales a causa, principalmente, del establecimiento de unas políticas migratorias restrictivas y poco respetuosas. A buen ejemplo, la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 excluye del derecho de libre sindicación a los extranjeros en situación irregular administrativa. Algo que, finalmente, fue objeto de inconstitucionalidad en el año 2007 y, posteriormente, modificación por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000. Pese a tratarse la libertad sindical de un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona como tal, ha quedado rebajado y desprotegido durante siete largos años. Y, todo ello, a causa de una interpretación "in peius" y restrictiva que introduce el legislador español en cuanto a lo que disponen las leyes y la normativa internacional. Si lo que se pretende es alcanzar una sociedad más inclusiva, primeramente, habrán de respetarse los derechos fundamentales. De lo contrario, nos veremos abocados al desmoronamiento de las bases mismas de nuestro Estados Social y Democrático de Derecho.

Palabras clave

extranjeros; irregular; libertad sindical; derechos fundamentales y dignidad

Abstract

Foreigners in an irregular administrative situation in Spain are in many cases deprived of protection and a minimum guarantee of their fundamental rights, mainly because of the establishment of restrictive and disrespectful migration policies. For example, LO 8/2000 of 22 December, which amended Organic Law 4/2000, excluded from the right to free association foreigners in an irregular administrative situation. This was finally unconstitutional in 2007 and subsequently amended by LO 2/2009, dated 11 December, amending LO 4/2000. Although trade union freedom is a fundamental right linked to the dignity of the individual as such, it has been reduced and unprotected for seven long years. And, all this, because of a "in peius" and restrictive interpretation introduced by the Spanish legislator as to what is provided by international laws and regulations. And, all this, because of a "in peius" and restrictive interpretation introduced by the Spanish legislator as to what is provided by international laws and regulations. If a more inclusive society is to be achieved, fundamental rights must first be respected. Otherwise, we will be faced with the collapse of the very foundations of our Social and Democratic States of Law.

Keywords

foreign; irregular; trade union freedom; fundamental rights and dignity

"Si la sociedad ha de alcanzar su fin, tiene que servir de estrella conductora este pensamiento de la solidaridad de los intereses de ambas partes; el que aprovecha la relación para perseguir el provecho propio en lugar del provecho colectivo…"

Rudolf V. Ihering[1]

[1] V. Ihering, R: *El fin en el derecho*, Estudio Preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011, pág. 107.

1. LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR: UNA ETERNA LUCHA POR LA REIVINDICACIÓN DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los incesantes movimientos migratorios de trabajadores en el mercado interior europeo en busca de nuevas oportunidades de vida y trabajo, viene ocupando desde hace tiempo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la ciudadanía. Es harto significativo que esta materia figure como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico, de cohesión e integración social que tanto necesita el conjunto de Estados miembros. No obstante, a pesar del intenso debate que todo esto ha generado, lo cierto es que la respuesta que han otorgado los distintos Estados miembro ha sido muy dispar[2]. Lo que hace plantear ciertas dudas en torno al concepto de ciudadanía inclusiva que tanto se predica desde el ámbito de la Unión Europea.

En efecto, la relación entre inmigración y ciudadanía no debe nunca deslindarse de la garantía misma de los derechos fundamentales y, por lo que aquí interesa, del respeto al derecho de libertad sindical que reconoce la misma Carta Magna. Se parte del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Y es que, como bien indica la doctrina científica, una "ciudadanía inclusiva" ha de sustentarse *en* el pleno reconocimiento de todos los derechos fundamentales. De lo contrario, los derechos sociales pasarán de ser pieza elemental para la construcción de un concepto de ciudadanía inclusiva[3] a convertirse en arma arrojadiza para la mercantilización de las relaciones laborales, la desregulación de las condiciones de trabajo y la desprotección social.

En los países de la Unión y, en particular en España, la inmigración continúa siendo uno de las cuestiones sociales que más atención ha acaparado en los distintos medios de comunicación y ello es porque, ciertamente, constituye esta región natural receptora de constantes flujos migratorios. El establecimiento en España de un sistema de políticas migratorias de retorno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, no ha hecho más que hacer peligrar los parámetros constitucionales para el respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, fundamentalmente, en situación irregular administrativa. Y ello es porque no existe una identidad perfecta entre la situación reguladora de las políticas de inmigración y el derecho al acceso a determinadas derechos. Por lo que, al término, el trabajador extranjero irregular que no cumpla con las condiciones que establece la legislación española (en concreto, con la autorización pertinente para residir y trabajar)[4] se verá abocado a sufrir un debilitamiento en su estatus laboral y de ciudadanía social[5].

Lo que plasma una cierta idea de justicia distributiva que contradice, claramente, lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo para la protección multinivel de los derechos fundamentales y de atención social pública a las personas migrantes[6]. En este sentido, todos los Estados deberán adoptar medidas sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales y, todo

[2] López Insua, B.M: "La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea" en VV.AA., Fernández Avilés, J.A (Dir) y Durán Bernardino, M. (Coord)., *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017, págs. 573-575.

[3] Monereo Pérez, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº41, 2016, pág. 8 en su versión digital.

[4] González Ortega, S.: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en VV.AA., González Ortega, S (Coord)., *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, pág. 241.

[5] Cabeza Pereiro, J.: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015, pág. 45.

[6] Monereo Pérez, J.L: "Artículo 53. Nivel de protección", en VV.AA., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord)., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 1404-1406.

ello, de acuerdo con los Tratados y Acuerdos Internacionales y el respeto a la dignidad humana que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución Española (en adelante CE) -como paradigma para la garantía del resto de derechos fundamentales-[7]. Por todo ello, el artículo 10.1 de la CE constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex artículo 13 de la CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de concreción del derecho a la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten concretar en qué medida es imprescindible para el respeto a la dignidad humana en el sentido de lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales[8].

En efecto, el Tribunal Constitucional parte del derecho a la dignidad de la persona para interpretar el contenido del artículo 13 del Texto Constitucional, en donde se dice que: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". De acuerdo con este último artículo, el legislador no puede negar los derechos que la propia Carta Magna reconoce a los extranjeros en España (sentencia Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio), aunque si puede establecer condicionamientos adicionales. Y, de igual modo, podrá regular los derechos de los que son titulares los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto por los Tratados Internacionales y las leyes que los desarrollen.

En este sentido, todas las personas gozarán de los siguientes derechos que recoge la CE:

Primero, derecho a la igualdad entre españoles y extranjeros. Se tratan éstos de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana e inherentes a la persona como tal (por mandato Constitucional). Dentro de este apartado, el Tribunal Constitucional[9] recoge los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica. A estos se añaden los derechos a la tutela judicial efectiva, a la asistencia jurídica gratuita de letrado[10], a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo o religión, así como el derecho a la libertad personal y la seguridad[11], el derecho a la educación de los menores[12] y el derecho a la huelga[13]. No es necesario aquí disponer de una situación administrativa regular en España, pues son derechos que les corresponden -en igualdad de condiciones- a todas las personas.

Segundo, derechos que se desprenden de la dignidad y que se reconocen expresamente a los extranjeros por la CE, pero que el legislador podrá modular respetando siempre su contenido esencial y en atención a su situación administrativa. Indica de modo reiterado el Tribunal Constitucional que el requisito de "nacionalidad" constituye presupuesto necesario para el acceso a los derechos que aquí enumera y, entre los que se encuentra, los derechos a la reunión, manifestación, asociación y libre sindicación (excluyendo el derecho a afiliarse a una organización sindical)[14]. En este punto, el legislador podrá modular el ejercicio que de estos derechos se haga para los extranjeros que no tengan autorización de residencia o estancia en España, siempre y cuando esa modulación legal respete el contenido constitucional declarado de esos derechos. Ahora bien, lo que no puede el legislador es

[7] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[8] Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Temas Laborales,* núm. 95/2008, pág. 242.

[9] Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre.

[10] Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1985, 95/2003 y 236/2007.

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987.

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007.

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007.

[14] Sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007, 260/2007, 261/2007, 62/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007.

denegar, sin más, el ejercicio de estos derechos a los extranjeros que carezcan de autorización de residencia o estancia en España[15].

Tercero, derechos que no cabe atribuir a los extranjeros al tratarse de derechos de carácter político. Entre estos derechos se encuentran los reconocidos por el artículo 23 de la CE y los referidos, exclusivamente, a la ciudadanía española (a excepción de los derechos al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales). Se tratan de derechos relacionados con la soberanía estatal.

Finalmente, derechos que no son inherentes a la dignidad y que no reconoce expresamente la CE a los extranjeros. Se recogen aquí un catálogo de derechos que queda condicionado a lo que dispongan los tratados y las leyes, por lo que admiten diferencias de trato. Dentro de este apartado se encuentran los derechos a la libre circulación (artículo 19 de la CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE), a la Seguridad Social (artículo 41 CE) y el derecho a la salud (artículo 43 CE). Se podrán aquí establecer para los extranjeros condicionamientos adicionales para el disfrute de estos derechos, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. Principalmente, se establece como condicionante el que los extranjeros se encuentren en situación irregular administrativa en España (en los términos que regula la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -LOEXIs-). No obstante, se han establecido modulaciones al respecto tras las distintas sentencias recaídas por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

El derecho a la libertad sindical que recoge el Texto Constitucional en el artículo 28.1 ha sido objeto de una acalorada disputa en sede doctrinal y judicial debido al carácter abierto con que la CE define el disfrute del mismo, a saber: "Todos tienen derecho a sindicarse libremente…".

Principalmente, el litigio se ha centrado en la exclusión o no de los extranjeros en situación irregular administrativa en España. Lo que, al término se ha vinculado también con otros conflictos acerca del disfrute de los extranjeros de los derechos fundamentales a la reunión, manifestación, asociación y huelga. En efecto, la exclusión de una parte poblacional del disfrute de estos derechos fundamentales ha determinado la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad[16].

[15] Palomar, A. y Vázquez, J.: "Libertad sindical y huelga de los extranjeros", *V/Lex*, 2008.

[16] A buen ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, en donde se analiza la posible inconstitucionalidad del art. 8 de la LOEXIs que reconocía el derecho de asociación a los extranjeros sólo cuando éstos tuvieren autorización de residencia o estancia en España. Para solventar el problema, en primer lugar, el Alto Interprete de la Constitución analiza el alcance del derecho de asociación; determinado éste, pasa a indagar la vinculación del derecho de asociación con la dignidad de la persona, con la finalidad de establecer si el condicionante establecido por la norma para su ejercicio -tener permiso de estancia o residencia- era constitucional o no.
Haciendo una remisión al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo y aplicando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 20.2), el art. 22 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 del Convenio de Roma, comprende "tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse"; concretando que ese derecho se manifiesta a través de cuatro dimensiones complementarias: 1) La libertad de crear asociaciones y de adscribirse a las avocaciones creadas; 2) La libertad de no asociarse y dejar de pertenecer a asociaciones; 3) La libertad en su organización y funcionamiento, sin injerencias por parte de los poderes públicos; 4) La dimensión "inter privatos", que garantiza un haz de facultades de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, o en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las que pretendan incorporarse".
Por otra parte, el Tribunal Constitucional entiende que el derecho de asociación se vincula inescindiblemente a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, al proteger la sociabilidad como una dimensión esencial de la persona, siendo un elemento "necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los Tratados internacionales 'lo proyectan universalmente' y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negativa de su ejercicio a los

Una de los puntos más candentes ha sido, precisamente, la existencia de una normativa internacional y comunitaria respetuosa con los derechos de libertad sindical que se contrapone frontalmente con lo que interpreta la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por la LO 11/2003, de 29 de septiembre y, finalmente, por la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

2.1. La formulación del derecho a la libertad sindical en la normativa internacional y comunitaria

El derecho a la libertad sindical se encuentra consagrado en diversos textos internacionales, entre los que se encuentra la Constitución de la OIT del año 1919, la Declaración de Filadelfia del año 1944 y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. De igual modo, se trata de un derecho recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1898 y, finalmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.

La libertad sindical está estrechamente vinculada a la constitución de los sindicatos, de las organizaciones empresariales y de los trabajadores como requisito para la solidez de la negociación del diálogo social y de la negociación colectiva, de ahí la estructura tripartita de la OIT. Pese a la importancia del derecho a libertad sindical, todavía hay países en los que no se reconoce este derecho para determinados colectivos, como son: los funcionarios, los trabajadores del mar y los trabajadores de francas industriales. En este sentido, la OIT apoya la reivindicación y lucha por este derecho en todos los Estados miembro y para todos los grupos de trabajadores. Así pues, el derecho a la libertad sindical conecta de una manera estrecha con el resto de derechos fundamentales y en general, sino se respetan los derechos fundamentales (entre los que se encuentra el derecho a la libertad sindical) no se podrá favorecer el establecimiento de un derecho al trabajo decente y, por ende, del desarrollo de los seres humanos en su plenitud. Y es que el derecho a la libertad sindical, por su propia naturaleza, se vincula con el derecho a la dignidad humana en cuanto garante del orden público y de la paz social[17].

Son varios los convenios de la OIT que analizan el derecho a la libertad sindical. En primer lugar, aparecen los Convenios de la OIT número 87 (1948) y 98 (1949) de la OIT. Ambos Convenios coinciden con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, momento en el que la OIT considera que deben regularse de manera separada el derecho a la protección de sindicación y de negociación colectiva[18]. Por aquellos entonces la OIT, tras la Declaración de Filadelfia, pasa a concentrar toda su atención en lo que se refiere al "desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad y dignidad". Esa nueva visión de los derechos humanos surge tras la Segunda Guerra

extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España"; además, se tenía que tener en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, por lo que el legislador "puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado; por esta serie de razones, declara la inconstitucional del art. 8 de la LOEXIs, en la redacción dada por el art. 1, punto 6, de la LO 8/2000.

[17] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[18] Rodríguez-Piñero, M.: "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teórica y práctica*, Tomo I, 1999, pág. 3.

Mundial y con ella la OIT trata de reivindicar la idea de que la protección humana es algo más que una cuestión nacional, pues se eleva su protección a nivel internacional[19].

En el Convenio número 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación se erige en base para la constitución de este derecho fundamental a nivel internacional, pues ya ahí se reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el derecho a afiliarse a las mismas sin autorización previa. Estas organizaciones podrán organizarse libremente, no quedando -en ningún caso- sujetas a su disolución o suspensión por vía administrativa. Además, se reconoce el derecho de los sindicatos a constituir federaciones y confederaciones, así como la libre sindicación. Los sindicatos pueden afiliarse, a su vez, a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores. Por su parte, el Convenio número 98 de la OIT sobre "el derecho de sindicación y de negociación colectiva" dispone que los trabajadores deberán gozar de una protección adecuada contra todo acto de discriminación o actitud antisindical, incluido el requisito de que se un trabajador no se afilie a un sindicato o deje de ser miembro de un sindicato, incluso, el de despedir a un trabajador en razón de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales. El nivel de protección se activa frente a cualquier injerencia que se produzca entre las organizaciones sindicales y empresariales, entendiendo pues por "injerencias": la constitución de sindicatos amarillos y/o controlados por los empleadores.

En tercer lugar, se encuentra el Convenio número 135 de la OIT (año 1971) sobre los representantes de los trabajadores. A través de este convenio se pretende elevar el nivel de protección y de garantía de los máximos responsables de la defensa de los derechos de los trabajadores. Así pues, gozarán de protección frente al despido, frente a las actividades que realicen en razón a su afiliación a un sindicato o participación en las actividades sindicales, pero siempre que actúen de conformidad con las leyes, los convenios colectivos u otros acuerdos comunes en vigor. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en las empresas de las facilidades apropiadas que les permita el desempeño eficaz de sus funciones.

En cuarto lugar, se encuentra el Convenio número 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales del año 141. Se reconoce en este Convenio el derecho de los trabajadores del campo, tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia, a constituir -sin autorización previa-, las organizaciones que estimen convenientes, así como el derecho de afiliarse a las mismas, siempre y cuando se respeten lo establecido en sus estatutos y en las leyes. Los principios de libertad sindical deberán respetarse en su integridad, debiendo estas organizaciones tener carácter independiente y voluntario, permaneciendo así libres de toda injerencia, coerción o represión. Por lo que la política nacional deberá facilitar el establecimiento y la expansión, con carácter voluntario, de organizaciones de trabajadores rurales fuertes e independientes, como medio eficaz de asegurar la participación de estos trabajadores en el desarrollo económico y social.

En quinto lugar, se aprueba en el año 1978 el Convenio número 151 sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública. Aquí ya se da un nuevo paso al frente, pues los empleados públicos no quedaban protegidos a nivel sindical al considerarse que las estructuras públicas estaban tan perfectamente jerarquizadas no cabía conflictos. Sin embargo, con el paso del tiempo, se comprueba cómo a pesar de que en el sector público rigen los principios de igualdad y garantía de los intereses generales, pueden existir perfectamente conflictos. Por esta razón, los empleados públicos gozarán también de una protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical, de forma que sus organizaciones gozarán de una completa independencia respecto de las autoridades públicas, así como

[19] Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Tratado de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pág. 144.

de una adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

Con la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT (año 1998) se confirma la posición de supremacía del derecho a la libertad sindical, para lo cual el Comité de Libertad Sindical habrá de velar por su tutela específica y su protección[20]. El Comité de Libertad Sindical podrá conocer de las quejas que formulen los distintos Estados por las violaciones de este derecho, con independencia de que se haya o no ratificado el Convenio por el Estado, en cuestión, miembro de la OIT. A partir de los distintos casos que se han elevado a este Comité, ha sido posible la elaboración de un cuerpo de principios que orientan no sólo la resolución de los problemas concretos, sino que sirven de directrices para las legislaciones y jurisprudencia nacionales, como parámetro de ajuste del ordenamiento interno a la interpretación realizada por la Organización Internacional del Trabajo. La labor que realiza este Comité se asemeja a la que realizan los tribunales, de ahí que sus funciones se califiquen de "casi judiciales". Su doctrina, al complementar los convenios, ofrece una interpretación del contenido explícito e implícito de la libertad sindical. Dicho trabajo fue fundamental al reconocimiento de la "validez internacional de los principios de la libertad sindical y en haber establecido que los gobiernos, hasta cierto punto, deben rendir cuentas internacionalmente por la política sindical que aplican".

La titularidad del derecho a la libertad sindical de todos los trabajadores se eleva a nivel internacional, por lo que no se aceptan, ni amparan posibles restricciones a este derecho. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ya criticó el hecho de que en España se limitara y prohibiera el disfrute de este derecho fundamental para los trabajadores extranjeros en situación irregular. De igual manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha considerado que vulnera el principio de libertad sindical las restricciones relacionadas con la nacionalidad, incluso en los casos en que "la afiliación sindical de los extranjeros está sujeta a condiciones de residencia" -como es el caso de la nación española-.

El contenido del derecho a la libertad sindical ha sido reforzado por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, quienes han asentado una sólida doctrina para integrar dentro del derecho a la libertad la actividad sindical, incluyendo todas las manifestaciones que del mismo se deriven (a saber: el derecho a la reunión, manifestación, publicaciones… etcétera) y, más concretamente, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga[21]. Estos dos últimos son esenciales y base para el disfrute efectivo del derecho a la libertad sindical. El fundamento jurídico está en el artículo 3 del Convenio 87, que incluye la libertad de organizar las actividades y los programas de acción, y también el artículo 10, donde se prevé el fomento y la defensa de los intereses de los trabajadores por las organizaciones libremente creadas. Además, "el derecho de huelga es el corolario lógico del pleno ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Sin él, la negociación puede resultar intrascendente e inoperante"[22].

Justo al hilo de la exclusión que del derecho a la libertad sindical en España se ha mantenido con la LOEXIs del año 2000, el Comité de Libertad Sindical en su Informe número 327 se ha pronunciado. De hecho, ha sido determinante su posición para que con posterioridad el Tribunal Constitucional haya aceptado las distintas cuestiones de inconstitucional planteadas y que han llevado a importantes

[20] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Revista Migraciones*, número 18, 2005, pág. 207.

[21] Rodríguez-Piñero, M.: "OIT, derechos humanos y libertad sindical" … op.cit.

[22] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

modificaciones/rectificaciones legislativas. A juicio de este Comité[23] los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad sindical, juegan para dispensar protección a la persona humana en toda y cualquier circunstancia. Por todo ello, en base a lo previsto por el Convenio número 87 de la OIT no se pueden limitar las garantías y el nivel de protección que otorga este derecho al requisito administrativo de "regularidad" o "irregularidad" administrativa, ya que lo contrario sería ir en contra de la doctrina emanada a nivel internacional. De este modo, la libertad sindical no podrá condicionarse a cualquier acto estatal o medida legislativa interna, pudiendo cualquier medida restrictiva someterse al correspondiente "juicio de legalidad" por parte de la autoridad habilitada para ello[24].

2.2. El derecho a la dignidad como paradigma para el reconocimiento de los derechos Constitucionales de los extranjeros en España: artículo 13.1 de la CE *versus* artículo 28.1 de la CE

El artículo 13 de la Carta Magna reconoce, de manera amplia, que los extranjeros que se encuentren en territorio español gozarán de los mismos derechos y libertades que los ciudadanos españoles, siempre y cuando cumplan con lo establecido por la ley y los tratados internacionales. En este sentido, se regulan aquí sus derechos y deberes en territorio español, así como las condiciones para el acceso y permanente en el país. Ya el Tribunal Constitucional aclara que se trata éste de un precepto que no ofrece dificultades, pues de lo que se trata es de equiparar los derechos de los extranjeros a la de los españoles, en cuanto personas, para la garantía de la dignidad humana. Ahora bien, en algunos

[23] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., págs. 209 y 210.

[24] Valdés Dal-Ré, F.: "El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional", *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, págs. 119 y siguientes.

casos se podrán establecer diferencias respecto a los nacionales, como es en el caso de los derechos relativos "al trabajo, a la protección de la Seguridad Social[25] y a la asistencia sanitaria"[26].

El reenvío que la CE hace al sistema de tratados y a la Ley no implica, en modo alguno, una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros en lo relativo a sus derechos y libertades públicas, sino que de lo que se trata es de "dotarlos, dentro de su específica regulación, de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal"[27].

[25] En este sentido, cabe traer a colación el artículo 36.5 de la LOEXIs en relación con la falta de autorización de residencia y trabajo a los efectos de determinar los derechos a las prestaciones sociales de los extranjeros en situación irregular. Dicho precepto señala:
«La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».
El Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación con esta materia, en concreto cabe destacar lo relativo al cómputo del tiempo de actividad del trabajador extranjero en situación irregular para determinar la duración de la prestación por desempleo, así la STS n.º 76/2017, de 31 de enero, declara:
«(...) no es posible tener en cuenta el período de actividad prestado en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar, lo que se refuerza ahora, en fin, con la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social —que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las nueve Directivas que enumera en su preámbulo que se habían aprobado con posterioridad a la última reforma de esa Ley 4/2000 realizada en diciembre de 2003— al establecer en los arts 10, 14 y 36 de esta última, que solo los extranjeros «residentes» (esto es, en situación de residencia legal) que reúnan los requisitos previstos en esa misma norma tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social (10.1) y que únicamente esos mismos extranjeros «residentes» tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (14.1), aun cuando «todos» los extranjeros, sea cual fuere su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales «básicas» (14.3), entre las cuales no se cuentan las de desempleo, y que, «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo» (36.5), de lo que ineludiblemente se sigue, mientras otra cosa no se excepcione, que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco podrá adicionarse a otro distinto».
En la misma línea y citando a la anterior, la STS n.º 1033/2017, de 19 de diciembre, añade:
«(...) a efectos de determinar el tiempo de ocupación determinante de la duración de la prestación no es posible tener en cuenta el período de servicios prestados en situación irregular ante la carencia de autorización de residencia y para trabajar.(...) todos los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, pueden acceder a las prestaciones sociales básicas, entre ellas no se incluyen las de desempleo, (...) de lo que ineludiblemente se sigue que el tiempo trabajado en situación irregular tampoco puede ser tenido en cuenta a efectos prestacionales. Finalmente, hay que remarcar que el hecho de que al tiempo de la situación legal de desempleo y de la solicitud de la prestación, el trabajador se halle ya en situación regular en nuestro país, no subsana la irregularidad de los trabajos desarrollados en el periodo anterior ni permite que sean computados como susceptibles de cotización, puesto que «la regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario» [STS 31/01/17, rcud. 1153/15)».
Por otro lado, en cuanto a las prestaciones derivadas de un despido improcedente en relación con un trabajador extranjero que carece de autorización de residencia y trabajo, puede traerse a colación la STS, rec. 2398/2012, de 17 de septiembre de 2013, conforme a la cual «(...) es obligado concluir, siguiendo la misma doctrina que, si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la ley (art. 7.1 ET . en relación con el art. 36.1 de la LOEXIs), sin embargo, la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado». Es decir, a diferencia de lo que se ha expuesto respecto de la prestación por desempleo, en el caso de las que deriven de un despido improcedente se mantienen a pesar de la situación irregular del extranjero.

[26] Sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, 99/1985, 115/1987, 94/1993, 130/1995 y 95/2000.

[27] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984.

Ya adelanta la CE el hecho de que habrá una norma que regule y desarrolle el contenido previsto en el Texto Constitucional. Lo que nos lleva a la conclusión de que existe ya un contenido constitucional que deberá ser protegido. Sin embargo, a continuación, se aclara que esta "configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros". El Tribunal Constitucional hace especial mención de cuáles son los derechos que ahí se encuadran y, entre los que se encuentran, los "que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», y, para no dejar dudas, especifica que son "aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana". A buen ejemplo se cita "el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica… etcétera". Y añade que estos derechos "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles"[28].

Empero, las autoridades españolas podrán imponer restricciones en función de la situación del país de origen, a fin de asegurar un trato justo y equitativo en las relaciones internacionales. De este modo, quedarían fuera de este ámbito los derechos "reconocidos en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene". Ahora bien, todo ello sin menoscabar -en ningún caso- la dignidad humana. Derecho, éste último, clave para evitar cualquier trato desigual respecto a los españoles, en razón de la necesidad de una tutela indiferenciada de la dignidad humana. La existencia de un contenido de garantías y facultades previstas para determinados derechos fundamentales, indisponible a la acción del legislador, se aplica a todos los que sean sus titulares[29].

En definitiva, el legislador coloca a la dignidad humana en un escalafón superior, pudiendo así este derecho condicionar y limitar cualquier interpretación restrictiva que de los derechos de los extranjeros en España se realice. Por lo que, aunque el artículo 13.1 de la CE otorgue cierto margen al legislador, lo cierto es que -en todo momento- se habrá de tener el cuenta: a) el grado de conexión de los concretos derechos en relación con la dignidad humana, b) el contenido preceptivo del derecho que recoja directamente la Carta Magna, c) el contenido modulado y delimitado por la CE y los Tratados Internacionales y, finalmente, d) las condiciones para el ejercicio de estos derechos recogidas por la Ley y dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses protegidos Constitucionalmente y que guarden relación con la finalidad perseguida[30].

Al margen de lo expuesto, yendo al caso específico del Estado español, primeramente, debemos preguntarnos si ¿la libertad sindical de los extranjeros se vincula directamente a la dignidad humana? En principio, debemos pensar que sí, pues España se constituye en un Estado Social y Democrático de derecho (artículo 1 CE), de ahí que todos los derechos inferidos a los derechos humanos deberán quedar íntimamente vinculados a la dignidad para asegurar el mantenimiento de un ordenamiento jurídico democrático.

Por contra, el máximo intérprete de la Constitución Española ya ha puntualizado que no todos los derechos fundamentales se vinculan directamente a la dignidad humana. De ahí que, quepa diferenciar entre el título de ciudadanía y el de persona como tal (algo realmente inconvencible). aún más complicada, pues todavía late esa diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase debido a una cuestión de regularidad y/o irregularidad administrativa. Por ello, desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo establece ya varias líneas de actuación para

[28] Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., pág. 204.

[29] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

[30] Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social"…, op.cit., pág. 242.

mejorar la protección social de las personas inmigrantes en los países receptores que, no siempre se cumplen[31].

A pesar de estas propuestas internacionales y de los avances experimentados en esta materia, en España el extranjero se mantiene aún en una situación de desprotección y vulnerabilidad social. De hecho, el mismo Tribunal Constitucional, en su emblemática sentencia número 107/1984 ya ha aclarado que, en materia de libertad sindical, nos encontramos ante un derecho fundamental que se vincula a la persona como tal y no sólo por su título de ciudadanía. Por lo que no cabe excluir la libertad sindical del derecho a la dignidad, debiendo la actuación del Estado velar por el cumplimiento de este derecho para todas las personas, sin importar el título administrativo de "regularidad o irregularidad".

En efecto, en un Estado Democrático -como es el español- se habrán de establecer garantías contra el ejercicio de poderes organizados, con el objetivo de evitar que un determinado modelo de vida se imponga a una determinada colectividad. El elemento nuclear del Estado Democrático de Derecho consiste en establecer condiciones para que los individuos elaboren sus planes de vida y tengan posibilidades de perseguirlos, sin que el Estado imponga límites al ejercicio de esos derechos. De ahí que, en todo momento, el Estado Democrático de Derecho deba proteger y tutelar la autonomía de la voluntad. No es suficiente un modelo liberal de Estado de Derecho, sino que a la autonomía de la voluntad habrá de garantizarse estrategias de acción colectiva para que determinados objetivos puedan ser concretados, aparte de unas condiciones sociales mínimas para que esa autonomía logre resultados. Y todo habrá de ser decidido suponiendo la participación de los propios interesados. La legitimidad del poder está constantemente puesta en cuestión por los que son directamente afectados. Eso sólo se alcanza en la medida en que son aseguradas a todas las personas las condiciones para formular juicios críticos, mediante el ejercicio de la autonomía.

Una vez que se vincula el aparato normativo del Estado Democrático y de Derecho con los mecanismos de control para la garantía de esos derechos, podrán entonces garantizarse el desarrollo de la personalidad humana. Por lo que, en principio todos aquellos derechos adicionales que se reconozcan en el aparato normativo regulado por la autonomía de la voluntad en el derecho a la libertad sindical quedarán, igualmente, comprendidos en el bloque que el Tribunal Constitucional reconoce a los extranjeros en España.

Estas tres variantes: dignidad humana, libertad sindical y autonomía de la voluntad se vinculan de maneta incuestionables porque, de hecho, el derecho sindical es fruto de un largo proceso histórico de lucha por la conquista y defensa de los derechos de los trabajadores a través de la autonomía de la voluntad[32]. Por todo ello, la libertad sindical aparece regulada en los textos nacionales e internacionales[33].

El efecto horizontal en la aplicación y reconocimiento de los derechos de los extranjeros en España no debe llevarnos a excluir aquellos límites que desde el Estado se imponen para la regulación de esos derechos, pues de lo contrario se estaría admitiendo la regularización del trabajo irregular en España. Lo que se trata aquí es de garantizar los derechos que a toda persona le corresponden como tal, en igualdad de condiciones a los ciudadanos nacionales. Ahora bien, los condicionamientos del Estado para el ejercicio de los derechos de los extranjeros en situación irregular, los rebaja a ciudadanos de segunda (e incluso tercera) clase desprovistos de unas garantías mínimas constitucionales. Por todo

[31] López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

[32] Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

[33] Nieto Roales-Nieto, C y Macedo De Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar" … op.cit., pág. 213.

ello, lo primero es adoptar medidas que respeten el derecho a la dignidad humana, de acuerdo con los márgenes que establece la CE y los tratados internacionales[34].

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS RESTRICCIONES AL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: JURISPRUDENCIA, PROBLEMAS PRÁCTICOS Y POSTERIORES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y libertades de los extranjeros en España (actualmente derogada) recogía en su artículo 10 lo siguiente: "Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato y organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas leyes reguladoras". En esta normativa, anterior a la aprobación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (La LO 7/1985), sólo se reconoce la posibilidad de que los extranjeros en situación legal en España -excluye, por ende, a aquellos que se encuentren en situación irregular administrativa- a afiliarse a un sindicato libremente elegido, de acuerdo con lo que disponen sus leyes reguladoras[35].

Posteriormente, se aprueba la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical en donde sí se reconoce, con carácter general (y sin distinguir en función de la situación administrativa), en su artículo 5, lo siguiente: "Los trabajadores extranjeros tienen el derecho a afiliarse libremente al sindicato y organización profesional de su elección, así como el ejercicio del derecho de huelga, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Constitución".

En el año 2000 se aprueba la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la cual se caracteriza por evolucionar a la par que las políticas migratorias, buscando así adaptarse a la legislación internacional, comunitaria y a los distintos vaivenes jurisprudenciales. En concreto, en lo que se refiere al derecho de sindicación de los extranjeros se dispuso en su artículo 11.1 lo siguiente: "Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan la autorización de estancia o residencia en España". Esta última disposición fue objeto de polémica y de discusión ante el Tribunal Constitucional, pues el Parlamento de Navarra interpuso recurso de inconstitucionalidad por varios preceptos[36] de la LOEXIs. Entiende el Parlamento de Navarra que "La Ley 8/2000 regula aspectos relacionados con los extranjeros que afectan al ámbito de autonomía de la Comunidad Foral de Navarra como la enseñanza, la vivienda, la policía, los menores, la asistencia social o la sanidad, además de que los derechos afectados por la Ley impugnada pueden ejercerse frente a todos los poderes, incluidos los autonómicos", así como la doctrina contenida en el STC 48/2003, de 12 de marzo, concluye el Tribunal que "la aplicación de esta doctrina al presente proceso conduce a afirmar la inequívoca legitimación del Parlamento de Navarra para interponer recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 8/2000, dado que el ejercicio de las funciones que corresponden a la Comunidad Foral puede verse "afectado" por la norma estatal recurrida. Y ello porque existe una estrecha conexión entre las disposiciones de aquella Ley Orgánica, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y las aducidas materias comprendidas en los campos de

[34] Monereo Pérez, J.L: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.

[35] Rubio Medina, M.D: "Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo, autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros", *Temas Laborales*, núm.105/2010, pág.166.

[36] En concreto, se recurren los puntos 5, 6, 7, 9, 12, 13, 14, 16, 20, 50, 53 y 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000.

actuación autonómica de la Comunidad Foral de Navarra, lo que permite deducir un interés específico de su Parlamento para recurrir dicha Ley"[37].

A grandes rasgos, lo que se cuestionan aquí es la inconstitucionalidad de varios preceptos de la LOEXIs, a saber: el derecho de reunión, asociación, libre sindicación, educación no obligatoria y asistencia jurídica gratuita. Para poder responder a todas estas cuestiones, el Tribunal Constitucional examina, en primer lugar, el artículo 13.1 de la CE el cual se refiere a los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España y, todo ello, para pasar a continuación a analizar el artículo 28.1 de la CE que se refiere al derecho de libertad sindical (y todo en relación al ordinal 9 del artículo 1 de la LOEXIs).

La entidad recurrente denuncia la inconstitucionalidad del precepto por vulnerar el contenido esencial del derecho reconocido en el art. 28.1 CE y ser contrario a lo establecido en el art. 23.4 de la Declaración universal de los derechos humanos, al art. 22 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y al art. 11 del Convenio europeo de derechos humanos. El ejercicio del derecho a la libertad sindical no requeriría la condición laboral de su titular, al contrario de lo que ocurre con el derecho de huelga, y por ello no cabría argumentar que los titulares del derecho sean sólo los trabajadores.

El Abogado del Estado, por su parte, replica que los extranjeros no autorizados para estar o residir en España no están autorizados tampoco para trabajar válidamente, y sería absurdo permitir que quien no está autorizado a trabajar pudiera gozar de estos derechos.

Debe precisarse que el Parlamento de Navarra impugna la nueva redacción dada al apartado 1 del art. 11 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al derecho a sindicarse libremente, pero no el apartado 2, referente al ejercicio del derecho de huelga. Asimismo, "…el motivo de la impugnación se basa únicamente en la pretendida vulneración de la libertad sindical (art. 28.1 CE), a la que se refiere el primer inciso del precepto ('Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente'), pero no el segundo, que reconoce el derecho 'a afiliarse a una organización profesional', y que debe ubicarse en el art. 52 CE, donde no se configura como un derecho pues aquel precepto constitucional se limita a remitir a la ley la regulación de las 'organizaciones profesionales'."

Entiende aquí el Tribunal Constitucional que "En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a 'todos' los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a 'todos' los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos. Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador [art. 38 de la Ley Orgánica 4/2000, y arts. 1.1, 7 c) y 9.2 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo]. Por supuesto, ello no significa que el legislador orgánico no pueda establecer limitaciones o excepciones a su ejercicio en los términos a los que ya se refiere el propio art. 28.1 CE. Pero no alcanzando tales limitaciones o excepciones a los trabajadores extranjeros, la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el art. 28.1 CE interpretado conforme a la normativa internacional sobre este derecho

[37] Ver el Fundamento Jurídico 1 del recurso de inconstitucionalidad.

ratificada por España. Tampoco se compadece con este derecho la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores". Todo lo anterior no implica que el legislador no pueda establecer límites o excepciones a su ejercicio, en los términos del artículo 28.1 de la CE, sino que las mismas deberán interpretarse conforme a la normativa internacional ratificada por España. De igual modo, no aprueba la limitación que deriva para el derecho de los sindicatos a defender y promover los intereses de esos trabajadores.

Existe, por tanto, una contradicción entre lo previsto por la LOEXIs y lo preceptuado por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 11/1985 en lo que se refiere a la titularidad del derecho fundamental a la libertad sindical. Por todo ello, aunque el legislador orgánico pueda establecer límites queda claro que la autorización de estancia o residencia en España no puede condicionar el disfrute del derecho a la libertad sindical por parte de los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, pues se trata de un derecho que se le atribuye a la persona como tal para la garantía de su dignidad (artículo 10.1 de la CE).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del art. 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 9, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al art. 28.1 CE. Finalmente, el Alto Tribunal advierte que no le corresponde a él decidir sobre una determina opción em materia de extranjería, ya que sólo se limita a determinar si un precepto se ajusta o no a la CE. Por ello, afirma que la inconstitucionalidad apreciada exige que sea el propio legislador, dentro de la libertad de configuración normativa, derivada de su posición constitucional o de su específica libertad democrática, quien establezca las condiciones de ejercicio del derecho de sindicación de los extranjeros sin autorización de estancia o residencia, conforme a las leyes internacionales y la Carta Magna.

Al texto general de la sentencia del Tribunal Constitucional se presenta un voto particular discrepante por parte de los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren los Magistrados D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y D. Roberto García-Calvo y Montiel. Principalmente, los magistrados discuten el hecho de que "la dignidad de la persona", en cuanto derecho fundamental, se erija en fundamento jurídico determinante del orden político y de la paz social que obligue a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador"[38], ligando después a esa clave la *ratio* de la declaración de inconstitucionalidad. En otras palabras, entienden estos magistrados que deben entenderse en su conjunto el resto de derechos fundamentales que configuran el orden constitucional para valorar si el precepto en cuestión contradice o no la dignidad humana. Por todo ello, parece exagerado -a juicio de estos magistrados- considerar que el derecho a la sindicación de los extranjeros pueda estimarse lesiva de la dignidad humana.

4. CONCLUSIONES

Los flujos migratorios no constituyen un fenómeno coyuntural o una novedad en las sociedades contemporáneas, sino que -con mayor o menor intensidad- han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siendo así un elemento indispensable para la evolución y el progreso social. En las últimas décadas y en un contexto de globalización, se observa una intensificación de estos movimientos migratorios en toda la Unión Europea. Principalmente representativa ha sido la magnitud de inmigrantes que han entrado en el espacio comunitario en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo, refugio y asilo -a causa del agravamiento o estadillo de conflictos

[38] Fundamento Jurídico 3 de la sentencia.

armados-. En particular, algunos Estados miembro han experimentado un mayor aumento población en comparación con otros países de su entorno.

A pesar de los efectos positivos que la inmigración puede tener sobre las regiones en cuando factor equilibrador de la deuda externa o como elemento de reducción de la pobreza y dinamizador de las economías locales, lo cierto es que no todos los Estados han visto con buenos ojos esta "crisis migratoria y de refugiados". Desde el ámbito internacional se insiste: "En línea con los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible se debería avanzar en la articulación de políticas que propicien los procesos migratorios circulares, de forma que tanto los países emisores como los de acogida se beneficien de la movilidad internacional de las personas, así como en la reducción de los costes de transacción de las remesas que envían los trabajadores inmigrantes a sus países de origen".

La respuesta a este fenómeno difícilmente puede provenir de soluciones nacionales, pues el problema globalizado de la inmigración debe de abordarse de una manera conjunta y respetuosa con los derechos fundamentales. Sin embargo, el dilema se ha complicado cuando dentro de una zona de libre circulación de personas y trabajadores, aparecen abolidas las fronteras interiores, al tiempo que los Estados miembros hacen suyas las competencias en materia de autorización de entrada, permanencia y trabajo de personas de terceros países.

Otro de los aspectos básicos para la gestión eficaz de los flujos migratorios en la Unión Europea ha sido el desafío de la integración social. Precisamente, en esta materia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se conforma como un referente básico para la garantía de los derechos de los ciudadanos de terceros países, dado que la mayor parte de sus disposiciones son aplicables independientemente de la nacionalidad de las personas. Igualmente, se han aprobado varias disposiciones sobre nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro y deseen trabajar en un Estado miembro diferente. Todas ellas constituyen clave para la consecución de la integración social de las personas migrantes, de ahí que entre las propuestas que figuran a nivel europeo para la consecución de este objetivo aparezcan las siguientes: "... el empleo como parte fundamental del proceso de integración y esencial para la participación de las personas extranjeras en la sociedad de acogida; la educación como elemento esencial en la lucha contra la discriminación y la exclusión social; el diálogo intercultural como instrumento importante para promover la integración de personas procedentes de otros orígenes, culturas y religiones y la importancia de incorporar los temas de integración en todos los ámbitos de actuación pertinentes, con la cooperación y coordinación de las distintas Administraciones implicadas"[39]. Ahora bien, en tanto no se avance hacia una política comunitaria común y comprometida con la garantía de los derechos humanos, la regulación de la protección social de los inmigrantes quedará abocada al fracaso. En este sentido, unas de las principales trabas que dificultan el logro de estos ambiciosos objetivos radica en el acceso y permanencia en el empleo de los nacionales de terceros países, materias que siguen siendo competencias propias de los Estados miembros, al igual que los procedimientos de concesión y los distintos tipos de autorizaciones para el trabajo.

El fenómeno de la inmigración en España ha venido transformado profundamente, desde finales del siglo xx, los perfiles de la sociedad española. De un lado, se observa un incremento notable de la población de origen extranjero, pero, de otro, crece de manera imparable el nivel de multiculturalidad, al tiempo que hacen su presencia elementos de rechazo y exclusión poblacional. Esto último es debido a que la sociedad española aún no está preparada para el cambio cultural. Aparte, la vigente ley de extranjería (LOEXIs) tampoco responde al candente enigma de la inmigración, puesto que no fomenta la integración de inmigrantes sino, más bien, la desigualdad social, la precariedad y el abuso. Precisamente, a través de la LOEXIs del año 2000 se establecieron límites al derecho de libertad

[39] Informe CES 2/2014: "La inmigración y el mercado de trabajo en España".

sindical de los extranjeros en situación administrativa irregular que venía a evidenciar y/o reflejar el fracaso en las políticas de codesarrollo a nivel europeo.

La teoría dista mucho de la práctica, de ahí que a pesar de los objetivos que con carácter programático se consagran a nivel comunitario e internacional para el acceso a un trabajo decente, lo cierto es que en España los inmigrantes irregulares son los que más se ven abocados a cubrir puesto de trabajo poco cualificados y valorados (se tratan de trabajos con bajas retribuciones, mayor temporalidad, jornadas incompatibles con el desarrollo de una vida social y familiar, con carencia de derechos en materia de Seguridad Social....etcétera). Indudablemente, en torno a este grupo se han consolidado una serie de prejuicios, estereotipos y factores que los sitúa en una posición de extrema pobreza y trabajo invisible. En efecto, el factor étnico está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que los convierte en ciudadanos de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales.

En materia de libertad sindical el resultado, lamentablemente, ha sido el mismo. Por esta razón, el Parlamento de Navarra planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional que fue finalmente admitida. De ahí que quedara modificado el apartado 9 del artículo 1 de la LO 8/2000, de 23 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ante el Congreso de los Diputados. La cuestión de si el derecho a la libertad sindical se anuda o no a la "dignidad humana" resulta aquí de vital importancia, como lo es el mismo respeto a los derechos fundamentales protegidos al máximo nivel de garantías. Sin embargo, lo más triste, es que se haya tenido que esperar siete años desde la aprobación de la LOEXIs del año 2000 para adoptar medidas de justicia social. Ahora bien, lo más interesante del fallo del Tribunal Constitucional es que, no sólo se ha declarado la inconstitucionalidad del derecho de sindicación, sino también de los derechos a la reunión, a la asociación, a la educación no obligatoria y a la asistencia jurídica gratuita. Algo que realmente supone un importante avance para la integración social y el respeto a las personas inmigrantes.

Pese a los logros adquiridos, lo cierto es que aún subsisten en el ordenamiento jurídico español diferencias en el tratamiento de los extranjeros en situación regular y regular. A buen ejemplo, el acceso de los migrantes a los servicios de salud se encuentra condicionado por la configuración legal del derecho a la atención sanitaria de carácter público, que ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con ampliaciones y restricciones sucesivas desde que la LOEXIs extendiera el derecho a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa. Pese a que, tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018 se recupera el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España en situación de estancia irregular, la arrolladora sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019, con número de recurso 1068/2018 dio un importante paso atrás. En efecto, los extranjeros en situación regular quedan excluidos del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que resulta inaudito y contrario a la configuración de la salud como derecho humano universal, toda vez que este derecho se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal. Es decir, que mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, no se entiende como al tratarse de un inmigrante con residencia legal se entra ahora a valorar la condición de asegurado. Ello provoca una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica que resulta contraria a la normativa internacional y comunitaria (a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea y el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo)[40].

[40] López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

5. BIBLIOGRAFÍA

Cabeza Pereiro, Jaime: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015.

Ferrajoli, L: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Tratado de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

González Ortega, Santiago: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en VV.AA., González Ortega, Santiago (Coord)., *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

Kahale Carrillo, D.T: "La inconstitucionalidad de la libertad sindical de la Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Temas Laborales,* núm. 95/2008.

López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

López Insua, Belén del Mar: "La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea" en VV.AA., Fernández Avilés, José Antonio (Dir) y Durán Bernardino, Manuela (Coord)., *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017.

Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2017.

Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L: *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011.

Monereo Pérez, José Luis: "Artículo 53. Nivel de protección", en VV.AA., Monereo Atienza, Cristina y Monereo Pérez, José Luis (Dir y Coord)., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, José Luis: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº41, 2016.

Nieto Roales-Nieto, C y Macedo de Britto Pereira, R.J: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Revista Migraciones*, número 18, 2005.

Palomar, A y Vázquez, J: "Libertad sindical y huelga de los extranjeros", *V/Lex*, 2008.

Rodríguez-Piñero, M: "OIT, derechos humanos y libertad sindical", *Relaciones Laborales. Revista crítica de teórica y práctica*, Tomo I, 1999.

Rubio Medina, M.D: "Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo, autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros", *Temas Laborales*, núm.105/2010.

Valdés Dal-Ré, F: "El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional", *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996

V. Ihering, R: *El fin en el derecho*, Estudio Preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011.

ISSN: 2792-7970

Ensanchando la acción sindical: la necesaria integración de la perspectiva de género

Expanding union action: the necessary integration of the gender perspective

Olimpia Molina Hermosilla *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Jaén
https://orcid.org/0000-0002-1946-6682

Cita Sugerida: MOLINA HERMOSILLA, O.: «Ensanchando la acción sindical: la necesaria integración de la perspectiva de género». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 207-228.

Resumen

Históricamente es posible constatar un distanciamiento del movimiento sindical respecto a las reivindicaciones socio laborales protagonizadas por las mujeres. La apertura, desde la perspectiva de género, de este movimiento sindical supera con creces el simple incremento de mujeres entre sus bases de afiliación, para exigir una transformación de sus propias estructuras, jerarquías y políticas internas, así como una evaluación del impacto que su actuación provoca en la mejora de las condiciones socio laborales de las mujeres, tanto sindicalizadas como de aquellas que no lo están.

La transversalidad de la cuestión género en la actividad sindical, pese a todos los avances conseguidos en los últimos años, sigue siendo en nuestros días una asignatura pendiente, frente a la que perviven muchos retos que aún no han encontrado adecuada respuesta. Este hecho está motivando el surgimiento de movimientos reivindicativos protagonizados por mujeres que, pese a nacer y desarrollarse en los márgenes de los tradicionales sindicatos de clases, presentan la virtualidad de actuar como elemento de revitalización del propio movimiento sindical, enfocado en la perspectiva de género.

Palabras clave

libertad sindical; igualdad y no discriminación por razón de género; sindicatos feministas

Abstract

Historically, there has been a distance between unions and women´s socio labor demands. The opening, from the gender perspective, of the union movement far exceeds the simple increase of women among its membership, to demand a transformation of its own structures, hierarchies and internal policies, as well as an evaluation of the impact that their actions causes on the socio-labor conditions of women, both unionized and those who are not.

The implementation of gender in union activity, despite all the progress achieved in recent years, continues to be a pending issue today, facing many challenges that have not yet found an adequate response. This fact is motivating the emergence of protest movements led by women that, despite being born and developing on the margins of traditional class unions, have the potential to act as a stimulus and revitalization of the union movement itself, focused on the gender perspective.

Keywords

union freedom; equal and no discrimination based on gender; union feminists

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las mujeres siempre han participado de las luchas y revoluciones sociales que se han llevado a cabo a lo largo de la historia, con el fin de mejorar las condiciones de vida y trabajo de la población más vulnerable. Más específicamente, existen evidencias que ponen de manifiesto cómo las mujeres participaron también en las reivindicaciones desde los mismos comienzos del movimiento obrero, en

el siglo XIX[1]. Sin embargo, su papel activo ha sido, como en tantos otros ámbitos de nuestra historia, silenciado e ignorado en muchos casos, con la consiguiente atribución, con carácter exclusivo, de las mejoras y los avances conseguidos a los hombres.

Una vez que la organización sindical ya se encuentra plenamente constituida y reconocida en los distintos ordenamientos jurídicos, tanto en el plano internacional como a nivel interno de los distintos países, este movimiento reivindicativo de las mujeres en defensa de unas mejores condiciones de trabajo y de vida no siempre ha venido encontrando un perfecto encaje en estas organizaciones, quedando en unos casos constreñido y relegado dentro de las mismas y en otros, llegando a ser expulsado fuera de los márgenes de éstas.

Ello ha provocado un tradicional distanciamiento de las mujeres respecto a las organizaciones sindicales, que resulta especialmente palpable en determinados aspectos y con ello, en definitiva, se ha venido a acrecentar la crisis de representatividad que viene afectando a estas organizaciones[2], en este caso, analizada desde una perspectiva de género.

Existen distintas hipótesis que tratan de explicar este distanciamiento o exclusión de las mujeres de las organizaciones sindicales[3]. En primer lugar, la división sexual del trabajo que presenta la sociedad, ha venido actuando como desincentivo para esta participación, en la medida en que son mayores las cargas y responsabilidades que las mujeres adquieren en el ámbito privado, en comparación con las que adquieren sus compañeros varones. Por otro lado, históricamente, la propia organización sindical ha podido actuar como elemento desincentivador de la participación de las mujeres en su propia estructura interna, relegando a las participantes a un papel secundario o sectorial dentro de las mismas.

Lo cierto es que desde la década de los noventa, en que se hace más acuciante la crisis del tradicional sujeto sindical, es posible apreciar una mayor apertura por parte de estas organizaciones hacia las reivindicaciones socio laborales de las mujeres, motivados en unos casos por convencimiento y en otros, por la necesidad de asegurar la propia subsistencia de estas organizaciones.

Paralelamente a esta mayor apertura del movimiento sindical hacia la perspectiva de género, empieza a consolidarse a nivel internacional y, posteriormente, también en el interior de nuestras fronteras, un movimiento sindical protagonizado y dirigido exclusivamente por mujeres, de matiz netamente feminista, que reivindica un espacio propio y singularizado dentro de la acción sindical.

Son tales los retos y desafíos que enfrenta hoy la organización sindical de clases, que la necesaria implementación de la cuestión de género no puede quedar reducida a incrementar el número de mujeres entre sus filas, sino que requiere de una propuesta integral de esta perspectiva, que se haga evidente tanto en el plano interno, representada en una profunda transformación de sus propias estructura jerarquías y políticas internas, como al mismo tiempo, en el plano externo, representado en este caso, en la acción que llevan a cabo en defensa de la implementación de este principio con carácter transversal, lo cual exige una evaluación del impacto que la propia actuación sindical provoca en la mejora de las condiciones socio laborales de las mujeres, tanto sindicalizadas como de aquellas que no lo están. Por tanto, no basta únicamente con incrementar el número de delegadas sindicales

[1] Sue Cobble, D. Gender Equality and Labor Movements: Toward a Global Perspective. Rutgers University, Solidary Center and USAID. New Jersey, USA, 2012.

[2] Lahera Forteza, J. "Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, V. 4. (2), 2016, pág. 1-18.

[3] Valera, P. Lazcano Simoniello, J. Pandolfo Greco, L. "Género y Militancia: participación político-sindical de las mujeres en una fábrica de Buenos Aires", *Revista de Estudios Marítimos y Sociales*, nº 16. 2000, pág. 141-175.

sino de dotar de espacios a las reivindicaciones y necesidades específicas sentidas por las mujeres trabajadoras[4].

2. BREVES NOTAS SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SINDICATO COMO ESTRUCTURA DE PODER MASCULINO.

La historia del movimiento sindical revela que construyó su identidad en torno a la figura masculina, representada por el obrero industrial y ello ha contribuido a desdibujar las aportaciones de todos aquellos colectivos que quedaban al margen de esta identidad colectiva. Entre estos colectivos que han quedo fuera del ámbito subjetivo tradicional sobre el que ha venido centrándose la acción sindical, se encuentra el colectivo de mujeres, lo cual, tiene una significativa transcendencia, en su doble dimensión tanto cuantitativa como cualitativa[5].

Se ha llegado a afirmar que la historia del movimiento sindical desvela la exclusión que han padecido en este ámbito las mujeres, por parte de sus compañeros varones, que en unos casos no tomaron en cuenta las reivindicaciones de las trabajadoras e incluso, en otros, les negaron el acceso al propio sindicato, con el objetivo de preservar el modelo masculinizado imperante en la actividad sindical[6]. Esta exclusión ha provocado, al mismo tiempo, un discurso sindical predominantemente masculino, que no dejaba margen de expresión para las reivindicaciones en materia de igualdad de género.

Más concretamente, tal y como reconoce la propia Organización Internacional del Trabajo - en adelante OIT- "dado que el mundo del trabajo ha integrado históricamente las funciones tradicionales de cada género, estas organizaciones también han reflejado la estructura social tradicional de las sociedades, en particular en sus sistemas de gobernanza"[7]. Ello nos lleva a concluir, que también la organización sindical ha venido actuando históricamente como una estructura de poder basada en el género, que reproducía contra las mujeres las mismas desigualdades y discriminaciones que éstas han venido padeciendo en la sociedad y en el mercado de trabajo, buscando, en definitiva, mantenerlas en una posición de subordinación, que resultaba socialmente aceptada[8]. En palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia 7601/76, de 13 de agosto, *Asunto Young, James y Websters* "los sindicatos no pueden ser percibidos como entes dedicados exclusivamente a aspectos políticamente neutrales, sino que con frecuencia, defienden posturas ideológicas y concretos puntos de vista sobre asuntos de carácter político y social", entre los que se encuentra la política de género, que determina la posición que hombres y mujeres ocupan en el interior de la propia organización y que también tendrá su reflejo en el resto de actividades que lleva a cabo el propio sindicato, a saber, en su propia organización, estatutos, administración y elección de representantes, entre otras.

Esta situación se mantuvo con algunos avances y retrocesos hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX, en el que debido a la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y las reivindicaciones del movimiento feminista, se produjo una mayor afiliación de mujeres a los

[4] Informe de la Comisión Interamericana de Mujeres: *La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género*. 2020. Pág. 4.

[5] Torns, T., Recio, C. *Las mujeres y el sindicalismo: avances y retos ante las transformaciones sociales y laborales*. Documento nº 36. Fundación Manu Robles Instituta, 2017.

[6] Ledwith, S. "Gender Polítics in Trade Unions. The representation of women between exclusión and inclusión". *Transferencia Revista Europea del Trabajo y la Investigación*, V. 18 (2), 2012.

[7] Informe OIT *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos* 2019, pág. 98.

[8] Rein Venegas, T. *La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género*, Secretaría General de los Estados Iberoamericanos, 2020, pág. 7

sindicatos, al tiempo que se empezaron a evidenciar las discriminaciones que éstas padecían en el seno de las propias organizaciones sindicales.

No se trata, por tanto, de lamentar la ausencia de mujeres en las luchas obreras o posteriormente en el propio movimiento sindical, sino que sus aportaciones han sido sistemáticamente silenciadas o infravaloradas[9], bajo el paradigma del interés colectivo, el cual se aparecía dotado de un carácter pretendidamente neutro, que aspiraba a presentar a la clase trabajadora como un bloque homogéneo y que, finalmente, ha resultado ser excluyente para éstas, al estandarizar las reivindicaciones y experiencias masculinas en el trabajo como la norma general, con el consiguiente efecto de invisibilizar los intereses y necesidades de las trabajadoras.

El movimiento de apertura experimentado por las organizaciones sindicales tendente a dispensar una mayor atención a las reivindicaciones de las mujeres, como trabajadoras y también como sujetos activos de la propia acción sindical, fue debido, por una parte, a la propia actuación de estas mujeres y sobre todo, al impulso de la OIT, mediante la aprobación de Acuerdos Internacionales en materia de igualdad entre hombres y mujeres que tuvo una influencia directa, tanto en las legislaciones nacionales como en la propia acción de la organización sindical[10]. Un tercer factor que ha influido en esta mayor apertura del movimiento sindical hacia los colectivos de mujeres y sus reivindicaciones viene representado por la propia crisis sentida por este movimiento, que ha hecho necesario, para asegurar su propia supervivencia, una mayor atención a las reivindicaciones de colectivos que tradicionalmente quedaban excluidos del mismo[11].

Sin embargo, pese a esta mayor apertura que ha mostrado el movimiento sindical en las últimas décadas hacia la implementación de la igualdad de género, tanto en su estructura y organización interna, como también en el plano externo, a través de la reivindicación de las cuestiones sentidas especialmente por las trabajadoras, lo cierto es que aún en nuestros días, no se ha logrado superar la tradicional inequidad que han venido presentando estas organizaciones y por ende, tampoco la implementación de la igualdad de género en el seno de las mismas, las cuales perviven como instituciones fuertemente masculinizadas[12].

Si bien es cierto que existen significativas diferencias a nivel internacional, aún no se ha logrado superar la desigualdad estructural entre hombres y mujeres en el interior de muchas de estas organizaciones sindicales, donde aún pervive la segregación horizontal y vertical de las mujeres[13] y tampoco han conseguido erigirse como organizaciones para la defensa de los intereses y demandas de las trabajadoras. Aún en nuestros días es posible constatar como la mera presencia mayoritaria de mujeres en un sector parece conducir a la devaluación de esos empleos y en cómo son recompensados

[9] Roca, B. Bermúdez Figueroa E. "La historia silenciada de las mujeres en la lucha sindical". Blog *El rumor de las multitudes* https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/la-historia-silenciada-de-las-mujeres-en-la-lucha-sindical

[10] Entre las más recientes actuaciones llevadas a cabo por la OIT en este ámbito, cabe citar: *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos.* Ginebra, 2019; *Libertad de asociación y libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Informe de seguimiento de la declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Ginebra, 2008; *ABC of Women Workers´Rights and Gender Equality*, Ginebra, 2007; *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT,* Ginebra, 2006; *The role of trade unions in the global economy and the fight against poverty*, Ginebra, 2005.

[11] OIT: *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos.* Ginebra, 2019

[12] Rein Venegas, T. OEA *La participación de las mujeres en el ámbito sindical*…Pág. 18

[13] Riquelme Giagnoni, V. Abarca Ferrando, M. "Más mujeres en los sindicatos. Sectores con alta sindicalización femenina". *Aporte al debate laboral,* nº 33. 2015. https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-106799_archivo_01.pdf

y al mismo tiempo, a una menor preocupación de las organizaciones sindicales respecto a las condiciones en que se desarrollan los mismos[14].

En su día fueron formuladas una batería de cuestiones para comprobar la distancia que existía entre una organización sindical y las posibilidades de integración de las reivindicaciones de las mujeres y su participación en la misma, cuestiones que siguen teniendo plena actualidad, para valorar el grado de compromiso que cada organización sindical presenta con la consecución de objetivos en materia de igualdad de género[15]. Algunos de estos interrogantes consistían en cuestionarse a cerca de la existencia de mujeres en las propias organizaciones sindicales, qué proporción representan éstas, qué visibilidad tienen, cuál es su poder real de decisión dentro de la organización, si existen mujeres ocupando puestos de dirección en la misma y qué porcentaje ocupan dentro de estos órganos de dirección y decisión, si hay normas que promuevan la igualdad dentro del propio sindicato, qué logros materiales se consiguen alcanzar, entre otras muchas cuestiones.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL DE LAS MUJERES

La creciente complejidad que presentan los mecanismos organizativos que existen en nuestra sociedad tiene su lógico reflejo en la mayor dificultad que enfrentan las legislaciones, tanto a nivel interno de cada Estado como a nivel internacional, para gobernar y tratar de integrar las situaciones conflictivas que se manifiestan en distintos ámbitos. En este sentido, y con el objetivo de tratar de integrar el conflicto social, el fenómeno sindical y el instrumento de la negociación colectiva aparecen como elementos esenciales para procurar la autoregulación sistemática[16].

Esta misma nota de pluralismo se refleja también en las propias conformaciones internas de cada uno de estos sujetos intervinientes. Aparece así el pluralismo sindical, como manifestación de la amplitud de intereses diversos y exigencias de articulación representativa, sentida a nivel de las estructuras internas de uno de los protagonistas de este proceso de democratización de la sociedad[17].

En este contexto, el derecho de las mujeres a la libertad sindical, en todas sus vertientes y en plena igualdad respecto a los trabajadores varones, goza de la más alta protección en el ámbito internacional y también, en el caso de España, en nuestro ordenamiento interno.

3.1. Su reconocimiento a nivel internacional

El análisis exhaustivo de las distintas vicisitudes por las que ha ido atravesando el derecho a la libertad sindical de las mujeres, trasciende con mucho el objetivo de este estudio, por lo que se trata ahora de recoger los principales hitos normativos, a nivel internacional, que permiten en nuestros días proclamar la titularidad de las mujeres a la libertad sindical, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación en su ejercicio.

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce en su art. 20.1 el derecho de toda persona "a la libertad de reunión y de asociación pacíficas", así como su derecho a no ser obligado a pertenecer a una asociación (20.2). Por su parte, en su art. 23.4 reconoce el derecho

[14] Zwysen W. "What´s a woman´s job? Mapping the contribution of feminisation to gender gaps across Europe", *Instituto Sindical Europeo*, febrero, 2024, https://www.etui.org/publications/whats-womans-job

[15] Cockburn, C. *Strategies for Gender Democracy: Women and European Social Dialogue. Brussels*, European Commission, 1995.

[16] Monereo Pérez, J.L; Fernández Avilés, J.A. "Por una concepción realista del Derecho Sindical: Giovanni Tarello", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (1), 2023, pág. 1-76.

[17] Monereo Pérez, J. L.: "Pluralismo jurídico y Derecho social: La sociología del Derecho de Gurvitch", Estudio preliminar. a la obra de Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares, 2001, pág 150 y ss.

con carácter universal a fundar sindicatos y sindicarse. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su art. 22 el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos, al tiempo que establece un sistema de garantías frente a posibles injerencias de los poderes públicos que puedan menoscabarlo.

La Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, recoge en su art. 7, el compromiso de los Estados en la adopción de cuantas medidas resulten necesarias para eliminar la discriminación de la mujer en la vida política y pública, con especial referencia a su derecho a participar en igualdad de condiciones respecto a los hombres, en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política de cada Estado miembro (letra c). Posteriormente, su art. 11 compromete a los Estados a adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación que sufren las mujeres en el ámbito del empleo, con el fin de asegurarles los mismos derechos que a los hombres, en condiciones de igualdad[18].

Por lo que respecta a la igualdad y no discriminación, ésta aparece proclamada como principio básico en la Declaración Universidad de Derechos Humanos, adoptada en la Asamblea General de Naciones Unidad, en 1948. También entre la actuación de este organismo internacional destacan dos importantes instrumentos jurídicos aprobados en 1966, como son el Pacto de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en cuyo art. 26 se configura la no discriminación como derecho autónomo y de carácter general.

La OIT ha dotado a la libertad sindical del carácter de componente básico del Derecho Internacional del Trabajo, el cual se encuentra consagrado en su propia Constitución 1919[19], así como en la Declaración de Filadelfia de 1944[20] y posteriormente, en la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada en 1998. También en el ámbito de la igualdad y no discriminación ha sido destacada la labor de esta Oficina internacional, aprobando importantes normas, como el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951, o el Convenio 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958.

Más recientemente, en 2008, mediante su Declaración sobre Justicia Social para la Globalización Equitativa, actualiza en el año 2022, la OIT reconoció el papel fundamental de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, como derechos habilitantes para la plena consecución del resto de derechos en el trabajo.

[18] Este artículo 11 se refiere, en particular: "a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción"

[19] "La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante.

[20] I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;" "III. La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: (e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas."

La propia Agenda 2030 se encarga de establecer garantías para este derecho a la libertad sindical y al ejercicio de la negociación colectiva. Estos derechos aparecen ahora vinculados con la consecución de los objetivos de Desarrollo Sostenible[21].

3.2. Su reconocimiento a nivel europeo e interno de nuestro país

Por su parte, también en el sistema de Derecho Europeo la libertad sindical goza de la más alta protección, a través de su incursión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos[22], la Carta Social Europea[23] y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[24].

Por lo que se refiere al derecho a la no discriminación, éste goza en el ámbito del Consejo de Europa, de la consideración de valor esencial, y desde la entrada en vigor en nuestro país del protocolo número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[25], este derecho es considerado autónomo y no dependiente del catálogo de derechos reconocidos en la citada Convención.

En este ámbito comunitario, el derecho a la igualdad y no discriminación es uno de los principios básicos y esenciales, reconocido en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea. También la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que goza de la misma consideración jurídica que los Tratados de la UE, prohíbe en su art. 21 toda discriminación y en particular, la ejercida por razón de sexo, entre otros motivos, al tiempo que proclama la igualdad entre hombres y mujeres en su art. 23.

---

[21] En especial, ODS 5.5 " Asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública" ODS 8.8 Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios); ODS16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todo, ODS 16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas ODS 16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales. Vid. Metas de los ODS pertinentes vinculados con la libertad de asociación y libertad sindical y la negociación colectiva (ilo.org)

[22] Así, en su artículo 11 establece: "Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.

[23] Parte I. Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes:… "5. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales; 6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva; 28. Los representantes de los trabajadores en la empresa tienen derecho a protección contra los actos que puedan causarles un perjuicio y deben contar con las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones."

[24] Artículo 12. Libertad de reunión y de asociación: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras, sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses." Artículo 28. Derecho de negociación y de acción colectiva: "Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga."

[25] BOE 14 de marzo de 2008.

Descendiendo a nuestro nivel interno, el Derecho fundamental a la libertad sindical es reconocido sin ambages, tanto en su vertiente individual como colectiva, así como en su doble dimensión positiva y negativa. Así, la propia C.E consagra la libertad sindical en el art. 28 y posteriormente es la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, de 2 de agosto, la encargada de su desarrollo.

Junto a ello, el derecho fundamental a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres se encuentra reconocido en el art. 14 C.E y posteriormente ha sido objeto de desarrollo normativo a través de la L.O 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y más recientemente, por Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación[26].

Todo este complejo normativo constituye en nuestro país el marco jurídico de referencia para encuadrar el derecho de las mujeres a disfrutar plenamente, en todas sus dimensiones, del derecho a la libertad sindical, sin ningún tipo de discriminación respecto a los hombres. Concretamente, el 12 de la Ley 15/2022, bajo la rúbrica "derecho a la igualdad de trato, no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social y económico", trata de garantizar en todas estas estructuras el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, tanto en el momento de producirse la afiliación o inscripción a estas organizaciones, como también en su propia estructura orgánica y funcionamiento interno, extendiéndolo al disfrute de cualquier ventaja que éstas ofrezcan a sus miembros.

Por tanto, el problema no reside tanto en el reconocimiento formal de este derecho fundamental y básico a la libertad sindical con que cuentan las mujeres en condiciones de plena igualdad respecto a los hombres, sino en las garantías para asegurar su respeto y cumplimiento.

En este sentido, conviene recordar que el propio sujeto sindical ha venido siendo considerado en nuestro ordenamiento como sujeto cualificado en la lucha contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo, lo que se extiende sin duda, al propio derecho a la libertad sindical de las mujeres. Para ello, el sindicato cuenta con el reconocimiento de la legitimación procesal, en su condición de sujeto de representación de intereses colectivos. Esta consideración se ha visto reforzada, mediante la modificación operada en el art. 19.1, letra i) de la Ley 28/1998, de Jurisdicción Contencioso administrativa, en virtud de Disposición Final Tercera de la Ley 15/2022, mediante la cual, los sindicatos son considerados sujetos interesados, con independencia de la representación que ostenten, en los procedimientos administrativos en los que la Administración tenga que pronunciarse en el marco de una situación de discriminación y siempre que hayan resultado afectadas una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación[27].

También se reconoce ahora a los sindicatos más representativos, dada la defensa de estos derechos que tienen atribuida, incluida en el ámbito procesal, participación institucional en la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no discriminación, cuya constitución debería haberse realizado en los seis meses siguientes a la aprobación de la Ley 15/2022, sin que aún en nuestros días sea una realidad.

Como contrapartida a este reconocimiento que recibe el sindicato en nuestro ordenamiento jurídico, como sujeto cualificado en la protección integral y en la lucha contra la discriminación y promoción de la igualdad, se hace derivar para este sujeto, como garantía misma de coherencia y

[26] Para un completo análisis de las aportaciones de esta normativa, Vid. Monereo Pérez, J.L; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G. "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Revista Crítica de Relaciones Laborales, Laborum*, nº 4, 2022, pág. 11-42.

[27] Ferrando García, F. "Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato: más allá de orden social de la jurisdicción" *Revista Documentación Laboral*, nº 127, 2022, pág. 33-58.

credibilidad de su actuación, un respeto ejemplar al derecho que tiene encomendado salvaguardar. En otras palabras, no puede existir compromiso y coherencia externa con la defensa de este derecho a la igualdad y no discriminación por parte del sujeto sindical si internamente el sindicato presenta una estructura que denota debilidades en su defensa y en su aplicación.

4. DESIGUALDADES QUE ENFRENTAN LAS MUJERES EN EL EJERCICIO DE SU DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL

El reconocimiento formal del derecho a la libertad sindical de que gozan las mujeres, sin que puedan sufrir ningún tipo de discriminación por razón de sexo, siendo requisito necesario, no es suficiente para garantizar su ejercicio en plenas condiciones de igualdad respecto a los hombres. Más allá del reconocimiento al más alto nivel de que goza este derecho, lo cierto es que las mujeres en este ámbito, como en tantos otros, se han venido enfrentando a desigualdades derivadas tanto del ámbito privado, como del público, como también y destacadamente, a las propias dinámicas discriminatorias en que, en muchos casos, ha incurrido la propia organización sindical. El efecto combinado de estas desigualdades y discriminaciones han venido provocando como resultado, el desincentivo en el ejercicio de este derecho por parte de las mujeres en unos casos, y en otros, claramente, su vulneración.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la Sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional 133/2022 de 17 de octubre, (Rec 238/2022), por la que condena a la Asociación de Futbolistas Profesionales por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y no discriminación por razón de sexo, a cesar inmediatamente en su práctica consistente en restringir el acceso al fondo de retirada a las personas que se encontrasen afiliadas a dicho sindicato, excluyendo a las que no estuvieran sindicadas o lo estuvieran a otro sindicato distinto, por considerar nula esta práctica. Así mismo reconoce al sindicato denominado "Asociación de futbolistas profesionales" -Futpro[28]- que constituye el sindicato mayoritario de futbol profesional femenino, el derecho a percibir 60.002€ en concepto de daños morales derivados de la vulneración de ambos derechos fundamentales[29].

Respecto a la participación de las mujeres en el ámbito sindical, según los informes publicados por la OIT[30], ha venido incrementándose paulatinamente a nivel internacional en las últimas cuatro décadas, como consecuencia de la propia labor de impulso y reconocimiento que se ha llevado a cabo de este derecho tanto en sede internacional como en el interior de los distintos Estados.

Por lo que respecta a nuestro país, esta cifra de mujeres sindicalizadas a los principales sindicatos no aparece recogida oficialmente en el Informe de *Mujeres en cifras*, que publica periódicamente el Instituto de la Mujer, cuyos registros en este ámbito sólo llegan hasta el año 2012. Tampoco el Instituto Nacional de Estadística ofrece datos oficiales en cuanto a la distribución de hombres y mujeres en los órganos de "Poder y toma de decisiones"[31], referidos a la afiliación de mujeres a sindicatos. Esta ausencia de datos oficiales, hace necesario acudir al portal web de transparencia que publica cada uno

[28] Se trata de un sindicato constituido por Resolución de la Dirección General de Trabajo, publicada en BOE 4 de noviembre de 2021, formado y dirigido exclusivamente por mujeres futbolistas que compiten en España, encaminada a la defensa y promoción de las condiciones socio profesionales específicas que les afecta. Vid. https://futpro.es/

[29] Esta sentencia ha sido objeto de detenida atención y comentarios por parte de destacados representantes de nuestra doctrina. Por todos ellos Vid. Rojo Torrecilla, E. "Las futbolistas profesionales y su derecho a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo", *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº10, 2022.

[30] OIT: *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos*. Ginebra, 2019

[31] Estas estadísticas se encuentran disponibles en https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&param1=PYSDetalleGratuitas&param4=Ocultar

de los sindicatos más representativos en nuestro país, para conocer la proporción de mujeres que se encuentran afiliadas a cada uno de ellos[32].

4.1. Dificultades derivadas de la tradicional división sexual del trabajo

En este sentido, la propia tradicional división sexual del trabajo que presenta la sociedad, ha actuado de facto como un elemento desincentivador para el ejercicio de este derecho en el caso de las mujeres, en la medida en que son mayores las cargas y responsabilidades que éstas han venido y vienen aún hoy soportando en el ámbito privado, en comparación con sus compañeros varones.

Es más, esta misma división sexual del trabajo ha dejado también sentir sus efectos en el ámbito interno de las propias organizaciones sindicales, provocando, por un lado, que las mujeres dispongan de menos tiempo para dedicar a la actividad sindical, debido a la mayor carga de trabajo que asumen en el ámbito privado y, por otro lado, afecta también a las actividades en las que han venido centrando su participación dentro de la propia organización sindical. En este sentido, la mayor parte de estos ámbitos de participación reservados a las mujeres dentro de estas estructuras sindicales, guardan relación con aquellos que se perciben como propios de las mujeres[33], hasta el punto que han venido a constituir lo que se ha dado en denominar "demanda o luchas sectoriales"[34] de las mujeres dentro de la organización sindical.

Este hecho ha provocado que estas mujeres sindicalistas tengan una menor representatividad y visibilidad tanto dentro de la propia organización, como fuera de la misma. En definitiva, se ha provocado cierta invisibilización de las mujeres sindicalistas dentro de las propias organizaciones, lo que se evidencia en la dificultad para identificar referentes sindicales femeninos. Precisamente, con la voluntad de contrarrestar esta evidencia, recientemente se ha llevado a cabo por las principales organizaciones sindicales de nuestro país, UGT y CCOO, un esfuerzo por visibilizar especialmente el papel de las mujeres sindicalistas, en la búsqueda de referentes históricos y actuales que pongan de manifiesto el papel que las mujeres han venido desarrollando dentro de estas organizaciones[35].

4.2. Dificultades derivadas de la existencia del techo de cristal en las organizaciones sindicales

Históricamente, las mujeres sindicalistas han experimentado una enorme dificultad a la hora de ascender en la pirámide jerárquica existente dentro de la propia organización sindical, para llegar a ocupar áreas estratégicas en la misma. Así, en el plano internacional, el aumento en la proporción de mujeres afiliadas a sindicatos no se ha hecho acompañar de un aumento proporcional en el número de mujeres en los órganos de decisión de estas organizaciones sindicales, donde las mujeres ocupan, como media, el 28% de estos órganos[36]. Ello nos lleva a concluir que el techo de cristal también ha

[32] En el caso de UGT, según la información que publica este portal de transparencia relativa al año 2021 " el 41,56% de nuestra afiliación son mujeres y el 58,44% son hombres" https://www.ugt.es/como-somos Por lo que respecta a CCOO, el sindicato ha publicado estos datos de afiliación de mujeres a finales de 2022, en Muñoz Ruiz, M. Antón Fernández, E. García Bujarrabal, D. *El feminismo en las políticas de las centrales sindicales en España*. Op. Cit. pág. 223.

[33] Se trata de ámbitos relacionados con las actuaciones de "derecho a la igualdad de oportunidades", "protección contra la violencia de género", "protección social", entre otros, ámbitos que han concentrado la mayor presencia y actividad de las mujeres dentro de la organización sindical.

[34] Muñoz Ruiz, M. Antón Fernández, E. García Bujarrabal, D. *El feminismo en las políticas de las centrales sindicales en España*. CCOO. Instituto de la Mujer. 2023. Pág. 181. https://cpage.mpr.gob.es

[35] De hecho, en el caso de CCOO, cuentan con una revista específica Trabajadora, que edita la Secretaría de Mujeres de CCOO, de divulgación e información sobre la actividad sindical de las trabajadoras afiliadas a esta organización. En el caso de UGT, en el periodo 2004-2007, se publicó el *Boletín digital Crisálida*, editado por el Departamento de Mujer de UGT.

[36] Informe OIT. 2019, pág, 55.

estado presente en el interior de las propias organizaciones sindicales, provocando que las cuotas de poder que se reconoce a las mujeres en el interior de estas organizaciones no sea proporcional a su tasa de afiliación[37]. En aquellos casos en que las mujeres logran ascender a lo largo de esta pirámide, se han visto relegadas, en muchas ocasiones, a áreas fuertemente feminizadas, como son las secretarias de mujer, violencia de género, asistencia social, entre otras.

De esta forma, dentro de la propia organización sindical se ha venido a reproducir la misma división sexual del trabajo. Dicho en otros términos, el desigual reparto de las actividades en el ámbito privado, conlleva al mismo tiempo, una desventaja para las mujeres a la hora ejercer su derecho a la libertad sindical, tanto de afiliación como de participación en las actividades y estructuras internas del propio sindicato, en condiciones de igualdad respecto a sus compañeros varones.

Una lectura integradora del derecho reconocido en el plano internacional e interno de nuestro país, a toda persona a la libertad sindical y el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación alguna por razón de sexo o afiliación sindical, exige reconocer a las mujeres afiliadas a sindicatos el derecho a ocupar cargos de liderazgo en la propia organización sindical, en la negociación colectiva y en los órganos de toma de decisiones existentes dentro del propio sujeto sindical, en condiciones de igualdad real y efectiva respecto a sus compañeros varones. De esta forma, la presencia de mujeres en estos órganos de decisión se considera una premisa para lograr la plena transversalidad del enfoque de género en la organización interna del sujeto sindical. Al mismo tiempo, tiene un efecto directo a la hora de facilitar la adopción por el propio sindicato de una agenda de igualdad por razón de género, a la vez que permite apreciar al sindicato como referente de gobernabilidad y de democracia interna, contribuyendo a la mejora de su imagen pública[38].

Por tanto, uno de los retos a los que se enfrentan las propias organizaciones sindicales en nuestros días es procurar el reconocimiento de las mujeres como líderes de la propia organización. De esta forma, la organización sindical puede resultar reforzada, al convertirse en un perfecto escaparate para visibilizar la presencia de mujeres y su liderazgo dentro de la propia organización, como referente para el concreto ámbito en el que aspira a ejercer su influencia, contribuyendo, en definitiva, a profundizar en la democracia interna de la propia organización sindical.

Con el fin de adoptar estrategias capaces de romper este techo de cristal al que se han venido enfrentando las mujeres en el interior de la propia organización sindical, diferentes países con una fuerte tradición sindical, sobre todo en el ámbito de Latinoamérica, optaron por el establecimiento de sistemas legales de cuotas, con el fin de reservar a las mujeres un porcentaje de representación en los órganos de dirección y de decisión de las organizaciones sindicales[39]. En otros casos, estos sistemas de cupos o reservas se adoptaron tras un arduo debate en el seno de las propias Centrales sindicales, sin imposición legal[40]. Sin embargo, estas medidas de cuotas sindicales establecidas a favor de las mujeres

[37] Bermúdez Figueroa, E. Roca Martínez, B. "Participación de las mujeres en la acción sindical: Análisis desde la perspectiva de los recursos de poder", *Sociología del Trabajo*, nº 95, 2019, pág. 53-72.

[38] Informe OIT, 2019, pág. 93.

[39] Este es el caso por ejemplo de la Ley argentina del cupo sindical femenino 25674 (2002), Decreto 514/2003, destinada a garantizar la presencia de trabajadoras en los cargos electos y representativos y asegurar su participación en las unidades de negociación colectiva en función de la presencia de trabajadoras en cada rama o actividad. En otros casos, estas cuotas han sido adoptadas desde las propias organizaciones sindicales.

[40] Es el caso de Brasil, en cambio, tras un profundo debate en el seno de la Central Única de Trabajadores, fue aprobada finalmente en su Sesión Plenaria Nacional nº 6, en 1993, la adopción del criterio de un porcentaje mínimo del 30% y máximo del 70% de cada sexo en las instancias directivas de la Central. Un estudio centrado en el proceso que rodeó la adopción de este cupo, así como su evolución posterior en el país brasileño, puede consultarse en Godhino Delgado, M. B "Acciones afirmativas en el movimiento sindical: la experiencia de la cuota en la Central Única de Trabajadores - CUT- Brasil", en *Género en el Trabajo Sindical*, parte 6ª, *Friedrich Ebert Stiftung*, disponible en https://library.fes.de/fulltext/iez/01108006.htm#E9E6

no han sido todo lo efectivas que, en principio, cabía esperar, debido en parte a las mismas resistencias mostradas desde las esferas de poder de las propias organizaciones sindicales, ocupadas por hombres en una amplia proporción, y a la falta de seguimiento y control en su cumplimiento por parte de los poderes públicos[41]. Todo ello arroja como resultado aún en nuestros días una subrepresentación de mujeres en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales a nivel internacional, que es posible observar incluso en sectores de empleo altamente feminizados.

Por lo que respecta a nuestro país, se optó por excluir este mecanismo de reserva de porcentaje o cuotas en el interior de las organizaciones sindicales y patronales a favor de las mujeres. En este sentido, los sindicatos, al igual que ocurrió con las organizaciones patronales, quedaron excluidos en nuestro país, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, de la exigencia de garantizar una presencia equilibrada entre ambos sexos en la representación sindical, a diferencia de lo que sí se exigió en la representación política, exigencia esta última que quedaba justificada en la propia Exposición de Motivos de la citada L.O "con el fin de mejorar la calidad de esta representación (política) y con ella la de nuestra propia democracia".

Por tanto, no existe en nuestro país una norma semejante a la prevista en el art. 44 bis) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, por la que las candidaturas presentadas por sindicatos, para concurrir a la elección de la representación legal de trabajadores y trabajadoras en los distintos centros de trabajo, o en las elecciones celebradas en el propio seno de la organización sindical, con el fin de elegir a sus órganos de representación, deban ser necesariamente paritarias. En el ámbito de las CCAA encontramos normas de fomento o promoción de esta paridad, pero desprovistas de carácter imperativo[42].

Pese a no optar por este mecanismo de reserva de cuotas a favor de las mujeres, afortunadamente, parece que esta situación de falta de equilibrio entre ambos sexos en los puestos de dirección, está logrando revertirse en el interior de las principales organizaciones sindicales de nuestro país. A ello ha contribuido, sin duda, la lucha interna promovida por las propias mujeres afiliadas, las cuales han ido propiciando procesos de reforma estatutaria vividos en algunos de los sindicatos más representativos de nuestro país, con el fin de garantizar esta representación femenina equilibrada[43].

[41] Un análisis de la aplicación práctica que ha encontrado este mecanismo del cupo femenino sindical en el caso concreto de Argentina, puede consultarse en Gómez, V. M. "Desigualdad laboral y falta de poder político, sindical y empresarial", *Descentrada*, V. 6 nº 1, e163, 2022.

[42] Buen ejemplo de ello lo constituye el art. 137 de la Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres de Galicia, (BOE 13 de febrero de 2024), bajo el título "Fomento de la representación equilibrada de la composición legal de trabajadores y trabajadoras en Galicia".

[43] En el caso de CCOO desde el año 2013, quedó incorporado en el art. 11 de sus Estatutos, el objetivo de lograr la presencia paritaria en sus estructuras de dirección y en las delegaciones. En aquellos casos en que la afiliación de mujeres en alguna estructura sindical, sea inferior al 30%, se prevé la implementación de acciones positivas destinadas a incrementar en un 10% esa proporcionalidad. En el caso de UGT, se establece que "la cuota de presencia femenina en los distintos órganos estará relacionada con su porcentaje en la afiliación de estos, garantizándose una presencia mínima del 40%" Portal de transparencia https://www.ugt.es/como-somos

		2023	2022
% Mujeres	**UGT**	**50,00**	**43,75**
	Secretaría General	0,00	0,00
	Comisión Ejecutiva Confederal	53,33	46,67
	CCOO	**46,15**	**46,15**
	Secretaría General	0,00	0,00
	Comisión Ejecutiva	50,00	50,00
	USO	**57,14**	**57,14**
	Secretaría General	0,00	0,00
	Comisión Ejecutiva Confederal	66,67	66,67
	CSIF	**38,46**	**46,15**
	Presidencia Nacional	0,00	0,00
	Directorio Nacional	41,67	50,00
	CGT	**50,00**	**50,00**
	Secretaría General	0,00	0,00
	Comité Confederal	55,56	55,56

Fuente: Instituto de la Mujer, Mujeres en Cifras, Poder y Toma de decisiones, Partidos Políticos y Sindicatos, actualizado a 12 de diciembre 2023.

Sin embargo, el déficit de representación de las mujeres se deja sentir aún en nuestros días en otros ámbitos de la acción sindical, como es en la proporción de éstas que ejercen representatividad sindical en los distintos organismos internacionales o nacionales que tienen prevista esta presencia sindical en su estructura interna[44], así como también en su menor participación en los procesos y organismos tripartidos de diálogo social que se desarrollan entre gobiernos, representantes de las personas trabajadoras y de las empresas. Es en estos procesos y organismos donde se abordan precisamente cuestiones de política económica y social que van a impactar posteriormente sobre los colectivos de mujeres, las cuales, sin embargo, continúan omitidas y subrepresentadas en muchos casos en estos niveles de decisión.

En estos ámbitos, por tanto, los hombres siguen presidiendo e integrando mayoritariamente los órganos de representación sindical. Es necesario reconocer mayor espacio a las mujeres en el debate, en la presencia pública y en la representatividad, adoptando por parte de las organizaciones sindicales en sus propias políticas y estructuras internas, las acciones positivas que resulten adecuadas en cada caso, para terminar con el sesgo masculino que presentan aún en nuestros días estas organizaciones, como única vía posible para aspirar a ser reconocidas como organizaciones realmente comprometidas por alcanzar una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, y mucho más como organizaciones feministas, como se autodefinen en muchos casos[45].

[44] En el portal de transparencia del sindicato UGT se publican las personas representantes del sindicato en los distintos organismos estatales https://www.ugt.es/sites/default/files/participacioninstituciona-organismosestatales.pdf como internacionales https://www.ugt.es/sites/default/files/participacioninstituciona-organismosinternacionales.pdf que tienen reconocida esta representación. En ambos casos no se publican los datos desagregados por sexo sino únicamente las personas que ejercen esta representación, identificados con nombres y apellidos.

[45] Olmeda Gómez, J. "Un sindicato de hombres y mujeres: ¿igualdad real?, *Revista Trabajadora*, nº 81, febrero 2024

5. IMPLEMENTACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ACCIÓN SINDICAL

El compromiso con la adopción de la perspectiva de género con carácter transversal por parte de las organizaciones sindicales exige, como hemos analizado, lograr la plena igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dentro de la propia estructura del sujeto sindical. Al mismo tiempo, este compromiso ha de quedar evidenciado en todas y cada una de las actividades que desarrolla el sindicato, destinadas a defender y mejorar la situación socio laboral de los trabajadores y trabajadoras, analizando cada una de sus líneas de actuación en función del distinto impacto que pueden desplegar entre hombres y mujeres.

5.1. La negociación colectiva como instrumento estratégico para materializar el compromiso de la organización sindical con la implementación de la perspectiva de género

En el contexto de profunda complejidad que caracteriza a los mecanismos organizativos que existen en nuestra sociedad, se desarrollan procesos de desregulación normativa, que se traducen en la redistribución de los poderes del Estado hacia sujetos autónomamente organizados, provocando una multiplicación de las fuentes de producción normativas. De esta forma, el pluralismo de sujetos intervinientes en la conformación jurídica aparece como característica inherente a la complejidad de las sociedades avanzadas, caracterizadas por la aparición de nuevos actores sociales y económicos en el escenario jurídico, tanto interno como internacional. La autonomía colectiva adquiere así un destacado protagonismo, entre las nuevas formas de pluralismo jurídico[46]. En este contexto, la negociación colectiva presenta el potencial de actuar como instrumento sindical de corrección de las desigualdades sociales y laborales[47], evidenciando el compromiso del sujeto sindical con la defensa y promoción del derecho a la igualad y no discriminación, por razón de género.

En virtud del Convenio nº 154 de la OIT, las mujeres sindicalizadas tienen reconocido el derecho a que sean visibilizados los asuntos relativos a su género y por tanto, incluidos en la negociación colectiva, sin discriminación alguna, así como también el derecho a que sean reconsiderados aquellos tratamientos que han sido incorporados a esta negociación desde una lógica pretendidamente neutral, y que deben ser analizados a la luz de la perspectiva de género, con el fin de dar respuesta a las necesidades y experiencias diferenciadas de las mujeres en el trabajo (art. 5.2).

Sin embargo, la incorporación de la perspectiva de género en el instrumento de la negociación colectiva, por parte del sujeto sindical, desborda con creces la propia actividad negociadora y exige un trabajo preparatorio y previo que es necesario desarrollar en distintos planos y cuyo compromiso ha de evidenciarse desde el mismo momento de la conformación de las mesas y equipos negociadores, garantizando la presencia equilibrada de mujeres en estos espacios, superando el balance insatisfactorio que hasta el momento ha venido mostrando este aspecto de la acción sindical. En efecto, la representación sindical en las mesas de negociación, a excepción de aquellas encaminadas a negociar planes de igualdad, presenta un déficit de representatividad de mujeres[48], debido a prácticas

[46] Monereo Pérez, J.L; Fernández Avilés, J.A. "Por una concepción realista del Derecho Sindical: Giovanni Tarello", *Op. Cit,* pág. 63

[47] Monereo Pérez, J.L "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*, nº 9, 2023, pág. 209-329. Muñoz Ruiz M. Antón Fernández, E. García Bujarrabal D. *El feminismo en las políticas de las centrales sindicales en España*. CCOO. Op. Cit. Pág 205.

[48] Secretaría Confederal de la Mujer e Igualdad de Comisiones Obreras, *Informe transnacional de los efectos de la crisis en el empleo de las mujeres y su participación en organizaciones sindicales,* pág. 48, disponible en https://www.ccoo.es/3cd2223226c0c17e0d1d79f8892b3dcb000001.pdf

consolidadas en los propios sindicatos, que estarían impidiendo a las mujeres incorporarse a esta negociaciones en condiciones de igualdad respecto a sus compañeros de sindicato[49].

Entre estos trabajo previos y preparatorios es posible incluir también, sin ánimo de exhaustividad, la realización de actividades de concienciación y formación dirigidas a las propias personas negociadoras, garantizar en los propios Estatutos fundacionales de las organizaciones sindicales la presencia de mujeres a las candidaturas de elecciones promovidas por el sindicato, presencia que, pese a que no venga exigida por ley, debería ser equilibrada, con el fin de asegurar estos mismos equilibrios en la composición de las mesas negociadoras; formar en igualdad de género a las delegadas y delegados sindicales, dotándoles de instrumentos que faciliten la implementación de esta perspectiva en los procesos de negociación.

Posteriormente, el compromiso del sindicato con la realización del principio de igualdad y no discriminación por razón de género, exigirá que su actividad negociadora se impregne con carácter trasversal de este principio, con el fin de dar respuesta a las reivindicaciones socio laborales sentidas por las trabajadoras que integran el ámbito de aplicación del futuro convenio colectivo. Esta implementación de la perspectiva de género en la negociación colectiva por parte de la organización sindical, conlleva también la necesidad de revisar los convenios colectivos para evitar que aparezcan contenidos o lenguajes sexistas y/o discriminatorios; prever que la aplicación del convenio no produzca un impacto desfavorable para las mujeres; introducir medidas de acción positiva para prevenir, corregir o erradicar cualquier forma de discriminación en todos los apartados del convenio, lo que afecta a materias como el acceso al empleo, selección, contratación, formación, promoción, retribución, conciliación y corresponsabilidad, salud laboral y prevención de riesgos laborales con perspectiva de género, derechos laborales de las mujeres víctimas de violencias machistas, protocolos de actuación y prevención de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Se trata, como podemos comprobar, de las mismas materias que aparecen como contenido de los planes de igualdad. Pero mientras para los planes de igualdad deben ser necesariamente negociados en empresas con más de 50 trabajadores, las medidas de igualdad pueden ser incorporadas a cualquier empresa.

La ley 15/2022 integral para la igualdad de trato y no discriminación, dedica su art. 10 a la negociación colectiva. Así en su primer apartado, trata de asegurar que el contenido de los convenios colectivos resulte en todo momento adecuado al derecho reconocido en esta norma, prohibiendo cualquier regulación contraria al mismo. A su vez, reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva pueda convertirse en un instrumento adecuado para la incorporación de medidas de acción positiva destinada a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo. Por último, encomienda a la propia representación legal de los trabajadores y a la empresa, el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en el interior de la propia empresa, por las causas previstas en la propia ley.

Pese a estos avances normativos que se han ido consiguiendo, distintos análisis y estudios desarrollados sobre la negociación colectiva que se lleva a cabo en nuestro país, vienen alertando de que aún falta por introducir, con carácter general y normalizado, la perspectiva de género en

[49] Así, por ejemplo, los propios equipos de negociación estarían conformados por personas de amplia experiencia negociadora, mayoritariamente conformados por hombres, que se mostrarían reacios a incorporar a nuevas personas a estos equipos; las propias dinámicas negociadoras, asentadas sobre la lógica masculina, con horarios que harían imposible en la práctica poder ser asumidos por mujeres, debido a la mayor carga de tareas que éstas asumen en otros ámbitos. Vid. *Informe Situación y percepción de las responsables sindicales sobre la igualdad sindical,* Secretaría de la Mujer y Gabinete Técnico de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, 2020, Disponible en https://fsc.ccoo.es/f91852e43860575d7cea99cb26ce1434000050.pdf

los convenios colectivos resultantes de estos procesos de negociación[50]. Entre sus causas, por lo que respecta a la parte sindical, se suelen apuntar: la menor presencia de mujeres en las mesas de negociación, el déficit en formación en materia de igualdad de género que aún presentan las personas encargadas de llevar a cabo esta negociación, el hecho de que la materia de igualdad de género siga siendo aún hoy una materia relegada en estas negociaciones, como un tema secundario o menor, priorizando otras materias tradicionales de la negociación colectiva.

Por su parte, el V Acuerdo Estatal para el Empleo y la Negociación Colectivo, firmado el 10 de enero de 2023[51], entre las organizaciones sindicales CCOO y UGT y la patronales CEOE y CEPYME, obliga y compromete a las organizaciones firmantes a trasladar su contenido a la negociación colectiva durante los años previstos para su vigencia (2023-2025). Como viene siendo habitual en estos Acuerdos, se dedica una atención específica (Capítulo XII) a lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, con el objetivo de conseguir un tratamiento transversal de la igualdad en todos los contenidos del convenio colectivo, incorporando la perspectiva de género en materias tradicionales de la negociación colectiva, tales como: acceso, formación, estructura salarial, sistemas de clasificación profesional, o los instrumentos de flexibilidad interna, con el objetivo de lograr una conciliación corresponsable, así como otros más tradicionales en estos ámbitos de reivindicación con perspectiva de género, tales como la lucha contra las violencias sexuales y de género y la prevención de riesgos laborales desde esta misma perspectiva.

Precisamente, la consecución de este objetivo puede resultar especialmente difícil de conseguir en convenios de sectores clásicos o tradicionales, en los que muchas veces la regla imperante ha sido precisamente la distinción entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo o en la distribución de tareas, por lo que resulta necesario reformular estos contenidos y acuerdos en sede de negociación colectiva, para que resulten conforme con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo[52]. Es por ello que el V ANCE se recogen compromisos específicos en aras a favorecer la contratación de mujeres en aquellos sectores, empresas y ocupaciones donde se encuentran subrepresentadas, como medio de lograr la igualdad de género. De esta manera se trata de avanzar en la realización del art. 51.2 de la Ley 3/2023, de Empleo[53].

Es necesario valorar positivamente el compromiso de las organizaciones firmantes de este V Acuerdo por situar la igualdad de género en la centralidad del debate. Ahora resulta necesario que la negociación colectiva traslade este compromiso al ámbito concreto de los distintos sectores, teniendo en cuenta, además, que aquellos ámbitos donde esta negociación está bloqueada, coinciden con sectores especialmente feminizados.

Por otra parte, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, vino a establecer un marco normativo especial para la negociación de medidas y planes de igualdad (art. 45-49) con singularidad propia respecto al marco general previsto para la negociación colectiva e

[50] Un estudio completo del tratamiento que ha venido recibiendo este principio en sede negocial, puede consultarse en Sánchez Triguero, C. (Dir.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Informes y Estudios de relaciones laborales, nº 111, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016; Ventura Franch, A. García Campá, S. "Igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la negociación colectiva" en Cabeza Pereiro, J (Dir.) *El derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley 3/2007,* Aranzadi, 2018, pág. 683-702; Lousada Arochena, F. "Medidas y planes de igualdad en las empresas privadas". Marco normativo e interpretación doctrinal y judicial", *Femeris*, V. 8, nº 2, 2023, pág. 95-124.

[51] BOE de 31 de mayo de 2023.

[52] García Murcia, J. "Principio de Igualdad y negociación colectiva", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2021, pág. 1-11.

[53] Donde se establece que: "Deberán establecerse objetivos cuantitativos sectoriales de disminución de la brecha de empleo en aquellos sectores en los que exista una diferencia entre el porcentaje de empleo masculino y femenino, en perjuicio de este último, superior a la media total, computada anualmente".

inspirado en el principio de transversabilidad de género[54]. Posteriormente, mediante Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, se extendió la obligación prevista inicialmente para las empresas de más de 250 trabajadores, de contar con un plan de igualdad, hasta las de 50 trabajadores. Por su parte, el E.T. reconoce en su art. 85.1 el deber de negociar en el marco de los convenios colectivos, medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, entre mujeres y hombres, sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de estos convenios.

6. LOS SINDICATOS FEMINISTAS COMO EXPRESIÓN DE LA REVITALIZACIÓN DEL MOVIMIENTO SINDICAL

La visión del sindicato como organización alejada de las reivindicaciones de determinados colectivos que quedaban al margen de la misma, por cuestiones de género o edad, entre otras, ha dado lugar al surgimiento de organizaciones constituidas por estos mismos colectivos, basadas en la movilización y representación específica en centros de trabajo[55].

En concreto, por lo que respecta a la cuestión de género, en los últimos años estamos asistiendo a un proceso de revitalización del movimiento sindical, desde este enfoque. De esta forma, en determinados sectores fuertemente feminizados y precarios, se ha venido produciendo un movimiento de reorganización de las mujeres trabajadoras, como nueva forma de defensa y promoción de las condiciones socio laborales que les afecta de forma específica. Pero, paradójicamente, este movimiento se está produciendo, en muchos casos, al margen del tradicional sindicalismo de clases, precisamente como procesos de huida de estas organizaciones, ante la falta de respuestas adecuadas que, las protagonistas de estos movimientos, reciben a sus reivindicaciones[56]. Es por tanto, esta idea de pluralidad de intereses y de falta de respuesta sentida desde la organización sindical de clases, la que se encuentra en la raíz de la creación de sindicatos feministas que han venido proliferando a nivel internacional y también, más recientemente, dentro de nuestras fronteras, lo cual, permite ser interpretado como profundización en este mismo proceso de democratización de la sociedad y de madurez del propio movimiento sindical.

El desarrollo de estas organizaciones sindicales desde la perspectiva de género puede actuar, al mismo tiempo, como revulsivo para las grandes organizaciones sindicales tradicionales, motivándolas a renovarse tanto en sus estructuras y políticas internas, como también en la defensa y promoción de sus reivindicaciones y propuestas, incorporando la transversabilidad de la perspectiva de género, como eje central de su actuación.

---

[54] El I plan de igualdad de la Federación de Servicios de CCOO es de 5 de abril de 2021, mientras que la obligatoriedad en la negociación de estos planes de igualdad, inicialmente para empresas de más de 250 trabajadores, venía establecida en la propia L.O 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, por lo que existe un evidente desfase temporal entre la defensa externa de este principio y su reivindicación, y la interiorización y aplicación de este mismo principio en el seno de la propia organización sindical. En el caso de UGT, en el año 2009 se adoptó el plan marco de igualdad (Resolución de 3 de marzo de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el plan marco de igualdad de la Unión General de Trabajadores y el protocolo de actuación para la prevención del acoso en el trabajo que se incorporan al texto del Convenio colectivo, BOE 20 de marzo de 2009). De las tres federaciones estatales que lo conforman, UGT Servicios Públicos, Fe SMC UGT y FICA (Federación de Industria construcción y Agro), esta última cuenta con el I plan de Igualdad desde el 7 de mayo de 2022 https://ugt-fica.org/images/Convenios/Plan%20de%20Igualdad_Subsanado_web_compressed.pdf

[55] Moral Martín, D. Brunet, I. "La necesidad de revitalización sindical: una oportunidad para otras propuestas organizativas", *Ciriec, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 101, 2021, pág. 227-254.

[56] Castellano Díaz, J. "¿Hacia un sindicalismo feminista? La lucha de las Kellys", *Papeles de Europa*, nº 35, 2022, pág. 1-16.

El ejemplo paradigmático de este movimiento sindical feminista dentro de nuestro país, viene representado por las conocidas como Kellys, expresión con la que autodenominan las camareras de piso, "las que limpian", movimiento que ha adquirido gran notoriedad, debido a su fuerte activismo reivindicativo. Se han organizado como sindicato únicamente en el territorio de Cataluña[57], debido a las dificultades intrínsecas que supone adoptar esta forma específica de representación profesionalizada de los intereses socio profesionales de sus integrantes. Sin embargo, se trata de un movimiento de reorganización mucho más amplio, como decimos, que se está produciendo en sectores fuertemente feminizados y precarios, como es el sector de las actividades del hogar y los cuidados, donde ha surgido también el primer sindicatos de trabajadoras SINTRAHOCU a nivel estatal[58].

También fuera de nuestras fronteras, existen manifestaciones de esta reorganización sindical de las mujeres trabajadoras en torno a estructuras sindicales propias y diferenciadas del tradicional movimiento sindical. En concreto, en países como México[59], Perú[60], Argentina[61], Chile[62], Brasil, Uruguay, se han ido organizando sindicatos de trabajadoras del hogar y los cuidados. Se trata de organizaciones maduras que se encuentran actualmente organizadas en estructuras de segundo nivel, que han dado lugar a la Confederación Latino Americana y del Caribe de trabajadoras del hogar, CONLACTRAHO[63].

Este tipo de organizaciones sindicales promovidas y conformadas por mujeres nacen ante la situación de tradicional indefensión que han sentido frente a la organización sindical tradicional, frente a la cual, tratan precisamente de organizarse para cubrir esas carencias que les afecta y que, en definitiva, las relega en sus reivindicaciones. Ante estas carencias, las trabajadoras han tomado la iniciativa de autorganizarse y sindicalizarse en sindicatos autónomos y alternativos, con el fin de promover la defensa y promoción de los intereses que le son propios.

Estos sindicatos constituidos sobre el principio de género se alejan también de la tradicional acción sindical, adoptando fórmulas asamblearias para la toma de decisiones, por tanto, desde una perspectiva horizontal y no vertical, más propia de los sindicatos de clases. Estos sistemas asamblearios aparecen en el seno de estas organizaciones revestidos en muchos casos, de garantías democráticas, con el fin de superar las limitaciones que presentan los sistemas de representación por delegación, propios de los grandes sindicatos más representativos, a los que achacan la incapacidad para representar adecuadamente sus reivindicaciones específicas por cuestiones de género.

En segundo lugar, frente a la dificultades que encuentran para lograr materializar sus específicas reivindicaciones mediante su participación en la negociación colectiva sectorial o incluso a nivel de

[57] DOGC 27 de agosto de 2018.

[58] BOE 14 enero 2021

[59] Goldsmith, M. *Sindicato de trabajadoras domésticas en México: 1992-1950*. Revista política y cultura, (1), 1990, pág. 75-89 https://polcul.xoc.uam.mx/index.php/polcul/article/view/8; "Sindicato rosa: trabajadoras organizadas para romper el techo de cristal", *Pie de página*, noticia publicada el 11 de marzo de 2022 https://piedepagina.mx/sindicato-rosa-trabajadoras-organizadas-para-romper-el-techo-de-cristal/

[60] Calderón, A. *Everyday Resistance of Domestic Workers in Lima, Peru* Doctoral dissertation, Concordia University. 2019. https://spectrum.library.concordia.ca/985258/ Kajatt, C. (2020). *Las trabajadoras del hogar en el Perú: contexto actual, evolución normativa y posibles cambios. THĒMIS-Revista de Derecho*, (75), 33-41, Lima, 2020. http://revistas.pucp.edu.pe/ index.php/themis/article/view/21946/21362

[61] Notarstefano, I. "Sindicalización de trabajadoras de casas particulares: la madre de muchas batallas", 2021, https://ecofeminita.com/sindicalizacion-tdcp/?v=04c19fa1e772

[62] Un breve recorrido histórico del movimiento sindical protagonizado por las mujeres en el país Andino, puede consultarse en el artículo periodístico, "El primer sindicato de mujeres en Chile" https://andime.cl/2023/03/04/el-primer-sindicato-de-mujeres-en-chile/

[63] La información respecto a las actuaciones que llevan a cabo se encuentra disponible a través de su página web https://conlactraho.org/

empresa, llevan a cabo actuaciones de movilización y presión ejercida ante los poderes públicos, con el fin de conseguir reformas de índole social, que supongan el reconocimiento de sus reivindicaciones por vía legislativa, evidenciando así su capacidad de influir sobre la conformación de esta realidad socio laboral[64].

Frente a estas experiencias de auto organización en torno a sindicatos propios que llevan a cabo las trabajadoras de determinados sectores fuertemente feminizados y precarizados, son muchas las voces que se alzan, desde los propios sindicatos tradicionales, acusándolas de provocar la atomización de la acción sindical y profundizar aún más en la crisis de representatividad que padecen en nuestros días. Sin embargo, frente a las críticas vertidas por las organizaciones sindicales tradicionales, lo cierto es que estos movimientos protagonizados por trabajadoras pueden ser también repensados desde la óptica de representar una revitalización de la organización sindical en sí misma. Por tanto, habría que preguntarse si realmente estas fórmulas de sindicato feminista son un elemento de crisis o de revitalización del movimiento sindical, que presiona para que sean tenidas en cuenta nuevas realidades sociolaborales, protagonizadas principalmente por trabajadoras que han sido silenciadas tradicionalmente, en pro de la mejora de bien colectivo. En este sentido, podríamos entender que se trata de una llamada a revolucionar los sindicatos tradicionales desde dentro, con el fin de abrirse realmente a atender las reivindicaciones de este movimiento sindical de género.

Aún es pronto para saber si estamos ante experiencias que aspiran a permanecen en el tiempo o que están llamadas a integrarse en las organizaciones sindicales tradicionales, lo que sí resulta evidente es que este tipo de experiencias, están revitalizando la lucha y la reivindicación organizada por la mejora de las condiciones socio laborales en las que se encuentran determinados sectores, que se han sentido desatendidos por las organizaciones sindicales tradicionales, actuando como revulsivo frente a éstas, removiendo el estatus quo establecido dentro de las clásicas organizaciones sindicales, forzándolas, en cierta forma, a abrirse a considerar otras reivindicaciones más allá de las tradicionales y hegemónicas del tradicional sindicalismo masculinizado.

7. A MODO DE CONCLUSIONES

Pese al reconocimiento de que gozan las mujeres del derecho a la libertad sindical, sin que pueda afectarles ningún tipo de discriminación por razón de sexo, lo cierto es que éstas han venido encontrando mayores dificultades para afiliarse a los sindicatos y participar activamente de esta actividad. Gran parte de estas desventajas traen su origen en la tradicional división sexual del trabajo existente en el ámbito privado, la cual, se reproduce también en la propia organización sindical, manifestándose en el hecho de que las mujeres, en muchos casos, queden relegadas a actividades o áreas relacionadas con reivindicaciones tradicionalmente consideradas femeninas y en las mayores dificultades que encuentran para alcanzar puestos de dirección y liderazgo dentro de la propia organización.

La mayor apertura de la organización sindical hacia las mujeres y sus reivindicaciones no se ha producido de forma natural, sino que ha venido provocado, no sin cierta resistencia, por los

[64] En el caso de lo que ha ocurrido en España con la acción de las camareras de piso, que básicamente presionaron para lograr la reforma del artículo 42 E.T. que finalmente, se llevó a cabo mediante RDL 32/2021, en virtud del cual, les será de aplicación el convenio colectivo de contratas y subcontratas que, en este caso, es el de empresas de limpieza. En el ámbito de la Seguridad Social este movimiento reivindicativo se ha orientado a lograr la incorporación de determinadas enfermedades profesionales para este colectivo, por las particulares características de su puesto de trabajo, siendo las más conocidas la del túnel carpiano, la epicondilitis y la tendinitis, para lo que se ha propuesto ampliar a este colectivo lo ya recogido en el RD 1299/2006, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro, BOE 19 de diciembre 2006.

propios avances de la legislación internacional en este ámbito y, por otra parte, por la presión interna ejercida por las trabajadoras afiliadas a estas organizaciones, que han venido reivindicando una mayor consideración y mirada hacia su singularidad y a la defensa y promoción de las condiciones socio laborales que le son propias. La propia crisis de viabilidad que padece desde finales del siglo xx el tradicional sindicalismo de clases ha ejercido también su influencia en esta mayor apertura hacia las reivindicaciones de colectivos tradicionalmente excluidos, entre los que se encuentran los colectivos de mujeres.

Pese a ello, si bien es cierto que existen significativas diferencias a nivel internacional, en términos generales, aún no se ha logrado superar la desigualdad estructural entre hombres y mujeres en el interior de las organizaciones sindicales, donde aún en nuestros días pervive la segregación horizontal y vertical de las mujeres y tampoco se ha conseguido implementar de forma transversal la perspectiva de género en la actividad sindical.

En este sentido, el simple hecho de que exista una mayor proporción de mujeres afiliadas a un sindicato o incluso participando activamente en estas organizaciones, si bien debe merecer una valoración positiva, no es garantía suficiente para que podamos dar por cumplido este objetivo. Para ello resulta necesario asegurar en la propia organización sindical la existencia de una auténtica democracia participativa, en la que sea posible decidir sobre los objetivos y estrategias de la propia organización, en la que la composición de los puestos de decisión y negociación sea reflejo de la propia diversidad que manifiesta defender la organización sindical. Por tanto, uno de los retos a los que se enfrentan las propias organizaciones sindicales en nuestros días es procurar el reconocimiento de las mujeres como líderes de la propia organización. Con ello, el propio sindicato puede resultar reforzado, al convertirse en un perfecto referente para visibilizar su compromiso con la realización del derecho de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, en el concreto ámbito en el que aspira a ejercer su influencia.

La negociación colectiva es otro campo de actuación apropiado para valorar realmente el compromiso de las grandes centrales sindicales con la perspectiva de género y la agenda feminista, lo cual, exige rescatar al principio transversal de género de la periferia a la que ha sido tradicionalmente relegado en los ámbitos de negociación. Por el momento, y pese a los avances conseguidos en este ámbito, esta agenda de género aún no ha conseguido desplegar todos los resultados que sería deseable.

En parte como reacción frente a esta situación, en los últimos años estamos conociendo, en determinados sectores fuertemente feminizados y precarios, significativas expresiones del sindicalismo feminista, concebidas como organizaciones autónomas de mujeres trabajadoras que se oponen al clásico sindicalismo, por considerar que responden a estructuras patriarcales que, lejos de reivindicar la mejora de las condiciones socio laborales que les afectan, las silencia y las sacrifica, en pro de la mejora de bien colectivo, que se correspondería con el arquetipo sindical, que permanecería anclado, según esta visión, en un modelo masculino y obrero.

Con estas organizaciones sindicales conformadas sobre un principio de género, resulta reforzado y revitalizado el propio movimiento sindical, como cauce apropiado en el que también las trabajadoras pueden encontrar espacio para la reivindicación de las exigencias y mejoras específicas, contribuyendo a hacer visibles las situaciones de discriminación por razón de género que sufren, las condiciones más precarias en las que desarrollan su actividad, la brecha salarial que les afecta, y en definitiva, para avanzar hacia una igualdad real y efectiva respecto a sus compañeros varones.

El tiempo dirá si este tipo de experiencias sindicales organizadas en torno a la perspectiva de género terminar consolidándose o quedan finalmente integradas en las organizaciones sindicales

mayoritarias. Lo que resulta incuestionable es su contribución a situar en el centro del debate la lucha y el movimiento reivindicativo protagonizado por mujeres, en pro de la mejora de sus condiciones socio laborales, actuando como revulsivo frente al estatus quo establecido dentro de las clásicas organizaciones sindicales, forzándolas, a considerar otras reivindicaciones más allá de las tradicionales y hegemónicas del sindicalismo masculinizado.

8. BIBLIOGRAFÍA

Bermúdez Figueroa, E. Roca Martínez, B. "Participación de las mujeres en la acción sindical: Análisis desde la perspectiva de los recursos de poder", *Sociología del Trabajo*, nº 95, 2019, pág. 53-72.

Calderón, A. *Everyday Resistance of Domestic Workers in Lima, Peru,* Doctoral dissertation, Concordia University, 2019. Disponible en https://spectrum.library.concordia. ca/985258/

Castellano Díaz, J. "¿Hacia un sindicalismo feminista? La lucha de las Kellys", *Papeles de Europa*, nº 35, 2022, pág. 1-16.

Cockburn, C. *Strategies for Gender Democracy: Women and European Social Dialogue. Brussels*, European Commission, 1995.

Ferrando García, F. "Interés legítimo y legitimación procesal del sindicato: más allá de orden social de la jurisdicción" *Revista Documentación Laboral*, nº 127, 2022, pág. 33-58.

García Murcia, J. "Principio de Igualdad y negociación colectiva", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2021, pág. 1-11.

Godhino Delgado, M. B "Acciones afirmativas en el movimiento sindical: la experiencia de la cuota en la Central Única de Trabajadores - CUT- Brasil", en *Género en el Trabajo Sindical*, parte 6ª, *Friedrich Ebert Stiftung*, disponible en https://library.fes.de/fulltext/iez/01108006.htm#E9E6

Goldsmith, M. () *Sindicato de trabajadoras domésticas en México: 1892-1950*. *Revista política y cultura,* 1990, Pág. 75-89 https:// polcul.xoc.uam.mx/index.php/polcul/article/view/8

Gómez, V. M. "Desigualdad laboral y falta de poder político, sindical y empresarial", *Descentrada,* V. 6 nº 1, e163, 2022.

Kajatt, C. *Las trabajadoras del hogar en el Perú: contexto actual, evolución normativa y posibles cambios. THĒMIS-Revista de Derecho*, Lima, 2020 (75) pág. 33-41. Disponible http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21946/21362

Lahera Forteza, J. "Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, V. 4. (2), 2016, pág. 1-18.

Ledwith, S. "Gender Politics in Trade Unions. The representation of women between exclusión and inclusión". *Transferencia Revista Europea del Trabajo y la Investigación*, V. 18 (2), 2012.

Lousada Arochena, F. "Medidas y planes de igualdad en las empresas privadas. Marco normativo e interpretación doctrinal y judicial", *Femeris*, V. 8, nº 2, 2023, pág. 95-124.

Monereo Pérez, J. L.: "Pluralismo jurídico y Derecho social: La sociología del Derecho de Gurvitch", Estudio preliminar a la obra de Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares, 2001.

Monereo Pérez, J.L "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*, nº 9, 2023, pág. 209-329.

Monereo Pérez, J.L; Fernández Avilés, J.A. "Por una concepción realista del Derecho Sindical: Giovanni Tarello", *Lex Social, Revista de Derechos Sociales*, 13 (1), 2023, pág. 1-76.

Monereo Pérez, J.L; Rodríguez Escanciano, S.; Rodríguez Iniesta, G. "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Revista Crítica de Relaciones Laborales*, *Laborum*, nº 4, 2022, pág. 11- 42.

Moral Martín, D. Brunet, I. "La necesidad de revitalización sindical: una oportunidad para otras propuestas organizativas", *Ciriec, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, nº 101, 2021, pág. 227-254.

Muñoz Ruiz M. Antón Fernández, E. García Bujarrabal D. *El feminismo en las políticas de las centrales sindicales en España*. CCOO. Instituto de la Mujer. 2023.

Notarstefano, I. "Sindicalización de trabajadoras de casas particulares: la madre de muchas batallas", 2021, https://ecofeminita.com/sindicalizacion-tdcp/?v=04c19fa1e772

Olmeda Gómez, J. "Un sindicato de hombres y mujeres: ¿igualdad real?, *Revista Trabajadora*, nº 81, febrero 2024.

Riquelme Giagnoni, V. Abarca Ferrando, M. "Más mujeres en los sindicatos. Sectores con alta sindicalización femenina". *Aporte al debate laboral,* nº 33. 2015. https://www.dt.gob.cl/portal/1629/articles-106799_archivo_01.pdf

Roca, B. Bermúdez Figueroa E. "La historia silenciada de las mujeres en la lucha sindical". Blog *El rumor de las multitudes* https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/la-historia-silenciada-de-las-mujeres-en-la-lucha-sindical

Rojo Torrecilla, E. "Las futbolistas profesionales y su derecho a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo", *Revista de Jurisprudencia Laboral* 10/2022.

Sánchez Triguero, C. (Dir.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Informes y Estudios de relaciones laborales, nº 111, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.

Sue Cobble, D. *Gender Equality and Labor Movements: Toward a Global Perspective*. Rutgers University, Solidary Center and USAID. New Jersey, USA, 2012.

Torns, T, Recio, C. *Las mujeres y el sindicalismo: avances y retos ante las transformaciones sociales y laborales*. Documento nº 36. Fundación Manu Robles Instituta, 2017.

Valera, P. Lazcano Simoniello, J. Pandolfo Greco, L. "Género y Militancia: participación político-sindical de las mujeres en una fábrica de Buenos Aires", *Revista de Estudios Marítimos y Sociales*, nº 16. 2000, pág. 141-175.

Ventura Franch A. García Campá, S. "Igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la negociación colectiva" en Cabeza Pereiro, J. (Dir.) *El derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: una evaluación del primer decenio de la Ley 3/2007,* Aranzadi, 2018, pág. 683-702

Zwysen W. "What´s a woman´s job? Mapping the contribution of feminisation to gender gaps across Europe", *Instituto Sindical Europeo*, febrero, 2024, https://www.etui.org/publications/whats-womans-job

8.1. Fondos Documentales e Informes de interés

Informe de la Comisión Interamericana de Mujeres: *La participación de las mujeres en el ámbito sindical desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva de género*. 2020.

Informe *Situación y percepción de las responsables sindicales sobre la igualdad sindical,* Secretaría de la Mujer y Gabinete Técnico de la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, 2020, https://fsc.ccoo.es/f91852e43860575d7cea99cb26ce1434000050.pdf

Instituto de la Mujer, *Mujeres en Cifras: Poder y toma de decisiones, Partidos políticos y Sindicatos,* 2023.

OIT *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT,* Ginebra, 2006.

OIT *The role of trade unions in the global economy and the fight against poverty*, Ginebra, 2005.

OIT: *ABC of Women Workers´Rights and Gender Equality*, Ginebra, 2007.

OIT: *Libertad de asociación y libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Informe de seguimiento de la declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, Ginebra, 2008.

OIT: *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos.* Ginebra, 2019.

Portal de transparencia UGT https://www.ugt.es/como-somos

ISSN: 2792-7970

Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo

Democracy at work and codetermination in the use of AI in the company: more than negotiating the algorithm

Adrián Todolí Signes[1] *Profesor Titular de Derecho del Trabajo*
Universitat de València
https://orcid.org/0000-0001-7538-4764

Cita Sugerida: TODOLÍ SIGNES, A.: «Democracia en el trabajo y codeterminación ante el uso de la IA en la empresa: algo más que negociar el algoritmo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. Nº Extraordinario 2 (2024): 229-250.

Resumen

El uso de la inteligencia artificial para tomar decisiones que afecten a los trabajadores está suponiendo un reto para la garantía de los derechos laborales. Se ha propuesto que sea la negociación colectiva la que regule el uso de la IA. En este trabajo se defiende que la negociación colectiva tal y como está actualmente regulada puede ser insuficiente para acometer este fin. En este trabajo se analizan las razones de esta insuficiencia. Con fundamento en este análisis se propone que es necesario reformar la participación de los trabajadores en la empresa para otorgar derechos de codeterminación a los representantes. Concretamente, se estudian iniciativas recientes en países europeos en materia de IA y participación de los trabajadores y se realizan propuestas concretas para solucionar las deficiencias actuales del sistema de participación en materia de regulación conjunta de la IA.

Palabras clave

Participación de los trabajadores; codeterminación; codecisión; IA; negociación colectiva; libertad sindical; nuevas tecnologías; respuesta sindical ante la IA

Abstract

The use of artificial intelligence to make decisions affecting workers is challenging the guarantee of labor rights. It has been proposed that collective bargaining should regulate the use of AI. This paper argues that collective bargaining as currently regulated may be insufficient to achieve this end. This paper analyzes the reasons for this inadequacy. Based on this analysis, it is proposed that it is necessary to reform worker participation in the company to grant co-determination rights to representatives. Specifically, recent initiatives in European countries in the area of IA and employee participation are studied and concrete proposals are made to address the current shortcomings of the participation system in the area of joint regulation of IA.

Keywords

Worker participation; co-determination; co-determination; co-determination; AI; collective bargaining; freedom of association; new technologies; union response to AI

1. LOS RIESGOS DE LA DIRECCIÓN ALGORÍTMICA DEL TRABAJO

Decisiones tales como reclutar y seleccionar trabajadores, decidir los horarios de trabajo, la jornada de trabajo, asignar funciones y tareas, vigilar, controlar y evaluar el desempeño, decisiones de promociones, ascensos, bonus y despidos, actualmente, ya son tomadas por algoritmos. Con el uso de estos sistemas como gestores de la mano de obra, la figura del mando intermedio es cada vez menos necesaria, sustituyendo trabajadores que toman decisiones por trabajadores que cumplen lo decidido por un algoritmo.

[1] Investigación que forma parte del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación titulado "Algoritmos extractivos y neuroderechos. Retos regulatorios de la digitalización del trabajo" ref. PID2022-139967NB-I00

El trabajo en un *Call center* es uno de los más afectados por la dirección algorítmica del trabajo. Los algoritmos controlan el número de llamadas atendidas, la duración de las mismas, las pausas, incluso el contenido de la llamada a través de la detección de palabras clave, el tono de voz y la entonación[2]. La empresa *CallMiner* ofrece un programa informático que realiza un perfilado de cada trabajador y el propio programa les pone nota. De esta forma, la empresa promete elaborar un ranking de todos los trabajadores donde se evalúa la profesionalidad, cortesía y empatía en la atención mostrada durante las llamadas[3].

En los supermercados se contabiliza la rapidez de cada cajero para escanear los productos de la cesta. Este índice de "productividad" es comparado con el resto de las personas trabajadoras. Los supervisores usan esta evaluación del algoritmo a efectos de retribuciones, asignación de turnos de trabajo, despidos de los menos rápidos e incluso para hacer competir entre sí a los cajeros para que aceleren el ritmo de trabajo[4].

WorkSmart[5] es un algoritmo que cuenta las pulsaciones del teclado y el ratón, monitoriza permanentemente la pantalla del ordenador, los *emails* enviados e, incluso, realiza una foto cada diez minutos a través de la *webcam* del ordenador para comprobar qué posición y actitud tiene el trabajador. Con toda esta información se perfila y "ranquea" a los trabajadores.

En los trabajos de logística, limpieza y hostelería, los algoritmos monitorizan y procesan los movimientos de los trabajadores para tomar decisiones sobre cada uno de ellos. *Amazon* mide el número y velocidad de cajas empaquetadas, los pasos dados en un día dentro de los almacenes, las pausas para ir al baño o para socializar de los mozos de almacén. Así, mediante pulseras inteligentes o chips en las botas se realiza un exhaustivo recuento del trabajo prestado y, junto con otras variables, se elabora un índice de productividad que es usado para generar avisos automáticos (la pulsera vibra o se le envía un mensaje a la misma) o se despide de forma automatizada a las personas que no alcanzan una mínima productividad[6]. De acuerdo con los datos, el 10% de los trabajadores de almacén de Amazon en EE. UU. han sido despedidos por el índice de productividad[7].

Amazon también instala cámaras, que son visualizadas por una IA, en los vehículos con el logo de Amazon, pertenecientes a las empresas subcontratistas que realizan repartos para la principal con objeto de conocer si estos trabajadores cumplen la normativa viaria al conducir los vehículos, cumplen con los límites de velocidad, sufren accidentes que puedan repercutir en la integridad de los paquetes, etc.[8]

Un estudio señala que el 98% de las empresas del *Fortune* 500 utiliza sistemas algorítmicos para sus procesos de selección[9]. Los algoritmos pueden desde leer CV hasta analizar videos de

[2] Ball, K.: "Workplace surveillance: An overview", *Labor History,* 51, pp. 87-88.
[3] Dzieza, J.: "How hard will the robots make us work?", *The Verge*, 27 de febrero de 2020, p. 7.
[4] The Week staff.: "The rise of workplace spying", *Week*, 2015. Recuperado de https://theweek.com/articles/564263/rise-workplace-spying (accedido 20/07/2022)
[5] Solon, O.: "Big Brother isn´t just watching: workplace surveillance can track your every move." *The Guardian*, 6 de noviembre de 2017. Recuperado de: https://www.theguardian.com/world/2017/nov/06/workplace-surveillance-big-brother-technology
[6] Lucher, C.: "How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for "productivity". *The Verge*, 2019.
[7] Rogers, B.: "The law and political economy of workplace technological change." *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review (CR-CL)*, Vol. 55, 2019, p. 38.
[8] Palmer, A.: "Amazon is using AI-equipped cameras in delivery vans and some drivers are concern about privacy." *CNBC*, 3 de febrero de 2021.
[9] Sanchez-Monedero, J., Dencik, L. y Edwards, L.: "What does it mean to "solve" the problem of discrimination in hiring?", *FAT* '20: Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2020, pp. 458-468., Disponible en, https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3351095.3372849

entrevistas para comparar habilidades, actitudes, lenguaje no verbal, tono de voz y obtener al mejor candidato o reducir la lista de candidatos a unos pocos.

En este sentido, existe un amplio consenso en la doctrina señalando los riesgos que puede provocar para las personas trabajadoras y para sus condiciones laborales dignas el hecho de tener un sistema de inteligencia artificial como "jefe" o supervisor, esto es, que afecten al trabajo. Así, se plantea el riesgo de que el algoritmo tomando decisiones discrimine por alguna razón prohibida por la legislación, establezca ritmos de trabajo que dañen a la salud, vulnere la intimidad o la protección de datos de las personas, tome decisiones de despido por razones no incluidas en la legislación, etc.

A su vez, se ha puesto de manifiesto que las clásicas instituciones jurídicas (protecciones antidiscriminación, normativa de prevención de riesgos laborales, DDFF, etc.), hasta el momento, se han mostrado insuficientes para para poner límites a los "jefes" algorítmicos. Incluso las más "modernas" regulaciones como pueda ser el RGPD se ha mostrado totalmente incapaz de frenar las vulneraciones de derechos laborales que provocan las tecnologías algorítmicas[10].

Las razones por las que las regulaciones clásicas se muestran insuficientes para garantizar los derechos de las personas trabajadoras son principalmente tres. En primer lugar, porque las normativas que tratan de reducir o controlar el impacto de la digitalización sobre las personas han puesto el foco en la privacidad y en la protección de datos personales. Regulan la tecnología desde la perspectiva de que esta puede invadir la intimidad de las personas, olvidando que muchos más derechos están en juego. Cuando un algoritmo es el "jefe", derechos como la salud, la autonomía, la capacidad de negociar, los derechos antidiscriminación, también necesitan ser protegidos.

En segundo lugar, la normativa ha buscado dar soluciones individuales a problemas colectivos. Muchas de las acciones concedidas por el reglamento de protección de datos son de carácter individual -protección de datos individuales- que no permiten, ni siquiera cuando se gana el caso ante los tribunales, mejorar la situación[11].

En tercer lugar, el RGPD (y el Reglamento de Inteligencia artificial) no es una normativa laboral y no está pensada ni adaptada a los principios de funcionamiento de las relaciones industriales. Así, la regulación en materia de protección de datos funciona en una lógica de garantías decididas unilateralmente por el responsable del tratamiento; de relevancia determinante del consentimiento; de derechos de ejercicio individual, etc. Reglas de funcionamiento muy alejadas de los principios básicos del ordenamiento laboral, cimentado en limitaciones a la autonomía de la voluntad; reconocimiento de la autonomía colectiva; intervenciones legislativas con garantías de derechos claras; normas de derecho mínimo necesario, etc.

Ante esta situación se propone que, con objeto de reducir el impacto negativo de la implementación de estas tecnologías en el seno de la empresa, de acuerdo con la doctrina, la regulación

[10] Sobre esto ver, Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[11] Así ocurre con la reputación digital de los trabajadores. Un trabajador que es evaluado por un sistema algorítmico que decide el número de horas de trabajo, los bonus o ascensos, incluso si gana ante los tribunales el derecho a no ser evaluado por un sistema algorítmico -porque hacerlo vulnera su derecho a la protección de datos o a no ser objeto de decisiones automatizadas- su problema seguirá siendo el mismo. La empresa no le evaluará algorítmicamente, como señala la sentencia, pero la consecuencia será que este trabajador no recibirá encargos, tareas, horas de trabajo, bonus ni ascensos. Es decir, que probablemente acabe peor que antes. Esto provoca una desincentivación de la litigación y que la efectividad de la norma sea inexistente.

más eficiente sería la realizada por la negociación colectiva[12] ("negociar el algoritmo"[13]). Una forma de regular mucho más ágil, versátil y adaptada al sector y empresa concreta.

Sin embargo, como se expondrá en este trabajo, la negociación colectiva, por sí misma, será insuficiente. Por una parte, porque depende del poder de negociación de las partes. De esta forma, en sectores o empresas donde el comité de empresa no tenga mucho poder de negociación es posible que sea incapaz de incorporar los intereses o el punto de vista de los afectados al proceso de implementación de la tecnología y mucho menos conseguir incorporar en la negociación colectiva medidas y garantías efectivas para reducir las externalidades negativas de la tecnología. Por otra parte, los estudios muestran que actualmente, todavía existe un escaso conocimiento sobre el funcionamiento de la IA por parte del comité de empresa y de los sindicatos[14]. La novedad y complejidad técnica de la IA, así como su oscuridad en la forma en que funciona y la invisibilidad en su actuación[15] dificulta sobre manera que los sindicatos por sí mismos puedan tener información y conocimientos suficiente para regular su impacto. Adicionalmente, cabe señalar que las obligaciones actuales de negociar (o de consulta) suelen aparecer cuando la decisión de implementación de la tecnología ya ha sido tomada por la dirección de la empresa[16]: un estadio del proceso de implementación muy avanzado que reduce la capacidad de acción del comité de empresa. En efecto, cuando la empresa ya ha decidido y ha adquirido -con un elevado coste- un determinado *software*, descartando otros, las posibilidades de buscar alternativas son escasas.

De esta forma, se observa que, sin un soporte legal concreto, la negociación colectiva puede mostrarse insuficiente para hacer frente al reto de la digitalización y la IA en la empresa. Partiendo de esta hipótesis, este trabajo propone la codeterminación fuerte como forma más adecuada de introducir la tecnología en la empresa. Para ello, se propondrán una serie de regulaciones que permitirán empoderar a los agentes sociales para regular conjuntamente en el ámbito sectorial o empresarial la implementación de la tecnología, especialmente de la IA. No obstante, quede claro que la negociación colectiva y la codeterminación no son fórmulas excluyentes entre sí, ni tampoco se pretende defender una sobre otra o indicar que una fórmula sea más conveniente que otra. Por el contrario, se considera necesario utilizar ambas fórmulas como instrumentos que se refuerzan mutualmente. Como señalan Gumbrell-Mcormick y Hyman, la intervención estatal y las leyes son los mayores determinantes del poder de los sindicatos para mejorar las condiciones de trabajo[17].

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que, frente a la magnitud del reto, la ausencia de instituciones y regulaciones adecuadas provocará una erosión de la democracia industrial[18]. Esto es, existe un consenso alrededor de que las instituciones actuales de participación en la toma de

[12] De Stefano, V. y Taes, S.: "Algorthmic Management and Collective Bargaining." *Transfer: European Review of Labour and Research*, vil. 29(1), 2023, pp. 21-36; Sáez Lara, C.: "Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales." *Cuadernos de Relaciones Laborales,* 40 (2), 2022, p.297 y ss.; Collins, P. y Atkinson, J.: "Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain", *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, p. 4.

[13] De Stefano, V.: "Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence, and labor protection", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 41 (1), 2020, pp. 15-46.

[14] Rego, K.: "Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022.

[15] Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[16] Este problema no es solamente predicable respecto a decisiones de implementación tecnológica sino a cualquier tipo de decisión empresarial, ver Rego, K.: "Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022.

[17] Gumbrell-McCormick, R. y Hyman, R.: *Trade Unions in Western Europe: Hard Times, Hard Choices*, Oxford University Press, 2013 p. 31 (traducción propia).

[18] De Spiegelaere, S., Hoffmann, A., Jagodzinski, R. y Lafuente, S.: "Democracy at work", en VV.AA.: *Benchmarking working Europe 2019*, Jepsen, M (ed), Bruselas, ETUI, 2019, pp. 67-89.

decisiones empresariales son insuficientes dadas las específicas características, los altos riesgos de vulneración de derechos y el carácter disruptor de esta nueva tecnología. Por ello, ante el reto de la IA, se defiende que la negociación colectiva y las instituciones de participación actuales, por sí mismas, pueden ser insuficientes, siendo necesario establecer fórmulas de codeterminación específicas en la implementación de la tecnología en la empresa.

2. LA CODETERMINACIÓN COMO FORMA DE TOMAR DECISIONES ESTRATÉGICAS EN LA EMPRESA

2.1. La codeterminación débil, fuerte y la cogestión

Dentro de la participación de las personas trabajadoras en la empresa cabe distinguir entre, al menos, tres fórmulas o mecanismos[19]. En primer lugar, se encuentra la obligación de consultar a los representantes previamente informados, con antelación a la adopción de cualquier decisión que repercuta sobre las personas trabajadoras. Esta obligación de consulta se amplía en algunos casos con el derecho a emitir un informe no vinculante. Esta sería la llamada codeterminación débil que no exige acuerdo ni consentimiento por parte de los representantes, ni tampoco otorga posibilidades de veto de las decisiones más perjudiciales para los intereses de sus representados. En nuestro ordenamiento jurídico esta es la principal forma de participación. El art. 64 ET y ss., así como la normativa de prevención de riesgos laborales establecen, de forma amplia, las materias en las que los representantes en la empresa tienen derecho a participar mediante el mecanismo de consulta.

En segundo lugar, se encontraría la codeterminación fuerte. En este mecanismo de participación se identificaría una serie de materias en las cuales la empresa estaría obligada a alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores antes de proceder a la adopción de la decisión. De esta forma, en este caso también existiría obligación de informar y negociar pero, adicionalmente, los representantes tendrían posibilidad de vetar la adopción de dicha decisión.

En tercer lugar, la participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones estratégicas de la empresa llamada cogestión[20]. Esto se hace a través de la designación de representantes de los trabajadores en los propios órganos societarios de la empresa. Así, miembros del consejo de administración (en sistemas unicamerales) o del organismo de control (en sistemas bicamerales de gobierno empresarial) serían elegidos por los propios trabajadores o sus representantes (sindicales o comité de empresa) dependiendo de la propia fórmula instaurada.

De esta forma, se comprueba que de las posibilidades de participación en la empresa por parte de los trabajadores en nuestro país únicamente se ha desarrollado la fórmula más débil o de menor intervención en la empresa. Sin embargo, en términos generales, los estudios económicos demuestran que los niveles más avanzados de participación redundan en grandes ventajas para la propia empresa, su crecimiento, la productividad y la estabilidad empresarial.

---

[19] Al respecto ver Landa Zapirain, J.P.: "Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: La co-determinación como posible solución", *Doc. Labor*. nº 109, 2017, pp. 19-58.

[20] Tal y como señala Fernández González, V.: "Cogestión, grados y esferas (teoría general)", en VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho (ed), Madrid 1967, p. 76. "La cogestión, al pesar de la especulación sociológica a la práctica de la organización misma de las empresas, viene a fundamentarse en la tesis de que todos cuantos tienen interés en la vida económica de cada unidad de explotación, tienen título, están perfectamente legitimados para participar en el régimen y en el gobierno de esas unidades económicas".

2.2. Ventajas de la codeterminación y cogestión empresarial

En este trabajo se defiende la necesidad de establecer mejores fórmulas de participación de las personas trabajadoras en la implementación de la IA en la empresa. Sin embargo, esto no se hace únicamente porque este hecho reduciría los riesgos de que la IA vulnerara los derechos y libertades de las personas, sino también en el convencimiento de que estas formas de participación fuerte mejoran los resultados empresariales, reducen la conflictividad y mejoran la economía del país[21].

En primer lugar, los estudios empíricos señalan que las empresas que introducen la cogestión ven aumentado el valor de sus acciones[22]. Las razones por las que se produce este efecto beneficioso son las siguientes: i) la existencia de miembros de los representantes de los trabajadores en el consejo de administración, así como la codeterminación fuerte, implica una orientación hacia objetivos a largo plazo de la empresa, reduciendo los objetivos cortoplacistas que pueden perjudicar a la empresa a medio plazo. Esto ocurre precisamente porque las personas trabajadoras tienen incentivos para buscar o dar soporte a estrategias que garanticen el mantenimiento de la empresa a largo plazo; ii) la cogestión funciona como un mecanismo de control respecto al exceso de poder que puedan tener los administradores ejecutivos de la empresa en cuestiones como, por ejemplo, fijar su propio sueldo. Estos excesos perjudican a los accionistas, por lo que fórmulas de control que los reduzcan, acaban provocando mayores inversiones en la empresa por parte de potenciales accionistas; iii) la representación de los trabajadores funciona como un *whistleblower* interno para evitar grandes fraudes que pueda realizar la dirección empresarial contra los accionistas que carecen de toda la información. De la misma forma que las auditorías contables tienen por objeto dar confianza sobre la veracidad de las cuentas de resultados empresariales y que, derivado de esa comprobación externa, los potenciales accionistas no temen invertir en la empresa, los representantes de los trabajadores pueden funcionar en el mismo sentido. A lo que se debe añadir que los representantes de los trabajadores conocen mejor el funcionamiento empresarial, lo que dificulta que puedan ser engañados generando mayor confianza en el mercado.

En segundo lugar, que las decisiones estratégicas de la empresa sean adoptadas con la participación de los trabajadores reduce la conflictividad social, la resistencia al cambio y aumenta la cooperación y la productividad[23]. La cogestión y la codeterminación implican mayores niveles de trasparencia en la toma de decisiones lo que genera confianza. Esto es, muchas decisiones empresariales estratégicas suelen defenderse por la parte empresarial bajo la premisa de "no hay más remedio para la supervivencia económica de la empresa". Sin embargo, la falta de credibilidad dificultará la aceptación de dicha premisa. Por el contrario, la cogestión, que implica la participación desde el propio órgano de administración, se realiza con el mismo nivel de información que el resto de los miembros del consejo de administración que ha tomado la decisión. Esto incrementa la trasparencia y el nivel de confianza reduciendo la resistencia al cambio. Esto mismo provocará una reducción del conflicto en el seno de la empresa y también una mejora en la cooperación entre empresa y trabajadores para la implementación de la decisión adoptada por consenso o conjuntamente, además de mejorar técnicamente, mediante el conocimiento y cooperación de las personas intervinientes, la propia medida a implantar[24].

[21] Todolí Signes, A.: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi, 2021.

[22] Fauver, L. y Fuesrst, M.: "Does good corporate governance include employee representation? Evidence from German corporate boards", *Journal of Financial Economics*, 82, 673-710.

[23] Adams, J.S.: "Inequity in social Exchange", en VV.AA.: *Advances in experimental social psychology*, Berkowitz L.R., (ed.), vol. 2, New York, Academic Press., 1965, pp. 267-299.

[24] Fauver, L. y Fuesrst, M,: "Does good corporate governance include employee representation? Evidence from German corporate boards", *Journal of Financial Economics*, 82, 673-710.

El incremento de la participación de los trabajadores en las decisiones estratégicas de la empresa también redunda en mejoras para la economía en general. 1) Uno de los efectos más beneficiosos, principalmente para España[25], es que la participación provoca un aumento del tamaño de las empresas[26]. En este sentido, los representantes de los trabajadores, cuando de ellos depende la decisión a tomar, optan por revertir los beneficios empresariales en la propia empresa en vez de convertir esos beneficios en dividendos para los accionistas o para comprar acciones de la propia empresa (aumentando a corto plazo el valor de las acciones sin una mejora real de la situación empresarial). 2) Los consejeros sindicales influyen y optan por estrategias empresariales que implican mantener el empleo en el país (evitando la deslocalización productiva[27]) o simplemente mantener el empleo en la empresa (reduciendo la automatización que no aporta verdadera productividad[28]). 3) De la misma forma que la participación de los trabajadores puede beneficiar a los accionistas reduciendo los posibles fraudes contables, también la hacienda pública se verá beneficiada en el mismo sentido[29]. Incluso, en cuestiones como la movilidad de la sede social de la empresa al extranjero, con objeto de menguar la factura fiscal, que perjudica al país, este fenómeno puede verse reducido en caso de contar con representantes de los trabajadores entre los que deben tomar estas decisiones.

Respecto a las ventajas de la participación para las propias personas trabajadoras se debe partir del conocido desequilibro entre capital y trabajo[30]. En el contexto de la toma de decisiones empresariales, los intereses del trabajo son sistemáticamente marginalizados[31]. Las fórmulas de codeterminación y la negociación colectiva son la forma de reducir este desequilibrio y permitir cierta influencia de las personas trabajadoras en la toma de la decisión que les va a afectar en su vida y su trabajo, así como prevenir una competencia en costes que perjudique la calidad de su trabajo y sus condiciones laborales[32].

Adicionalmente, la posibilidad de influenciar las decisiones que le van a afectar a uno desarrolla capacidades morales e intelectuales, mejora la autorrealización y provee una oportunidad única de articular y perseguir una concepción propia de lo que es una buena vida[33]. En el mismo sentido, participar en la toma de decisiones en el trabajo mejora la autoestima y el bienestar en el trabajo[34].

---

[25] Cabe recordar que uno de los factores más relevantes para la productividad de las empresas es su tamaño, en el sentido de que las empresas de menor tamaño tienen a tener menores niveles de productividad, ver Todolí Signes, A.: *Regulación del Trabajo y Política Económica. De como los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi, 2021.

[26] Kraft, K., "Codetermination as a strategic advantage?", *International Journal of Industrial Organization*, 19, 2001, pp. 543-566.

[27] Bramucci, A. y Zanfei, A.: "The governance of offshoring and its effects at home. The role of codetermination in the international organization of German firms", *Economia e Politica Industriale: Journal of Industrial and Business Economics*, 42 (2), 2015, 217-244.

[28] Como se ha señalado en otros lugares, existen diferentes usos de la IA: un uso que aporta productividad -hacer más con menos recursos- y otro que extrae, en el sentido que se permite obtener más producto solamente porque se obliga a un mayor esfuerzo personal y sujeto a externalidades negativas, al respecto ver Todolí Signes, A. : *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[29] Fauver, L. y Fuesrst, M,: "Does good corporate governance include employee representation? Evidence from German corporate boards", *Journal of Financial Economics*, 82, 673-710

[30] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 213.

[31] Adams, Z.: *Legal concept of work*, Oxford University Press, 2022; Klengel, E. y Wenckebach, J.: "Artificial intelligence, Work, Power Imbalance and Democracy - Why Co-Determination is Essencial", *Italian Labour Law E-journal*, 14, 2021.

[32] Todolí Signes, A.: *Regulación del Trabajo y Política Económica. De como los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi, 2021.

[33] Dahl, R.: *A preface to Economic Democracy*, University of California Press, CA, 1985, pp. 94-101.

[34] Christiano, T.: "Self-determination and the human right to democracy", en VV.AA.: *Philosophical foundations of Human Rights*, Cruft, R., Liao, S.M. y Renzo, M. (eds) Oxford University Press, 459-481.

2.3. Problemas de la codeterminación en su aplicación a la implementación de la IA en la empresa

A pesar de la importancia dada por parte de la doctrina a la necesidad de intervención y participación de las personas trabajadoras en la toma de decisiones referidas a la implementación de la tecnología en la empresa, este hecho ha tenido escaso reflejo en la negociación colectiva[35]. Las causas pueden ser múltiples. En primer lugar, es posible que exista una falta de conocimiento sobre la relevancia para las condiciones laborales de la implantación de dichas tecnologías o que se carezca de suficiente conocimiento técnico para intervenir en su regulación o adopción[36]. En segundo lugar, es posible que la prioridad de la negociación colectiva esté en otras materias más "clásicas" como el salario o la jornada que dejen poco espacio a negociar otras materias "nuevas". También se puede carecer de recursos, datos o información suficiente para regular. Como señala la doctrina, la negociación colectiva solamente será significativa si los representantes tienen acceso a la información relativa a qué tecnología va a implementarse y cómo esta impactará a su trabajo y a la organización[37]. En tercer lugar, la falta de poder de negociación de los sindicatos o representantes de los trabajadores puede impedir que influyan en la decisión final tomada. Actualmente, los derechos de participación se limitan a recibir información y ser consultados, sin que la voluntad o preferencias de los representantes deba ser necesariamente tomada en cuenta. Así pues, sin reglas específicas que incrementen su poder de negociación o derechos de codeterminación fuertes, la participación queda relegada a un mero "trámite" previo a la toma de decisión libre por parte de la empresa.

Cabe señalar que todas estas dificultades para la intervención pueden verse agravadas cuando el ámbito de acción es la empresa, dado que los recursos, conocimientos, información y poder de negociación serán habitualmente menor en el ámbito empresarial que en el sectorial[38]. Así, es posible que los comités de empresa carezcan del conocimiento suficiente para participar informadamente en la toma de decisiones. En este sentido, se ha señalado que tradicionalmente los comités de empresa suelen evitar participar en la implementación de tecnología en la empresa dado que carecen de suficiente conocimiento para hacerlo adecuadamente[39]. También se ha argumentado que los comités de empresa son más vulnerables a la presión, especialmente en situaciones económicas difíciles o cuando se amenaza con deslocalizar la producción[40]. Y, en general, es posible que carezcan de poder de negociación suficiente para intervenir de forma significativa[41].

En línea con lo anterior, las propuestas que se hacen en este trabajo pretenden compensar el desequilibrio clásico capital-trabajo y poner remedio a los impedimentos detectados hasta el momento para que se produzca una verdadera participación de los trabajadores en la toma de decisiones

[35] No obstante, se debe señalar como un éxito el Acuerdo Marco sobre Digitalización alcanzado en junio de 2020 en el ámbito europeo cuyo propósito es animar a la negociación colectiva en los diferentes niveles a afrontar los retos derivados de la transición digital, al respecto Goerlich Peset, J. M.: "El acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", *Documentación Laboral*, 122, 2021, 49-57.

[36] Rego, K.: "Works councils and the digitalization of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022, pp. 1913-1914.

[37] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, pp. 213, 215.

[38] Bosch, G. y Schmitz-Kiessler, J.: "Shaping Industry 4.0 - an experimental approach developed by German trade unions", *Transfer European Review of Labour and Research*, vol. 26 (2), 2020, pp. 192.

[39] Rego, K.: "Works councils and the digitalization of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022, pp. 1914.

[40] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, pp. 218.

[41] Kryzywdzinski, M., Grest, D. y Butollo, F.: "Promoting human-centred AI in the workplace. Trade unions and their strategies for regulating the use of AI in Germany", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29 (1), 2023, p. 64.

respecto a la implantación de IA en la empresa. Cabe señalar que las propuestas que ahora se pasan a detallar pueden ser implementadas, bien directamente por la ley ampliando los derechos legales de codeterminación, bien a través de la negociación colectiva, estableciendo estos derechos en el convenio colectivo.

3. FORMAS DE IMPLEMENTAR LA CODETERMINACIÓN EN MATERIA DE IA

3.1. Formación y conocimientos sobre el impacto y potencial de la tecnología

La falta de conocimiento técnico sobre el funcionamiento de la tecnología y el impacto que esta puede producir a corto y medio plazo en las condiciones laborales es un hecho disuasorio para la participación de los trabajadores, incluso cuando se tiene el poder de hacerlo. Por esta razón, las autoridades y los sindicatos deben hacer un esfuerzo en formar a las personas trabajadoras, en general, y a sus miembros, en particular, en los conocimientos relevantes en materia de digitalización empresarial. Adicionalmente, deben ofrecer apoyo y estructuras que permitan intercambiar información entre distintas empresas y trasmitir conocimiento mutuo sobre experiencias previas. También las autoridades públicas, a través de los sindicatos, pueden proveer de conocimiento experto y asesoramiento directo a los comités de empresa[42].

En este sentido, tanto en España[43], como en otros países, los sindicatos han publicado guías para ayudar a los comités de empresa a entender mejor las tecnologías y a cómo negociar ante una propuesta de implementación de un algoritmo en la empresa[44]. En Italia la CGIL ha creado una oficina de industria 4.0 para promocionar iniciativas sindicales sobre dirección algorítmica[45]. También en Gran Bretaña, la TUC ha organizado un grupo de trabajo para emitir informes y documentos sobre IA y trabajo[46]. En casos como Suecia, los agentes sociales ofrecen, conjuntamente a empresas y personas trabajadoras, una guía sobre el clima laboral y sobre prevención de riesgos laborales relacionados con la dirección algorítmica del trabajo[47].

3.2. Derechos de información específicos sobre el algoritmo (trasparencia algorítmica)

Es habitual en Europa que los representantes de los trabajadores tengan derechos de información y consulta en aquellos casos en los que la empresa pretende modificar la organización del trabajo, la metodología de trabajo o cualquier otra circunstancia que afecte de forma significativa a las personas trabajadoras. Como señala la doctrina, la participación de las personas trabajadoras en la toma de decisiones solamente puede ser significativa y relevante si estos poseen información suficiente sobre cómo las decisiones empresariales y la tecnología van a impactar la organización[48].

---

[42] Estas propuestas están inspiradas en las realizadas por Rego, K.: "Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022, p. 1914, con la diferencia de que este autor hace hincapié en los sindicatos como proveedores de estos recursos. Estando de acuerdo en ello, considero que las autoridades públicas también tienen responsabilidad en garantizar que los sindicatos tengan los recursos necesarios para proveerlos conforme a la relevancia constitucional de los mismos en nuestro país.

[43] UGT, *Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales*, 2021, https://www.ugt.es/sites/default/files/no_20_-_210208_las_decisiones_algoritmicas_en_las_rrll.pdf (accedido 28/03/2024)

[44] Delfanti, A., Radovac, L. y Walker, T.: *The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers and policymakers*, Report for UNI Global, 2021.

[45] Ver la web en https://www.cgil.it/strumenti/progetto-lavoro-40 (accedido 28/03/2024)

[46] Algunos de estos informes son Trade Union Congress: *Technology Managing People: The worker experience*. Londres, 2020; Trade Union Congress: *Dignity at work and the IA revolution*, Londres, 2021.

[47] Ver la web del proyecto en https://digironden.suntarbetsliv.se/ (accedido 28/03/2024)

[48] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 215.

Así, por ejemplo, la ley sueca de codeterminación en el trabajo establece el derecho de los representantes a negociar cuando el empleador introduce modificaciones que cambian el lugar de trabajo de forma significativa[49]. En un sentido similar, nuestro Estatuto de los Trabajadores establece en el art. 65.5 f) que el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre varias cuestiones, entre otras, "La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo".

A pesar de la existencia de estos derechos de información genéricos, diversos estados están aclarando que estos son también aplicables cuando se introduce un algoritmo en la empresa que toma decisiones que afectan a las personas trabajadoras.

Así lo hace Alemania en 2021 con la ley para la Modernización de los derechos de participación de los comités de empresa al señalar que los derechos de información, consulta y evaluación de los comités de empresa en materia de diseño del ambiente de trabajo y de los procedimientos de trabajo y operacionales cubren también la introducción de tecnologías de la IA[50]. Concretamente, establece dos derechos de información[51]:

1. El comité de empresa tiene derecho de información cuando se producen en el lugar de trabajo innovaciones técnicas y cambios en los procedimientos. En este supuesto, expresamente se incluye los provocados por sistemas basados en IA.

2. El comité de empresa tiene derechos de codeterminación (fuerte) en caso de que la IA se use en materia de recursos humanos en supuestos como selección de personal, modificaciones geográficas y despidos.

En el mismo sentido, en España se ha modificado el art. 64.4 ET para introducir el derecho del comité de empresa a "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". Este precepto no solamente tiene el objetivo de aclarar que los derechos de información cubren también la introducción de algoritmos y sistemas de IA, sino que adicionalmente la norma fija el alcance de la obligación de información al detallar concretamente qué se debe entregar sobre los mismos (*parámetros, reglas e instrucciones*)[52]. También en Polonia y en Gran Bretaña existen modificaciones de la regulación de los derechos de información y consulta con el objetivo de

[49] Ministery of Employment, (Non-official) translation Co-Determination in the workplace Act. Available at: https://www.government.se/government-policy/labour-law-and-work-environment/1976580-employment-co-determination-in-the-workplace-act-lag-om-medbestammande-i-arbetslivet/ (Accedido el 02/04/2024)

[50] VV.AA.: "It takes two to code: a comparative analysis of collective bargaining and artificial intelligence", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, p. 94; Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 218.

[51] Art. 87, 90 y 95 Works Constitution Act (BetrVG) traducción propia.

[52] Gómez Grodillo, R..: "Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras", *Temas Laborales*, 158, 2021, 161-182; Todolí Signes, A.: "Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *Iuslabor*, 2, 2021, pp. 28-65; Mercader Uguina, J.: "Hacia una democracia digital en la empresa", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4 (2), 2023, pp. 4-21; Rodríguez Fernández, M.L.: "La participación de las personas trabajadoras en la gobernanza de la transición digital: las experiencias de la Unión Europea y de España", *Revista de Derecho Social*, 101, 2023, pp. 107-140; Goerlich Peset, J.M.: "Representación del personal y protección de datos. Criterios interpretativos", *Labos,* 2024.

facilitar el acceso de los representantes de los trabajadores a información respecto a la introducción de tecnología y de sistemas de inteligencia artificial en el trabajo[53].

Adicionalmente, es muy relevante el momento temporal en el que nace la obligación de proveer dicha información y permitir la participación de las personas trabajadoras. Como señala la doctrina, el comité de empresa debería estar implicado en el proceso de toma de decisión lo antes posible en materia de tecnología, dado que las posibilidades de participación e influencia disminuyen a través del proceso[54]. En efecto, una vez adquirido el programa informático que se pretende implementar, será difícil que los representantes puedan plantear la adquisición de uno distinto menos dañino para los derechos de las personas. Igualmente, si la empresa realiza una prueba piloto en la que no están involucrados los representantes y solamente se les da voz cuando la empresa ha decidido, tras los resultados de la prueba piloto, expandir la introducción de la tecnología a toda la empresa, las posibilidades de poner en entredicho la utilidad de la introducción de la tecnología concreta será mucho menor.

3.3. La entrega de la evaluación de impacto a los representantes

Actualmente, el art. 35 del RGPD obliga a todo aquel que realiza un tratamiento automatizado de datos personales a realizar una "evaluación de impacto" previamente a la implantación de cualquier proceso que resulte de alto riesgo para los derechos y libertades de las personas (incluyendo el riesgo de discriminación[55]).

De esta forma, habiéndose demostrado el riesgo de que los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial produzcan resultados discriminatorios[56], será obligatorio que antes de la introducción de cualquier elemento de dirección algorítmica se realice una evaluación de impacto de esta.

Así lo determinó la Autoridad de Protección de datos italiana (APDI) en el caso del algoritmo *Frank* usado por *Deliveroo* para asignar pedidos. La APDI determinó que *Deliveroo* debería haber realizado una evaluación de impacto en la protección de datos sobre su algoritmo *Frank* conforme al art. 35.3 a) del RGPD dado que *Frank* usaba tecnología innovadora, se hacía a gran escala, tanto en número de personas afectadas (8.000 mil *riders*) como en cantidad de datos usados, afectaba a colectivos vulnerables (trabajadores) e implicaba perfilar a los sujetos.

La regulación europea de protección de datos indica que la evaluación de impacto debe contener, como mínimo, una descripción del procesamiento de datos, una explicación de sus propósitos, una evaluación del riesgo sobre los derechos de los sujetos, medidas para reducir los riesgos previstos y una evaluación de la necesidad y proporcionalidad del procedimiento en relación con las finalidades propuestas[57].

---

[53] De Stefano, V. y Taes, S.: "Algorthmic Management and Collective Bargaining." *Transfer: European Review of Labour and Research*, vil. 29(1), 2023, p. 30.

[54] Rego, K.: "Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022, p. 1914.

[55] Así lo señala expresamente el *Guidelines on Data Protection Impact Assessment* (DPIA) *and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation* 2016/679, wp248rev.01", 2017, p. 6.

[56] Ginès i Fabrellas, A.: "La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos", *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, pp. 295-320; Mercader Uguina, J. R.: "La gestión laboral a través de algoritmos", *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, pp. 253-294; Rivas Vallejo, M P.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi, 2022.

[57] Conforme al considerando 90 RDPD y la Guía del GP29.

La evaluación de impacto, aunque no tiene por objetivo ni obliga a que se eliminen todos los riesgos, sí exige que se realice un análisis de los riesgos de discriminación, entre otros derechos, y si estos no pueden ser suprimidos se deberá justificar porqué se usa ese sistema igualmente.

Dos problemas surgen principalmente con la evaluación de impacto como forma de garantizar el cumplimiento de las normas laborales y los derechos fundamentales de las personas: primero, que no existe obligación de publicarse ni de remitirse a ningún organismo público; y segundo, derivado del primero, que no existe un control real de su existencia ni de la calidad de su contenido.

De esta forma, se propone que la evaluación de impacto sea negociada con los representantes de los trabajadores y, una vez completada, sea entregada a estos para debatir las medidas para reducir el impacto sobre los derechos de las personas.

En este sentido, se podría negociar con los representantes de los trabajadores o, directamente, con los sindicatos más representativos en ausencia de representantes en la empresa, aspectos como: quién realizará la evaluación, qué aspectos se valorarán, con qué periodicidad se realizará la misma, qué riesgos específicos se van a evaluar, etc. Igualmente, la obligación de mostrar el resultado final a los representantes de los trabajadores permitirá que, identificados unos determinados riesgos para los derechos de las personas, se negocien y acuerden medidas para reducirlos.

Esta propuesta no es desconocida en el ámbito comunitario. La Directiva europea de trabajo en plataformas digitales, en su art. 8, establece que, en cumplimiento de la evaluación de impacto de los datos personales, se debe consultar con los representantes de los trabajadores (art. 8.1) y entregar la evaluación a estos (art. 8.2). Sin embargo, esta obligación se ciñe solamente a las empresas de plataformas, a pesar de que parece lógico que se extienda dicha obligación a todas las empresas que usan IA.

3.4. La auditoría algorítmica

Dentro de las necesidades de conocimientos expertos por parte de los representantes de los trabajadores existe una opción que requiere de especial atención. Aunque no existen muchas muestras de su uso en el ámbito comparado, la literatura y los expertos en tecnologías han destacado la relevancia de la auditoría algorítmica para poder conocer los verdaderos efectos que tiene la dirección algorítmica sobre los derechos de las personas[58]. En efecto, dada la naturaleza de "cajas negras" de los algoritmos y la posibilidad de que estos evolucionen "por sí mismos" más allá de los parámetros iniciales diseñados, la auditoría algorítmica permitiría conocer los verdaderos parámetros usados por el sistema para tomar sus decisiones, así como qué efectos está produciendo. Como se puede comprobar, la auditoría algorítmica no solamente es de utilidad para las personas trabajadoras, sino también para que la propia empresa conozca si el algoritmo está realmente sirviendo para los objetivos con los que fue implementado.

Las principales diferencias entre la evaluación de impacto (art. 35 RGPD) y la auditoría algorítmica son dos: por un lado, la evaluación de impacto es previa a la implantación del sistema, mientras que la auditoría es posterior, una vez el sistema algorítmico está en funcionamiento. Por otro lado, la evaluación de impacto es abstracta sobre la potencialidad del sistema para vulnerar derechos, mientras que la auditoría es concreta y específica, analizando cómo ha funcionado el sistema y qué resultados ha proporcionado, así como el impacto real de las decisiones tomadas.

[58] Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

Dentro de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, tendría sentido incluir la obligación de entregar a estos una auditoría algorítmica realizada por una institución independiente elegida por mutuo acuerdo entre empresa y representantes. El contenido específico de esta auditoría podría estar estandarizado o pactado por las partes, pero debería incluir, al menos, elementos como: análisis de los parámetros, reglas o instrucciones que realmente está usando el algoritmo (para conocer si hay desviaciones respecto a las variables inicialmente empleadas para entrenar el algoritmo), la posible existencia estadística de discriminación hacia algún colectivo protegido y el incremento estadísticamente significativo de accidentes o enfermedades comunes (incluyendo los vinculados a la salud mental) provocados por las decisiones tomadas por el algoritmo.

3.5. Derecho a un experto financiado por la empresa

Dentro de la codeterminación débil, esto es, de los derechos de información y consulta, la falta de conocimiento experto puede ser un obstáculo insalvable para desarrollar una verdadera participación. Por esta razón, en 2021, en Alemania, en la ley de Modernización de los derechos de participación de los comités de empresa se introdujo una medida relevante: el derecho a realizar una evaluación de la introducción o aplicación de la inteligencia artificial en la que los representantes pueden llamar a un experto de su elección que debe ser costeado por el empleador. El objetivo es permitir a los representantes contar con los recursos económicos y técnicos suficientes para participar en la toma de decisiones y en la implementación. En este sentido, es interesante que el art. 13.3 de la Directiva europea de plataformas digitales también establece, en materia de algoritmos, el derecho de los representantes a consultar con un experto financiado por la empresa[59].

3.6. Creación de comités conjuntos

De la misma forma que la Ley de prevención de riesgos laborales establece comités conjuntos entre representantes del empresario y delegados de prevención para vigilar e implementar medidas de protección de la salud, se ha propuesto la creación de comités conjuntos para la protección de datos de los trabajadores[60]. Este comité, como órgano permanente, vigilaría el cumplimiento de las normas de protección de datos incluyendo la prohibición de tomar decisiones totalmente automatizadas que afectan a derechos de las personas trabajadoras, al tiempo que debería decidir sobre qué medidas o fórmulas se consideran más idóneas para dar cumplimiento a los derechos y obligaciones derivados del RGPD. En efecto, en la actualidad, el RGPD establece una serie de responsabilidades en la materia, pero deja en manos unilaterales del empresario la elección de cómo dar cumplimiento a las mismas. En este sentido, se ha defendido que sería más coherente con el sistema de relaciones laborales europeo que las decisiones se tomen conjuntamente.

En este contexto, parte de la doctrina ha ampliado esta propuesta no solo en materia de protección de datos, sino en general a toda decisión relacionada con la tecnología[61]. Adicionalmente, estos autores proponen establecer legislativamente un mínimo de requisitos para esos comités respecto a sus competencias, así como los conocimientos técnicos de sus miembros. También la doctrina ha propuesto crear un órgano institucional que supervise los comités en el cumplimiento

[59] No obstante, en este caso que el experto sea financiado por la empresa solo es una obligación para plataformas que tengan más de 250 trabajadores en el país.

[60] Todolí Signes, A., "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos", *Revista de Derecho Social*, 84, 2018, pp. 69-88.

[61] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 221.

de sus funciones, guie a las empresas en sus obligaciones y dé formación y conocimientos a los miembros de los comités de cada empresa para ejercer sus competencias[62].

Hasta la llegada de estos comités conjuntos por mandato legal, la negociación colectiva ha recogido el guante en algunos convenios. Así, el acuerdo entre Airbus y sus representantes para la implementación de la industria 4.0 busca establecer una cooperación estratégica entre el comité de empresa y la dirección de la empresa[63]. Este acuerdo establece un marco general para la introducción de nuevas tecnologías. Esto incluye reglas procedimentales y derechos concretos de participación de los trabajadores cuando se introduzca una nueva tecnología, así como derechos de formación en la tecnología implementada. También otorga derechos de información: obliga a la empresa, contando con la participación de las personas trabajadoras, a elaborar un dosier describiendo cómo la tecnología se va a introducir, quienes se verán afectados y los efectos que se espera que cause en el trabajo. Además, se establece un comité conjunto en el que se decide para cada proyecto cómo será introducida la tecnología. Todos los proyectos son coordinados a nivel de empresa mediante un comité conjunto central compuesto por la dirección de la empresa y el comité de empresa.

En un sentido similar, el convenio colectivo de la empresa Renault en Francia establece la creación de un comité conjunto en "nuevas tecnologías" al que se le debe entregar información sobre las nuevas tecnologías, así como su impacto en el empleo y las condiciones de trabajo[64].

Concretamente, para empresas de mayor tamaño es interesante el acuerdo estratégico para la digitalización de la empresa Merck que permite al comité de empresa delegar funciones y formar subcomités que incluyan empleados que no forman parte del propio comité de empresa con objeto de ampliar el número de trabajadores implicados en el proyecto y en tareas sindicales. Esos trabajadores, elegidos por los representantes, tienen derecho a formación específica para afrontar las tareas y la toma de decisiones en el proceso de implementación de la digitalización[65].

También en Gran Bretaña los sindicatos han negociado acuerdos que establecen obligaciones de crear comités conjuntos en materia de protección de datos con el objetivo de vigilar el cumplimiento de la normativa británica en la materia[66].

[62] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 221.

[63] Kryzywdzinski, M., Grest, D. y Butollo, F.: "Promoting human-centred AI in the workplace. Trade unions and their strategies for regulating the use of AI in Germany", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29 (1), 2023, p. 63.

[64] VV.AA.: "It takes two to code: a comparative analysis of collective bargaining and artificial intelligence", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, p. 97.

[65] Kryzywdzinski, M., Grest, D. y Butollo, F.: "Promoting human-centred AI in the workplace. Trade unions and their strategies for regulating the use of AI in Germany", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29 (1), 2023, p. 63.

[66] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, pp. 222. Recuérdese la fuerte oposición clásica que existe en los países anglosajones a todo lo que implique participación de los trabajadores en la dirección, en palabras de Alonso Olea, M.: "La cogestión en los países anglosajones", en AAVV.: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho (eds), Madrid, 1967, p. 137: «los empresarios británicos eran absolutamente opuesto a la participación de los trabajadores en la gestión, en opinión de sus portavoces "no existe puesto en la cadena de autoridad para nadie que represente a un grupo"; "una participación en la dirección no es un derecho que pueda ser pedido, son una distinción que debe ser ganada y una responsabilidad que debe ser soportada"».

En Dinamarca, la regulación obliga a todas las empresas de más de 35 trabajadores a establecer comités de colaboración entre la dirección y los representantes de los trabajadores. En este país, estos comités están siendo usados para tomar decisiones conjuntas relacionadas con la tecnología[67].

En general, la introducción de sistemas de inteligencia artificial en una empresa o un sector suele implicar algún tipo de programa piloto o test previo a su introducción en toda la empresa. En este tipo de proyectos piloto parece relevante que se cuente con la participación de los sindicatos o representantes de los trabajadores para conocer en qué circunstancias se desarrolla el proyecto y analizar los resultados con objeto de determinar los efectos, no solo en la productividad del trabajo, sino también en los derechos de las personas, que se obtienen tras la implementación de la IA[68].

3.7. Prevención de riesgos laborales y dirección algorítmica

Existe abundante literatura, y un amplio consenso doctrinal, sobre el impacto de la dirección algorítmica del trabajo en la seguridad y salud en el trabajo[69], así como de la necesidad de realizar evaluaciones de riesgos laborales para detectar los riesgos específicos que esta tecnología provoca[70]. Siendo así, la introducción de sistemas de inteligencia artificial, en la gran mayoría de casos, activará los derechos de información y consulta reforzados que existen en materia de prevención de riesgos laborales.

Así, por ejemplo, los comités de seguridad y salud en el trabajo (art. 38 LPRL), de carácter paritario, pueden tener una especial relevancia en la implementación de tecnología de vigilancia sobre las personas trabajadoras. No solamente por su derecho a recibir información y participar en la elaboración de planes y programas de prevención de riesgos en la empresa, sino especialmente por su derecho a proponer o promover iniciativas o métodos y procedimientos para la efectiva prevención. De esta forma, este "derecho de propuesta" puede ser usado para plantear alternativas a un concreto sistema algorítmico ofreciendo otros que puedan ser menos dañinos para los derechos de las personas.

En Dinamarca, los agentes sociales han firmado acuerdos en materia de salud y seguridad en el trabajo, así como en formación en materia de prevención, cuando se usa tecnología algorítmica para dirigir el trabajo en la industria manufacturera[71].

---

[67] VV.AA.: "It takes two to code: a comparative analysis of collective bargaining and artificial intelligence", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, p. 95.

[68] Al respecto ver, diferentes proyectos piloto con la participación de los agentes sociales en la introducción de sistemas algorítmicos en hospitales en Dinamarca, VV.AA.: "It takes two to code: a comparative analysis of collective bargaining and artificial intelligence", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, p. 96.

[69] Moore, P.V.: *The quantified self in precarity. Work, technology and what counts*, New York, Routledge, 2018; Moore, P.V.: *Humans and machines at work: monitoring, surveillance and automation in contemporary capitalism.* London, Palgrave Macmillan, 2018; Moore, P.V.: *Data subjects, digital surveillance, AI and the future of work.* Brussels: European Parliament Science and Technology Office, 2020; VV.AA, *Heat Stress and On-Demand work: The experience of food delivery and courier cyclists*. Climate Justice Centre at University of Technology, Sydney, 2019. Disponible en: https://opus.lib.uts.edu.au/bitstream/10453/134736/1/On%20Demand%20cyclists%20UTS%20final.pdf (accedido 05 de abril de 2024); Prassal, J.: "What if Your Boss Was an Algorithm? The Rise of Artificial Intelligence at Work", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 41(1), 2020, pp. 123-153; Todolí Signes, A.: "En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo", *Labour & Law Issues*, 5 (2), 2019; Rani, U. Pesole, A. y González, I.: *Algorithmic management practices in regular workplaces: case studies in logistics and healthcare*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024, https://data.europa.eu/doi/10.2760/712475, JRC136063.

[70] Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[71] Ronaldsson, B., Alasoini, T., Berglund T, y Dølvik, J. E.: *Digital Transformations of Traditional Work in the Nordic Countries*. Nordic Council of Ministers, 2020.

3.8. La autodeterminación colectiva o la codeterminación fuerte

El "derecho de autodeterminación informativa" es la base de la regulación de protección de datos. La doctrina lo define como el control de todo individuo sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en última instancia la propia identidad, dignidad y libertad. En su formulación como derecho, implica necesariamente conceder a todos los ciudadanos tanto la potestad de definir los aspectos de su vida que desea que no se conozcan como facultades que le aseguren que los datos sobre su persona que manejan terceros informáticamente son exactos y completos, están actualizados y se han obtenido de manera leal y lícita[72].

Este planteamiento doctrinal fue acogido por jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso Rundfunk[73], que elevó el derecho de autodeterminación informativa al rango de derecho fundamental al afirmar que la protección de los datos personales forma parte del derecho a la intimidad. Además, en el caso Amann c. Suiza[74], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declaró que el concepto de vida privada no debe interpretarse de modo restrictivo, por lo que no hay justificación para excluir de ella las actividades profesionales. Más recientemente, en su sentencia de 5 de septiembre de 2017, en el caso Barbulescu c. Rumania[75], el TEDH falló que el derecho de los trabajadores al respeto de su vida privada incluye todo lo relativo a su cuenta empresarial de correo electrónico, sobre la base de que el derecho a la vida privada sigue siendo aplicable en la esfera profesional.

En el mismo sentido, la sentencia del TEDH de 17 de octubre de 2019, en el caso López Ribalda[76], estableció que la videovigilancia en el lugar de trabajo puede infringir los derechos de privacidad de los trabajadores si la empresa no cumple con ciertos requisitos, establecidos en la propia sentencia. De nuevo, los tribunales coinciden en la innegable aplicabilidad de los derechos de protección de datos e intimidad personal en el ámbito laboral.

El derecho de autodeterminación informativa (y otros derechos de protección de datos), cuyos límites han sido establecidos por el TEDH y el TJUE y consolidados mediante el RGPD, es aplicable al entorno laboral, sobre la base de que las personas disfrutan del derecho fundamental de protección de datos en todas las esferas de su vida, incluido el trabajo. Por lo tanto, los derechos de protección de datos son aplicables cuando los empleadores reúnen, procesan y clasifican información sobre sus trabajadores (por ejemplo, a través de videovigilancia en el lugar de trabajo, monitorización mediante correo electrónico profesional, etc.) para alimentar el sistema de IA. También el art. 22 del RGPD establece expresamente el derecho (individual) de toda persona, incluidos trabajadores, a no ser objeto de decisiones totalmente automatizadas.

Conforme apuntan los estudios de sociología del trabajo[77], el diseño y uso de los sistemas basados en IA no es posible sin la participación de los empleados (ej., usando sus datos personales para entrenar el algoritmo; como *input* -monitorización- para la toma de decisiones por parte del

[72] Lucas Murillo de la Cueva, P.: *Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal),* Madrid, Colección Cuadernos y Debates nº 43, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, 1993; Heredero Higueras, M.: *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*. Madrid: Tecnos 1996.

[73] TJUE, Rechnungshof (C-465/00) c. Österreichischer Rundfunk y otros; y Christa Neukomm (C-138/01) y Joseph Lauermann (C-139/01) c. Österreichischer Rundfunk, Sentencia de 20 de mayo de 2003.

[74] TEDH, Amann c. Suiza, Demanda n.º 27798/95, Sentencia de 16 de febrero de 2000.

[75] TEDH, Barbulescu c. Rumania, Demanda n.º 61496/08, Sentencia de 5 de septiembre de 2017.

[76] TEDH, López Ribalda y otros c. España, Demandas n.º 1874/13 y 8567/13, Sentencia de 17 de octubre de 2019.

[77] Van den Broek, E., Sergeeva, A. y Huysman, M. "When the machine meets the expert: An ethnography of developing IA for hiring", *MIS Quaterly*, 45(3), 2021, pp. 1565 y1562.

algoritmo, para verificar el buen funcionamiento del sistema, etc.). De esta forma, el ejercicio de derechos nacidos de la normativa de protección de datos, como el derecho a la cancelación y oposición al tratamiento de datos (y el propio art. 22 RGPD) conceden *de facto* a las personas trabajadoras un derecho de veto sobre el uso de estos sistemas de IA en la empresa en una gran variedad de supuestos.

Sin embargo, como se ha demostrado en otros lugares, la efectividad de esta norma en el ámbito laboral es escasa[78]. Las razones son varias[79], pero a efectos de lo que aquí interesa una de las principales razones del fracaso de la normativa para proteger a los trabajadores frente a la recolección de datos de las personas trabajadoras es que el RGPD concede derechos individuales y no colectivos, a la vez que deja en manos unilaterales del empresario establecer salvaguardas para la protección de datos sin intervención de los representantes de las personas trabajadoras.

En efecto, el principio de autodeterminación informativa centra la licitud del tratamiento de los datos en el consentimiento individual de la persona afectada. No obstante, es bien conocido, incluso reconocido por los propios expertos en protección de datos, que el consentimiento individual en materia laboral es insuficiente[80]. En el mundo de las relaciones laborales la autonomía individual ha sido históricamente sustituida por la autonomía colectiva, dado que los datos demuestran que los representantes de los trabajadores se encuentran en una mejor posición para que la sociedad reconozca como válida su autonomía de la voluntad. Dicho en otras palabras, mientras que la desigualdad del poder de negociación entre empresario y trabajador individual requiere de límites a la aceptación del consentimiento del trabajador, no ocurre lo mismo en el consentimiento otorgado en la negociación colectiva o por los representantes de los trabajadores.

Así pues, si queremos centrar la protección de datos y frente a sistemas automatizados en el consentimiento, como hace la RGPD, en el ámbito laboral ese consentimiento debería ser colectivo. En ese sentido, se debería pasar de una autodeterminación informativa individual a una autodeterminación informativa colectiva. Esto es, para recoger datos de las personas trabajadoras, tratarlos, realizar perfiles y tomar decisiones automatizadas se debería requerir el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores.

Este requisito no es desconocido en el derecho comparado. Concretamente, en Alemania, para poder aplicar un sistema de IA en cualquier área relacionada con los recursos humanos, incluyendo reclutamiento, traslados o despidos, es necesario el consentimiento del comité de empresa[81]. Esto significa que la herramienta informática no puede ser usada hasta que el comité de empresa dé su autorización o la autorización se otorgue por un "comité de conciliación". Estos comités de

[78] Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[79] Así, se ha señalado el hecho de que la normativa sea trasversal y no específica de las relaciones laborales, así como que el control se haga por una autoridad de protección de datos que tampoco es conocedora de las particularidades de las relaciones laborales, entre otras. En extenso ver, Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

[80] El considerando 43 del RGPD establece que no es posible aceptar la licitud para el tratamiento y procesamiento de datos en base al consentimiento en una relación donde exista un fuerte desequilibrio de poder entre las partes. Concretamente, el Reglamento hace referencia a la relación entre Administraciones Públicas y ciudadanos, no obstante, esta consideración parece perfectamente aplicable a la relación laboral. De hecho, el Grupo de Trabajo del art 29, en su *Guía sobre el consentimiento bajo el RGPD* (pág. 8) entiende que el consentimiento de un trabajador difícilmente puede ser otorgado cumpliendo dichos requisitos (específicamente de forma "libre"). Por esta razón, el Grupo de Trabajo en su informe dictamina que, dada la naturaleza de la relación entre empresario y trabajador, como regla general, no se deberá entender válido el otorgamiento de consentimiento por parte del trabajador, teniendo que ser solamente aceptado como válido de forma excepcional.

[81] Kryzywdzinski, M., Grest, D. y Butollo, F.: "Promoting human-centred AI in the workplace. Trade unions and their strategies for regulating the use of AI in Germany", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29 (1), 2023, p. 61.

conciliación están previstos por la ley cuando las negociaciones entre la empresa y el comité de empresa llegan a punto muerto. Están compuestos por un número igual de personas de ambas partes de los agentes sociales y un presidente imparcial (sec. 76 Work Constitution Act)[82].

El recurso al consentimiento colectivo no solamente es una derivada lógica en el ámbito de las relaciones laborales de la propia regulación general de protección de datos que pone el centro en el consentimiento, sino que es una excelente forma de asegurar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. En primer lugar, requerir el consentimiento colectivo soluciona el problema del "momento" en el que se informa y se consulta a los representantes de los trabajadores. Como ha ocurrido en Alemania[83], si la compañía adquiere un concreto programa informático sin informar al comité de empresa y luego comienza las negociaciones se arriesga a no obtener el consentimiento y perder la inversión en *software* realizada. Sabiendo esto, estará en el interés de la empresa informar, desde el inicio, de la intención de incorporar nueva tecnología en la empresa. De la misma forma, si el comité de empresa considera que el sistema algorítmico no es suficientemente transparente podrá vetar su uso optando por sistemas más trasparentes: ello incentivará a las empresas que venden estos sistemas a diseñar sistemas verificables y teniendo en mente la perspectiva humana.

Además, esta necesidad de consentimiento convertirá la participación de las personas trabajadoras en una verdadera negociación. Como señala la doctrina, los comités de empresa, generalmente frente a la tecnología, toman una posición constructiva y no antagonista[84], por lo que la negociación versará sobre cómo mejorar el sistema y sobre fórmulas o medidas que pongan el ser humano en el centro, más que en negar totalmente la posibilidad de introducir esta tecnología en la empresa.

En cualquier caso, esta medida no está exenta de críticas. Los comités de empresa pueden ser susceptibles a presiones empresariales, sobre todo en situaciones de crisis económica o frente a amenazas de deslocalización productiva. También es posible que el comité de empresa carezca de suficiente formación o conocimiento para tomar decisiones en su propio interés, incluso cuando tiene la potestad legal para hacerlo.

Por esta razón, las medidas y propuestas aquí analizadas no se deben ver como excluyentes, sino complementarias. Ni siquiera la necesidad de consentimiento por parte del comité de empresa será suficiente para conseguir una verdadera participación de las personas trabajadoras en la implementación de la IA, si esto no tienen suficiente conocimiento sobre cómo funciona el sistema que se pretende implantar o si no tienen formación en la materia.

De la misma forma, la codeterminación fuerte no debe excluir la creación de comités conjuntos que permitan reducir la fricción en las negociaciones entre empresa y representantes de los trabajadores, así como permitir un constante flujo de información y trasparencia que lubrique cualquier proceso de implementación de tecnologías basadas en la IA, reduciendo la desconfianza e incrementando la cooperación mutua.

[82] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 217.

[83] Doellgast, V., Wagner, I. y O'Brady, S.: "Negotiating limits on algorithmic management in digitalised services: cases from Germany and Norway", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, p. 111.

[84] Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, p. 217.

4. CONCLUSIÓN

Hasta el momento, las estrategias legislativas -principalmente el RGPD, pero el Reglamento de IA ha seguido la misma senda- que han tenido por objetivo reducir el impacto de las nuevas tecnologías en los derechos de las personas trabajadoras han tenido poco éxito. Tres son las causas: 1) son regulaciones que se centran en la privacidad e intimidad cuando los derechos afectados son muchos más (igualdad, salud, indemnidad, etc); 2) son de carácter individual (ej., centrándose en el consentimiento individual) cuando en el ordenamiento laboral tiene un marcado carácter colectivo; 3) son normativas trasversales (regulan derechos de los consumidores, usuarios, particulares, a la vez que trabajadores), sin ser normativas específicas del mundo laboral ni pensadas para él.

En este trabajo se propone que en el ámbito laboral se reconozcan unos verdaderos derechos de codeterminación fuertes en materia de implementación de la IA en las empresas. Se considera que los derechos de información y consulta existentes hasta el momento serán insuficientes para que exista una verdadera participación de las personas trabajadores en la toma de decisiones de la implementación. Las principales causas de inoperancia son tres: 1) falta de conocimientos específicos en la materia; 2) desinterés por parte de los representantes de los trabajadores dado que el proceso es no vinculante para la empresa; 3) el momento en el que se produce la intervención de los representantes es clave para poder moldear el resultado en materia tecnológica.

Derivado de este análisis, en este trabajo se propone una serie de medidas con objeto de combatir las causas de esterilidad de la participación desde el convencimiento de que la participación de las personas trabajadoras en la implementación mejorará los resultados empresariales y la democracia industrial.

En primer lugar, se propone formación hacia los representantes de los trabajadores en la materia y, sobre todo, en los efectos que la IA puede provocar sobre los trabajadores, incluyendo el derecho a consultar con un experto designado por el comité de empresa y costeado por la empresa (como existe en la regulación alemana). En segundo lugar, se propone la creación de comités conjuntos entre empresa y representantes de los trabajadores que de forma permanente y estable analice las necesidades tecnológicas y evalúe los efectos que las mismas tienen sobre las personas. En tercer lugar, se propone la introducción de una "autodeterminación informativa" de carácter colectivo, esto es, que la implementación de nuevas tecnologías que afecte a las personas trabajadores dependa del consentimiento colectivo de sus representantes. Esto implicaría el reconocimiento de una codeterminación fuerte en materia tecnológica que ya existe en otros países de nuestro entrono (Alemania y Suecia).

5. BIBLIOGRAFÍA

Adams, J.S.: "Inequity in social Exchange", en VV.AA.: *Advances in experimental social psychology*, Berkowitz L.R., (ed.), vol. 2, New York, Academic Press, 1965, pp 267-299.

Adams Z.: *Legal concept of work*, Oxford University Press, 2022.

Adams, Z. y Wenckebach, J.: "Collective regulation of algorithmic management", *European Labour Law Journal*, vol. 14 (2), 2023, pp. 211-229.

Alonso Olea, M.: "La cogestión en los países anglosajones", en AAVV.: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho (eds), Madrid, 1967.

Ball, K.: "Workplace surveillance: An overview", *Labor History.* 51, pp. 87-106.

Bosch, G. y Schmitz-Kiessler, J.: "Shaping Industry 4.0 - an experimental approach developed by German trade unions", *Transfer European Review of Labour and Research*, vol. 26 (2), 2020, pp. 189-206.

Bramucci, A. y Zanfei, A.: "The governance of offshoreng and its effects at home. The role of codetermination in the international organization of German firms", *Economia e Politica Industriale: Journal of Industrial and Business Economics*, 42 (2), 2015, pp. 217-244.

Collins, P. y Atkinson, J.: "Worker voice and algorithmic management in post-Brexit Britain", *Transfer: European Review of Labour and Research*, Vol. 29 (1), 2023, pp. 37-52.

Christiano, T.: "Self-determination and the human right to democracy", en VV.AA.: *Philosophical foundations of Human Rights*, Cruft, R., Liao, S.M. y Renzo, M. (eds) Oxford University Press, 459-481.

Dahl, R.: *A preface to Economic Democracy*, University of California Press, CA, 1985.

Delfanti, A., Radovac, L. y Walker, T.: *The Amazon panopticon: A guide for workers, organizers and policymakers*, Report for UNI Global, 2021.

De Spiegelaere, S., Hoffmann, A., Jagodzinski, R. y Lafuente, S.: "Democracy at work", en VV.AA.: *Benchmarking working Europe 2019*, Jepsen, M (ed), Bruselas, ETUI, 2019, pp. 67-89.

De Stefano V.: "Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence, and labor protection", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, 41 (1), 2020, pp. 15-46.

De Stefano, V. y Taes, S.: "Algorthmic Management and Collective Bargaining", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vil. 29(1), 2023, pp. 21-36.

Doellgast, V., Wagner, I. y O'Brady, S.: "Negotiating limits on algorithmic management in digitalised services: cases from Germany and Norway", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 105-120.

Dzieza, J.: "How hard will the robots make us work?", *The Verge*, 27 de febrero de 2020.

Fauver, L. y Fuesrst, M.: "Does good corporate governance incude employee representation? Evidence from German corporate boards", *Journal of Financial Economics*, 82, 673-710.

Fernandez González, V.: "Cogestión, grados y esferas (teoría general)", en VV.AA.: *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid, Facultat de Derecho (ed), Madrid 1967, pp. 73-84.

Ginès i Fabrellas, A.: "La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos", *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, pp. 295-320.

Goerlich Peset, J.M.: "El acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", *Documentación Laboral*, 122, 2021, 49-57.

Goerlich Peset, J.M.: "Representación del personal y protección de datos. Criterios interpretativos", *Labos,* 2024.

Gómez Grodillo, R.: "Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras", *Temas Laborales*, 158, 2021, pp. 161-182.

Gumbrell-McCormick, R. y Hyman, R.: *Trade Unions in Western Europe: Hard Times, Hard Choices*, Oxford University Press, 2013.

Heredero Higueras, M.: *La Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter Personal: comentario y textos*. Madrid: Tecnos 1996.

Klengel, E. y Wenckebach, J.: "Artificial intelligence, Work, Power Imbalance and Democracy - Why Co-Determination is Essencial", *Italian Labour Law E-journal*, 14, 2021.

Kraft K.: "Codetermination as a strategic advantage?", *International Journal of Industrial Organization*, 19, 2001, pp. 543-566.

Kryzywdzinski, M., Grest, D. y Butollo, F.: "Promoting human-centred AI in the workplace. Trade unions and their strategies for regulating the use of AI in Germany", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29 (1), 2023, pp. 53-70.

Landa Zapirain, J.P.: "Agotamiento del modelo español de doble canal de representación para una eficiente gestión del cambio en la empresa: La co-determinación como posible solución", *Doc. Labor*. nº 109, 2017, pp. 19-58.

Lucas Murillo de la Cueva, P.: *Informática y protección de datos personales (estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal),* Madrid, Colección Cuadernos y Debates nº 43, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, 1993.

Lucher C.: "How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for "productivity". *The Verge*, 2019.

Mercader Uguina, J.R.: "La gestión laboral a través de algoritmos", *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Alicante, 26 y 27 de mayo de 2022, pp. 253-294.

Mercader Uguina, J.R.: "Hacia una democracia digital en la empresa", *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4 (2), 2023, pp. 4-21.

Moore, P.V.: *The quantified self in precarity. Work, technology and what counts*, New York, Routledge, 2018.

Moore, P.V.: *Humans and machines at work: monitoring, surveillance and automation in contemporary capitalism.* London, Palgrave Macmillan, 2018.

Moore, P.V.: *Data subjects, digital surveillance, AI and the future of work.* Brussels: European Parliament Science and Technology Office, 2020.

Nienhüser, W.: "Work councils", en VV.AA.: *Handbook of research on employee voice*, Wilkinson, A., Donaghey, J., Dundon, T. y Freeman, R. B. (eds), Cheltenham, Elgar, 2020, pp. 247-263.

Palmer, A.: "Amazon is using AI-equipped cameras in delivery vans and some drivers are concern about privacy" *CNBC*, 3 de febrero de 2021.

Prassal, J.: "What if Your Boss Was an Algorithm? The Rise of Artificial Intelligence at Work", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 41(1), 2020, pp. 123-153.

Rego, K.: "Works councils and the digitalisation of manufacturing: Opportunity or threat for their power position?", *Economic and Industrial Democracy*, vol. 43 (4), 2022, pp. 1911-1933.

Rani, U., Pesole, A. y González, I.: *Algorithmic management practices in regular workplaces: case studies in logistics and healthcare*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024, https://data.europa.eu/doi/10.2760/712475, JRC136063.

Rivas Vallejo, M P.: *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral: perspectiva de género e intervención*, Aranzadi, 2022.

Rodríguez Fernández, M.L.: "La participación de las personas trabajadoras en la gobernanza de la transición digital: las experiencias de la Unión Europea y de España", *Revista de Derecho Social*, 101, 2023, pp. 107-140.

Rogers, B.: "The law and political economy of workplace technological change", *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review (CR-CL)*, Vol. 55, 2019, pp. 531-584.

Ronaldsson, B., Alasoini, T., Berglund T, y Dølvik J. E.: *Digital Transformations of Traditional Work in the Nordic Countries*. Nordic Council of Ministers, 2020.

Sáez Lara, C.: "Gestión algorítmica empresarial y tutela colectiva de los derechos laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales,* 40 (2), 2022, pp. 283-300.

Sanchez-Monedero, J., Dencik, L., Edwards, L.: "What does it mean to "solve" the problem of discrimination in hiring?", *FAT* '20: Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2020, pp. 458-468., Disponible en, https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3351095.3372849.

Solon, O.: "Big Brother isn´t just watching: workplace surveillance can track your every move", *The Guardian*. (6 de noviembre de 2017). Recuperado de: ;.

The Week staff.: "The rise of workplace spying", *Week*, 2015. Recuperado de https://theweek.com/articles/564263/rise-workplace-spying (accedido 20/07/2022).

Todolí Signes, A.: "La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos", *Revista de Derecho Social*, 84, 2018, pp. 69-88.

Todolí Signes, A.: "En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo", *Labour & Law Issues*, 5 (2), 2019.

Todolí Signes, A.: *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. Aranzadi, 2021.

Todolí Signes, A.: "Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la "Ley Rider" y los derechos de información sobre los algoritmos", *Iuslabor*, 2, 2021, pp. 28-65.

Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos*, Aranzadi, 2023.

Van den Broek, E., Sergeeva, A. y Huysman, M.: "When the machine meets the expert: An ethnography of developing IA for hiring", *MIS Quaterly*, 45(3), 2021, pp. 1557-1580.

VV.AA.: *Heat Stress and On-Demand work: The experience of food delivery and courier cyclists*. Climate Justice Centre at University of Technology, Sydney, 2019. Disponible en: ;.

VV.AA.: "It takes two to code: a comparative analysis of collective bargaining and artificial intelligence", *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 29(1), 2023, pp. 87-104.

Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*
Abreviatura: RECRT
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2792-7962
ISSNe: 2792-7970
Inicio de Publicación: 2021
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

- **Formato:** Microsoft Word o Libreoffice.
- **Forma de envío:** Por correo electrónico a la dirección revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en ;.

  El archivo debe identificarse con los apellidos del autor del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar:

  Secciones abiertas a la publicación

ED	(Estudios Doctrinales);
EDJ	(Estudios de Doctrina Judicial);
DCE	(Derecho comparado y Derecho extranjero);
ESHE	(Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social);
REC	(Recensiones)

  Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se

puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: ;

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

- El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.
- Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (abstract).
- Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

- **Extensión del trabajo.** La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:
  - — Estudios Doctrinales, Derecho comparado y Derecho extranjero, Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).
  - — Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).
  - — Recensiones: máximo 3 páginas.
- **Formato del Documento.**

  Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior:	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

  Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

  Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

  Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

  Los apellidos de los autores citados han de ir solo en mayúscula la primera letra, y versales. Los nombres, solo las iniciales.

  Ejemplos:

  -Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares,* Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema,* SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI,* OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011,* ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social,* MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto,* SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

- **Recepción de artículos.** Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revreltra@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

  Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

  Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

- **Remisión de originales al Consejo de Redacción.** La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid*. http://url.laborum.es/equiporecrt o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Las secciones Editorial y las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho

Extranjero; Economía, Sociología e Historia de la Relaciones de Trabajo y del Estado Social; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; y Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo) se encuentran excluidos del proceso de revisión por pares de doble ciego.

- **Sistema de revisión por pares.** El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid*. https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

- **Proceso editorial.** Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

- **Plazos de publicación.** El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

- **Ejemplar para el autor:** La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

- **Criterios de política editorial.** Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

    a) Originalidad.

    b) Actualidad y novedad.

    c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

    d) Significación para el avance del conocimiento científico.

    e) Calidad metodológica contrastada.

    f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

- **Responsabilidades éticas.** La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

- Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica

de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

- Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

- Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

- Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

- La Revista Crítica de Relaciones de Trabajo provee acceso libre inmediato a su contenido bajo el principio de hacer disponible gratuitamente la investigación al público.

- Por ello, los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, con el debido reconocimiento y sin que pueda hacer un uso comercial del trabajo ni mezclar, transformar o crear a partir del material publicado. La licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

- Los derechos morales sobre la obra pertenecerán a sus autores y los derechos patrimoniales serán cedidos a la Editorial Laborum que, como se ha comentado, publicará los trabajos bajo una licencia creative commons BY-NC-ND 4.0. No obstante, los autores pueden publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico) siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

- Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO (LABORUM)

La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: *Commitée on Publication Ethics*: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

— **Originalidad en los trabajos:** Los autores de manuscritos enviados a la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.

— **Publicaciones múltiples o repetitivas:** El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.

— **Listado de fuentes:** Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.

— **Autoría:** En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.

— **Errores o erratas en los artículos publicados:** Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.

— **Responsabilidad:** todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

— **Contribución a la decisión editorial:** La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

— **Tiempos de revisión:** La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.

— **Confidencialidad:** Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.

— **Objetividad:** La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.

— **Visualización de texto:** Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

— **Decisión de publicación:** los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La "Revista Crítica de Relaciones de Trabajo (Laborum)" opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.

— **Honestidad:** los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.

— **Confidencialidad:** todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.

— **Conflicto de intereses y divulgación:** los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.

– **Respeto de los tiempos:** los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente a las Relaciones de Trabajo, consta de:

- *Editorial (E)*
- *Estudios Doctrinales (ED)*
- *Estudios de Doctrina Judicial (EDJ)*
- *Derecho Comparado y Derecho Extranjero (DCE)*
- *Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social (ESHE)*
- *Crónica Legislativa, Doctrina judicial y Noticias bibliográficas (CLJB)*
- *Crónica Administrativa en materia de Relaciones de Trabajo (CART)*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral.
Se edita en digital, y la inscripción puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum
EDICIONES