Revista Crítica
de
Relaciones de Trabajo

Laborum

Economía, Sociología e Historia de las Relaciones de Trabajo y del Estado Social
nº 19 (2º Trimestre 2026)
ISSN: 2792-7962 - ISSNe: 2792-7970
Págs. 205-261

Reflexiones sobre la garantía constitucional del "contenido esencial" del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos

Reflections on the constitutional guarantee of the 'essential content' of the fundamental right to collective bargaining and the binding force of collective agreements

José Luis Monereo Pérez

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

Sumario

1. El alcance de la garantía constitucional del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva
2. Autonomía colectiva negocial y democracia social en el trabajo

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L..: «Reflexiones sobre la garantía constitucional del "contenido esencial" del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, 19 (2026): 205-261.

Resumen

La garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos se ve reforzada por el sistema de garantías establecido en el artículo 53.1 CE ("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 la Constitución); el control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional; y el obligado control de convencionalidad ejercido por los órganos de la jurisdicción ordinaria (atendiendo a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución). Ello se corresponde y es coherente con la consideración de la negociación colectiva como un derecho fundamental de libertad ubicado en el Capítulo II ("Derechos y libertades") del Título Primero de nuestra Norma Fundamental ("De los derechos y deberes fundamentales") y dado su tratamiento internacional en instrumentos como la Carta Social Europea revisada (artículo 6) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 28) (atendiendo a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución); y ello con independencia de que esté privado de otras garantías previstas en otros preceptos constitucionales como el recurso de amparo (artículo 53.2 de la Constitución), o como la garantía constitucional en la elaboración y aprobación reforzada de las Leyes consistente en su regulación a través de Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución).

Palabras clave

Autonomía colectiva, poder sindical, interlocutores sociales, conflictos colectivos, negociación colectiva; convenios colectivos y tipología; reformas laborales; constitución del trabajo, alcance de la garantía del "contenido esencial" del derecho fundamental de negociación colectiva, alcance de la garantía del "contenido esencial" del derecho fundamental de libertad sindical.

Abstract

The constitutional guarantee of the right to collective bargaining and the binding force of collective agreements is reinforced by the system of safeguards established in Article 53.1 of the Spanish Constitution ("The rights and freedoms recognised in Chapter Two of this Title are binding on all public authorities. Only by law, which in any event must respect their essential content, may the exercise of such rights and freedoms be regulated, and they shall be protected in accordance with the provisions of Article 161.1.a) of the Constitution); the review of constitutionality carried out by the Constitutional Court; and the mandatory review of compliance with collective agreements carried out by the ordinary courts (in accordance with Articles 10.2 and 93 to 96 of the Constitution). This is consistent with the recognition of collective bargaining as a fundamental right to freedom enshrined in Chapter II ("Rights and Freedoms") of Title I of our Constitution ("On Fundamental Rights and Duties"), and given its treatment at international level in instruments such as the revised European Social Charter (Article 6) and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 28) (in accordance with Articles 10.2 and 93 to 96 of the Constitution); and this is regardless of whether it is deprived of other guarantees provided for in other constitutional provisions, such as the right to appeal for constitutional protection (Article 53.2 of the Constitution), or the constitutional guarantee regarding the enhanced drafting and adoption of laws, consisting of their regulation through an Organic Act (Article 81 of the Constitution).

Keywords

Collective autonomy, trade union power, social partners, collective disputes, collective bargaining; collective agreements and their types; labour reforms; labour law, scope of the guarantee of the 'essential content' of the fundamental right to collective bargaining, scope of the guarantee of the 'essential content' of the fundamental right to freedom of association.

1. EL ALCANCE DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El art. 37.1 CE (interpretado con arreglo al canon hermenéutico de apertura constitucional ex art. 10.2 CE) diseña un contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que incide en aspectos tales como la titularidad, contenido, eficacia, objetivos legítimos perseguibles, etcétera, dejando un espacio de libre configuración al legislador ordinario, pero dentro de las limitaciones y condiciones que se infieren del contenido esencial como ámbito del derecho reservado al legislador y que delimita las fronteras de lo reservado por el constituyente y el espacio regulador atribuido el legislador infraconstitucional (art. 53.1 CE)[1]. La garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva determina, de suyo, que este derecho fundamental no puede ser configurado como de estricta configuración legal, pues entender lo contrario (pretendidamente como "*estricta* configuración legal") sería operativamente desconstitucionalizarlo, al desconocer que hay una "*zona resistente*" o límite infranqueable por el legislador garante del ejercicio del derecho fundamental que la Constitución como norma jurídica se reserva para sí, indicando expresamente el tipo de *comportamiento exigible al legislador infraconstitucional* regulador del ejercicio de los derechos, a saber: "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 art. 161, 1,a)" de la Constitución. La regulación del "ejercicio" de los derechos viene así condicionada por el núcleo esencial del derecho que la Norma Fundamental obliga a salvaguardar y respetar "en todo caso" (son los términos de norma constitucional). De este modo, el art. 53. 1 CE parte –por acreditada experiencia histórica- de la tradicional desconfianza respecto al desarrollo legislativo del ejercicio de los derechos fundamentales, que se ha mostrado como fuente potencial de establecimiento de restricciones abusivas frente a la cual hay que proteger el contenido esencial de los derechos fundamentales (en nuestro caso el derecho fundamental a la negociación colectiva)[2].

Por lo demás, y con carácter complementario y no alternativo, a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, cabe subrayar que "dentro del respeto del *principio de proporcio*nalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás" (art. 52.1 de la CDFUE, que ha de ponerse en relación

[1] Sobre el sentido y alcance de la garantía constitucional del contenido esencial de los derechos fundamentales, véase Häberle, P.: "El legislador de los derechos fundamentales" y "Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional", en López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia,* Madrid, Ed. Civitas, 1991, págs. 99 y sigs., y págs. 260 y sigs., respectivamente. Asimismo, Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho, 2003, *passim*; Ibid., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003; Ibid., *El Estado Constitucional,* trad. Héctor Fix-Fierro, estudio introductorio de D. Valadés, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2001, pp. 295 y ss.

[2] Garantía del contenido esencial que, de manera harto significativa, ha tenido acogida en propio art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango de Tratado de la Unión Europea en virtud de lo establecido en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) ("la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados"). Conforme al 52 CDFUE ("Alcance e interpretación de los derechos y principios") "1. *Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades"*. Añadiendo, por otra parte, que "Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás". Véase el análisis de esta disposición en Monereo Pérez, J.L.: "Alcance e interpretación de los derechos y principios" (artículo 52)", 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, pp. 1341-1396.

con la garantías establecidas en nuestra Constitución, artículos 53.1, en relación necesaria con el grupo normativo constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96). La garantía del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva no fue respetada por algunos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en relación a la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, señaladamente las SSTC 119/2014, F.6 e), y 8/2015, F.6 b), lo que fue objeto de controversia jurídica interna entre los Magistrados del Alto Tribunal, señalando el voto particular discrepante que un contexto de crisis económica puede validar ciertas limitaciones o restricciones de los derechos constitucionales. Pero dichas limitaciones no pueden alterar el contenido esencial de esos derechos. Por otra parte, el uso del canon hermenéutico de proporcionalidad (test de proporcionalidad) tiene un carácter complementario, en lugar de alternativo, al canon sobre el respecto de la limitación establecida al contenido esencial, que se erige así en el juicio de constitucionalidad sobre derechos fundamentales de primer grado. De este modo el derecho fundamental puede ceder ante otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente relevantes siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo perseguido, proporcionando para alcanzarlo, "y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho" (STC 57/1994, FJ 6)[3].

El "contenido esencial" de los derechos fundamentales constituye en sí mismo una garantía sustancial de los derechos fundamentales, a modo de una zona resistente e infranqueable (siempre difusa y necesitada de interpretación, ya en sí partiendo del dato jurídico de que el "contenido esencial" es típicamente un *concepto jurídicamente indeterminado* de difícil precisión, pero de obligada concreción) del derecho impuesta a las normas europeas y a las legislaciones de los países miembros. En caso de conflicto, corresponderá a la jurisdicción constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) la tarea de precisar dicho "contenido esencial". La doctrina ha tratado de atenuar el rigorismo de la contraposición de las teorías absolutas (lo importante es el mínimo intangible de la libertad jurídica fundamental) y relativa (indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican limitar derechos fundamentales) en el sentido de pragmática integración de los elementos teóricos operantes que hace verdaderamente recognoscible el derecho fundamental en sí y su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico, bajo el prisma de la ponderación de bienes y componentes absolutos no relativizables. De manera que el "contenido esencial" no es tanto algo limitable y limitado en términos de "parte del derecho", cuanto algo a confirmar por el legislador necesariamente respetuoso con esa garantía constitución del "contenido esencial"[4].

Por lo pronto hay que señalar que la titularidad sindical del derecho a la negociación colectiva es manifiesta como dimensión funcional o de actividad sindical, siendo indispensable para desarrollar las actividades que le son propias en el sistema de relaciones laborales (artículos 28.1 y 7 de la Constitución)[5]. De ahí que el derecho a la libertad sindical incorpore en su contenido esencial el derecho a la negociación colectiva (SSTC 73/1984, fj. 1; 98/1085, fj. 3; 105/1992, fj. 2; 292/1993, fj. 5; 107/2000, fj. 6). Todo ello se infiere de la normativa internacional reguladora de la libertad sindical (artículos 10.2, 93 a 96 de la Constitución; *v.gr.*, Convenio de la OIT, núm. 98; art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; art. 6 de la Carta Social Europea

[3] Véase el impecable Voto particular, desde el punto de vista de la técnica jurídica constitucional, del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al cual se adhirieron la Magistrada Adela Batarrita y el Magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez.

[4] Monereo Pérez, J.L.: "Alcance e interpretación de los derechos y principios" (artículo 52)", 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, pp. 1341-1396, en particular, pp. 1349-1350.

[5] Debe retenerse, por otra parte, que los funcionarios públicos tienen derecho de libertad sindical a través de su derecho de libertad sindical. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mostrado reticente respecto a considerarlos trabajadores y atribuirles la titularidad del derecho por la vía directa del art. 37.1 CE. Cfr. SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 224/2000, de 2 de octubre, sobre libertad sindical y negociación colectiva de los funcionarios públicos; y reconociendo este derecho al amparo del contenido esencial de la libertad sindical.

revisada de 1996, etcétera). En el *bloque constitucional sindical* se integran los artículos 7, 28.1, 37.1 y 103 de la Constitución, de manera que la negociación colectiva no puede ser disociada de la libertad sindical. Todo lo cual abre los procesos de tutela de los derechos fundamentales (y entre el derecho fundamental libertad sindical), incluida la apertura a la justicia constitucional, que ha permitido que nuestro Tribunal Constitucional entre a fondo en la materia en la tensión conflictiva entre este derecho fundamental con otros derechos y libertades constitucionales. En varios casos con decisiones muy controvertidas sobre la conexión entre el derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios y la tutela de la libertad de empresa y la defensa de la competitividad empresarial; o la admisibilidad de la modificación unilateral ex art. 41 ET de los convenios colectivos de eficacia limitada "extraestatutarios" con la contradicción evidente de negarles la garantía constitucional que la constitución ampara para todo tipo de convenios colectivos con independencia de cualquiera que sea su eficacia limita o "erga omnes", y con la lesión que ello supone para el derecho fundamental de libertad sindical que incorpora el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios como parte de su necesario "contenido esencial" (art. 53.1 CE)[6]. (STC 58/1985, de 30 de abril, 96/1990, de 24 de mayo, 210/1990, de 20 de diciembre, 92/1992, de 11 de junio, 62/2001, de 1 de marzo, 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, 104/2015, de 28 de mayo, 140/2015, de 22 de junio, ATC 85/2011, de 7 de junio, etcétera)[7].

Tampoco es cuestión menor el hecho de que a través del art. 41 ET se puedan modificar acuerdos de empresa, como los contraídos en el periodo de consultas-negociación colectiva gestional (negociación de gestión)[8]. Si a ello se le une las facultades de inaplicación preferencial previstas en el art. 84.2 ET, se convendrá que ello incide en una posible ruptura sobrevenida del equilibrio interno del convenio colectivo afectado, pues éste es resultado de un proceso de negociación con transacciones recíprocas entre las partes sociales y sin que estás puedan controlar su incidencia por otros sujetos colectivos: el art. 84.2 ET, no se somete a causa alguna de justificación, ni tampoco a un procedimiento previo donde una comisión paritaria del convenio superior pueda establecer un mínimo control; ni tampoco es una normativa legal disponible por los Acuerdos Marco o por los convenios colectivos sectoriales concernidos[9].

En el plano conceptual –aportado por la ciencia jurídica- el convenio colectivo es la expresión formal del acuerdo alcanzado en la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores y empresarios, en virtud de su autonomía colectiva, para regular las condiciones de trabajo y, en general, las relaciones de los trabajadores y de los empresarios. Esa configuración doctrinal significativamente concuerda con elementos definitorios establecidos en el art.82.1 ET[10]. Su

[6] El Comité de Libertad Sindical de la OIT: "Una disposición legal que permite al empleador modificar unilateralmente el contenido de los acuerdos colectivos previamente pactados, u obliga a negociar nuevamente, es contraria a los principios de la negociación colectiva". Cfr. OIT: *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical,* 6ª ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2018, párrafo 1338.

[7] Véase Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, pp. 13 y ss., y 57 y ss.

[8] Conforme al art. 41.2 ET "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en *acuerdos o pactos colectivos* o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos".

[9] Sobre el principio de prevalencia legal del convenio de empresa sobre el convenio de sector o supraempresarial, 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 ss., y la bibliografía allí citada. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2024, especialmente, Capítulo 10 (Cuestiones sobre modificaciones sustanciales colectivas: La ruptura del principio de inderogabilidad singular consecuencia del contenido esencial del derecho fundamental a la negociación colectiva y la fuerza jurídicamente vinculante de los convenios colectivos), págs. 179 y sigs., y Capítulo 38, págs. 435 y sigs.

[10] "Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva".

naturaleza jurídica (delimitada por su función y estructura) es compleja. Francesco Carnelutti pudo decir, con todo acierto, que el convenio colectivo es un «híbrido jurídico que tiene cuerpo de contrato y alma de ley»[11], y Léon Duguit afirmaba que se trataba de una «ley de la profesión»[12].

Resulta así que el convenio colectivo pertenecería a una clase de normas que técnicamente pueden llamarse *normas paccionadas* (categoría genérica que el Ordenamiento jurídico ya conoce de antiguo, *v.gr.*, los Tratados Interestatales). Su origen pactado no contradice ese carácter normativo. Así el convenio colectivo no puede considerarse como una figura contractual más sobreañadida a las que ya se conocieran en el Derecho civil del período de la codificación (contrato normativo), porque la categoría del convenio colectivo no se limita a constituir un sistema de derechos y obligaciones entre los sujetos negociadores, ni sus efectos típicamente normativos pueden ser equiparados a la fuerza vinculante de todo tipo contractual —privado— propiamente dicho. El convenio colectivo es fuente de Derecho objetivo en sentido jurídico-positivo (fuente en sentido traslativo); ostenta una auténtica fuerza normativa frente a sus sujetos destinatarios distintos de las partes sociales contratantes en sentido jurídico (representantes de los trabajadores y empresarios, dice expresivamente el art. 37.1 CE). Es una norma fuente, a su vez, de normas sociales de trabajo.

La titularidad de la negociación colectiva es interpretada como dual en el sentido de que se atribuye tanto a los sindicatos como a otras representaciones colectivas no sindicales de los trabajadores que sean señaladas por el legislador (ya que no se prefiguran constitucionalmente; ni se reserva la titularidad del derecho a los sindicatos) (SSTC 118/1983, fj. 4, 8/2015, fj. 2.d). El art. 37.1 CE parece haber querido apartarse del monopolio sindical del derecho a la negociación colectiva. Se viene a entender que el concepto de autonomía colectiva como poder de autodeterminación social y autonormación va más allá de la autonomía colectiva sindical en sentido asociativo. Ahora bien, admitida la apertura de la titularidad del derecho a la negociación colectiva, lo que no puede desconocerse es que no se sitúan en una posición de igualdad, dada la preeminencia constitucional del sindicato (bloque normativo integrado por los artículos 7, 28.1, 37 y 103 CE) y el reconocimiento débil e indirecto de las representaciones unitarias electivas en el art. 129.2 CE. En este sentido, como declarara el propio Tribunal Constitucional, el poder sindical y sus instrumentos de acción como la huelga y la negociación colectiva (que pertenecen al núcleo duro del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad sindical) hace posible una negociación equilibrada de las condiciones de trabajo y de los mecanismos de intervención e influencia de los trabajadores en la marcha de la empresa y en el proceso de toma de las decisiones empresariales ("in fine", SSTC 98/1985, fj. 7, y 105/1992, fj.6).

Hay una gran libertad de configuración legal, pues no se trata de un modelo cerrado de negociación colectiva más allá de la exigencia constitucional del obligado respeto al contenido esencial de derecho (art. 53.1 CE), ya que admite distintas opciones de política legislativa dentro de los límites que se infiere de la fórmula constitucional (art. 37.1 en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución). Lo cual ha sido subrayado por el Tribunal Constitucional (*v.gr.*, SSTC 2020/1990; 58/1985, fj. 3; 2017/1991, fj.6; 92/1992, fj. 4, 119/2014, fj. 4.A). Pero el legislador infraconstitucional está vinculado al respeto del contenido esencial del derecho, porque éste no es de configuración estricta o esencialmente legal como se ha podido afirmar, toda vez que el legislador infraconstitucional ha de respetar ese contenido esencial y ello supone límites en lo que se refiere al margen de discrecionalidad

[11] Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, (1ª ed.), 1928, pág. 117: "El contrato colectivo es un híbrido que tiene cuerpo de contrato y alma de ley; a través del mecanismo contractual juega una fuerza que trasciende al derecho subjetivo, desplegándose un movimiento que va más allá de la relación jurídica entre las partes" sociales.

[12] Duguit, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado,* trad. Adolfo Posada, Ramón Jaén, y Carlos G. Posada, edición y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en Léon Duguit" (pp. XI-XXXIX), por J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007.

en la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Este derecho constitucional confiere facultades que no derivan de la legislación ordinaria, sino directamente de la misma Constitución; siendo, así, que la fuerza vinculante de los convenios colectivos –que son resultado del proceso de negociación- emana de la Norma Fundamental, imponiendo al legislador garantizar el derecho a negociar colectivamente y la fuerza vinculantes del convenio como instrumento jurídico resultante de su efectivo ejercicio (SSTC 119/2014, fj.4.A); 58/1985; 210/1990; 217/1990, fj. 6; 92/1992, fj. 4). La fuerza normativa, directa e inderogable singularmente de los convenios colectivos forma parte de la garantía constitucional del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva atendiendo al art. 53.1 de nuestra Norma Fundamental, como acontece con otros derechos fundamentales de libertad, sin que, por otra parte, ello suponga que estemos ante un modelo cerrado, clausurado, de negociación colectiva y eficacia jurídica de los convenios.

Hay un margen todavía amplio del legislador para diseñar diversos modelos normativos de negociación colectiva respetuosos con el contenido esencial de este derecho fundamental. No inferior ni superior al ostentado respecto al derecho de libertad sindical o al derecho de huelga, paradigmáticamente; y más allá de que estos dos derechos tengan un sistema de garantías constitucionales más reforzado ex art. 53, apartados 1 y 2, CE. Limitar la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio a afirmar que meramente se impone en las relaciones individuales de trabajo, no siendo un simple pacto o acuerdo entre caballeros[13], supone una aseveración que configura a esta garantía (y lógicamente al propio derecho de negociación colectiva a la cual le es inherente como parte de su contenido esencial) como un "derecho débil" que poco añade a la pura lógica de la teoría general de la contratación de derecho común. Recuérdese, de nuevo, que los convenios colectivos, expresión del derecho de negociación colectiva reconocida y garantizada a los representantes de los trabajadores y empresarios en el art. 37.1 CE (en relación con el art. 28.1 de la Norma Fundamental), constituyen fuentes de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida, desde el referido precepto constitucional, una "fuerza vinculante" que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas sociales sometidas al principio de publicidad. Esa fuerza normativa, la eficacia directa y la indisponibilidad por los sujetos destinatarios, junto con la coactividad específica, se realiza sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (Cfr. SSTC 58/1985, de 30 de abril, fj.3, 151/1994, de 23 de mayo, fj.2; por el contrario, especialmente respecto a los convenios extraestatutarios, SSTC 121/2001, de 4 de junio, fj. 5; 8/2015, de 22 de enero, fj.4, 119/2014, fj.4, reclamando al respecto una determinada concepción de un modelo abierto de negociación colectiva, que, paradójicamente, no remite deliberadamente a una precisión sobre el sentido y alcance de la ineludible garantía constitucional del "contenido esencial" del derecho como establece el art. 53.1 CE).

En nuestra tradición jurídica[14] y legislativa más significativa el convenio nace del poder de autonormación de las organizaciones de intereses colectivo/sindicales en el mundo del trabajo. La Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 (LCT 1931) se había postulado por garantizar la

[13] Häberle, P.: "El legislador de los derechos fundamentales" y "Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional", en López Pina, A. (Dir.): *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia,* Madrid, Ed. Civitas, 1991, págs. 99 y sigs., y págs. 260 y sigs., respectivamente. Asimismo, Häberle, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional,* edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho, 2003, *passim*; Ibid., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, traducción de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003.

[14] Pensadores como Gallart Folch, afirmaron el carácter de norma jurídica del convenio colectivo. También ha mantenido este criterio iuslaboralistas como Sala Franco, Ojeda Avilés, Monereo Pérez, Alonso Olea-Casas Baamonde; Palomeque López-Álvarez de la Rosa; Correa Carrasco, Duque González, entre muchos. E incluso el propio F. Valdés Dal-Ré en varios escritos antes de su cambio de criterio, muy matizado (paradigmáticamente,

fuerza normativa del convenio colectivo o "pacto colectivo": "Art. 12. Se considerará pacto colectivo acerca de las condiciones del trabajo el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras, legalmente constituidas, *para establecer las normas* a que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión a que aquéllos y éstos pertenezcan en la demarcación respectiva…"[15]. La mejor doctrina de nuestro país (que lo era también a nivel europeo) entendió que se había garantizado en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 la "convención colectiva de normas de trabajo" ("Pactos colectivos normativos"), pactadas por asociaciones profesionales o por representantes patronales y trabajadores. Las asociaciones de empresarios y trabajadores "tienen un poder jurídico para crear la norma de trabajo", y "tienen facultad, mediante nuevo acuerdo, para destruir esta norma o para crear una nueva". Los convenios colectivos están llamados a contener una gran parte "de la ordenación normativa del trabajo"[16]. Con esa configuración que le daba la LCT de 1931, la regulación del convenio colectivo marcaba distancias respecto al Derecho regulador de los contratos civiles, pues adquiere una fuerza normativa que traspasa la simple fuerza obligacional de los contratos de derecho privado común. Esta es la legislación y la experiencia jurídica que se venía a recoger en el art. 37.1 CE (que desde luego no se inspira en la legislación de la dictadura franquista donde los autodenominados convenios colectivos "sindicales" no eran tales –reconducidos y absorbidos por el Derecho público autoritario del régimen, porque no existía su presupuesto de partida la garantía del derecho a la libertad y el derecho de huelga, ni existían verdaderas condiciones de libertad para negociar colectivamente)[17], el cual constitucionaliza

Valdés Dal-Ré, F.: "La negociación colectiva en la Constitución", en *Revista de Política Social,* núm. 121 (1979), págs. 469-498), por otra parte. Éste continúa siendo el criterio dominante en nuestra doctrina científico-jurídica.

[15] *Gaceta de Madrid*, Año CCLXX. —Tomo IV Domingo 22 Noviembre 1931 Núm. 326.—Página 1129.

[16] Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo,* edición y estudio preliminar, "*Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho,* estudio preliminar" (pp. CVIII-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, Capítulo VIII, especialmente, págs. 226-257. De manera más sintética, Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Barcelona, Editorial Labor, 1936, Capítulo VI, págs.142 y sigs. (Regulación colectiva de condiciones de trabajo: los pactos colectivos de condiciones de trabajo). Asimismo, paradigmáticamente, González Rothvoss, M.: "Notas sobre la jerarquía legal de las normas reguladoras del trabajo", en *Anuario Español de política social 1934-1935,* Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1935, pág. 277. Carácter eminentemente normativo del convenio o pacto colectivo ex art. 12 LCT de 1931, su condición de fuente de Derecho objetivo, que no pasó desapercibido a la doctrina posterior. Alonso Olea, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo* (1954)*,* edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, pág. 43.

[17] Esa afirmación no se corresponde con la realidad ni hace justicia con los protagonistas que elaboraron la primera versión del ET (y alguno de ellos formaron parte de la comisión constitucional que elaboró la última versión de la Constitución y lógicamente también la redacción del ET, es el caso de José Vida Soria). Véase, entre varios trabajos sobre la génesis de la legislación estatutaria, Vida Soria, J.: "Génesis, significado y evolución del Estatuto de los Trabajos (1980-2005)", y Sagardoy Bengoechea, J.A.: "El porqué del Estatuto de los Trabajadores", ambos trabajos en VV.AA.: *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores,* Ruesga Benito, S.M., Valdés Dal-Rè, F., Y Zufiaur Narvaiza, J.M. (coords.), Madrid, MTAS, 2005, págs. 169 y sigs., y 219 y sigs., respectivamente. El Título III del ET realizó un desarrollo parcial del art. 37.1 CE y tuvo deliberadamente la condición de una ley promocional de la negociación colectiva y de la actividad sindical, señaladamente de los sindicatos más representativos: dado el modelo elegido de fuerza normativa y eficacia "erga omnes" ello se encadenaba con la exigencia de una legitimación selectiva para negociar tales convenios colectivo dotados de esa eficacia extraordinaria ("erga omnes") en favor promocional de los sindicatos más representativos (ya existente como tales en el mismo sistema real de relaciones laborales).

Por lo demás se entra en ese tipo de valoraciones generalistas, cabría también indagar en el peso del antiguo régimen de la dictadura franquista en la redacción de nuestra Constitución de 1978, buscando juicios de reproche basadas en la pretendida continuidad de estructuras institucionales y jurídicas preexistentes. Y es que las reformas constitucionales y legales se insertan en una determinada época y se encuentran condicionadas por las ideologías y mentalidades de un momento imperantes precisamente en un momento de cambio. Pero hay que aclarar que nuestra Constitución y el propio ET –con todas sus limitaciones y aspectos criticables, por uno y otro lado- supusieron un *cambio paradigmático* de un régimen de dictadura a un régimen democrático basado en el pluralismo político, social y jurídico, y, en particular por lo que ahora más interesa, en la garantía de las libertades públicas como la

la categoría jurídica del convenio colectivo como norma jurídica incluida en el sistema de fuente del Derecho objetivo de nuestro ordenamiento jurídico constitucional. Se puede afirmar que la "fuerza vinculante" ex art. 37.1 CE, comporta la necesidad de dotar al convenio colectivo de una fuerza jurídica objetiva, inderogable o real, que equivale en lo sustancial al reconocimiento de su "fuerza normativa" como instrumento jurídico con independencia de la modalidad de reconocimiento legal de dicha fuerza jurídica especial. En nuestro sistema jurídico, el convenio colectivo es una fuente de Derecho objetivo, es decir, de normas de eficacia inmediata y no derogables "*in peius*" por la autonomía contractual individual. Subsiste aquí la calificación de "formación privada de Derecho" (Derecho social de los grupos). Lo que reconduce el problema hacia las fuentes del Derecho dentro de un *ordenamiento jurídico pluralista* que encuentra su fundamento en la Constitución ex art. 37.1[18].

El convenio colectivo no es una mera fuente de las obligaciones contractuales con "eficacia real" constitucional, sino una forma de Derecho objetivo (una fuente del Derecho jurídico-positiva). El problema no está en los efectos jurídicos sino en la normatividad que ellos presuponen suponen, pues esos efectos de eficacia inmediata y directa y de inderogabilidad singular "*in peius*" son precisamente los propios de la normatividad en los propios términos de la técnica jurídica (teoría general del Derecho, en su doble dimensión formal y material). No tiene la naturaleza jurídica de un contrato especial de carácter colectivo, que tendría garantizada exclusivamente en la Constitución los efectos jurídicos de la automaticidad (o inmediatez) e inderogabilidad "*in peius"* frente a los contratos individuales, los cuales serían los efectos típicos que constituirían la llamada "*eficacia real"*. La estructura jurídico-formal del convenio colectivo no es la propia de un contrato, sino la de una norma pactada o paccionada colectivamente, que encuentra su base en la Constitución como Norma Fundamental del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) (STC 151/1994, 23 de mayo, los convenios colectivos tienen en la Constitución el "tratamiento de auténticas normas jurídicas; STC 36/2001, 28 de marzo; y antes STC 58/1985, de 30 de abril). Los efectos que se atribuyen a la llamada "eficacia real" en esta configuración son, en puro realismo normativista, los propios de la normatividad del convenio colectiva como norma jurídica. En lo principal la eficacia real es la eficacia propia de la normatividad del convenio colectivo como norma paccionada. Hay una eficacia externa desde fuera de los contratos individuales de trabajo. La eficacia objetiva o real del convenio sobrepasa en sí la categoría de los contratos privados ordinarios o de derecho común y se insertan en un fenómeno de estricta normatividad jurídica. Esto no supone –ni exige de suyo- insertarlos en el sistema de fuentes estatales, sino en el sistema constitucional pluralista de fuentes formales del Derecho. Es así que el convenio colectivo es un instrumento jurídico creador de normas de derecho objetivo. Su efecto típico no determina un simple efecto obligatorio de carácter obligacional, sino una eficacia inmediata y cogente sobre los contratos individuales[19]. No se ve razón convincente para entender que el convenio

libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho de negociación. Hubo una difícil transición de un régimen a otro democrático basado en el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho, con todas las imperfecciones que efectivamente se detectaron y que todavía se aprecian.

[18] Véase en este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, Estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, especialmente, págs. LXXXVII-CVIII. Por otra parte, el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de sus productos típicos supone elevar a la autonomía colectiva negocial a fuente material de Derecho y al convenio colectivo a rango de fuente de creación de reglas de derecho de fuerza normativa, con independencia de su inserción o no en el sistema formal de fuentes del Derecho del Estado (es obvio que las fuentes del Derecho en un ordenamiento jurídico pluralista como el que se consagra en nuestra Constitución no se restringen exclusivamente el Estado) (*Ibid.,* pág. XCII). Cfr., en un sentido análogo, Correa Carrasco, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo,* Madrid, BOE, 1997, pág. 174.

[19] Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, Estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. LIV-LVII y LV-LXXVIII-LXXXI.

colectivo tendría garantizados constitucionalmente unos efectos típicamente normativos atribuibles a una pretendida naturaleza contractual "sui generis" que presupondría la Constitución. El Estatuto de los Trabajadores –sin agotar el mandato constitucional ex art. 37.1 CE- garantiza el convenio colectivo como norma, pero no regula el convenio ordinario o de eficacia limita, sino un tipo extraordinario de convenio colectivo, que es el convenio normativo de eficacia "erga omnes" (art. 82.3 ET).

Y es de hacer notar que la tesis de la eficacia real como construcción doctrinal desvinculada de la normatividad deriva en la contractualización pura del convenio colectivo, limitando extraordinariamente los condicionamientos constitucionales, pero también contradiciendo la realidad jurídica preexistente de una autonomía colectiva con capacidad normativa creadora de "derecho social colectivo" y, por tanto, capaz de configurar un propio orden normativo y asumir funciones de gobernabilidad de las relaciones laborales dentro del respecto a la Constitución, las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y las normas internacionales[20].

Como había hecho notar Hugo Sinzheimer[21] el convenio colectivo tiene la naturaleza jurídica de una fuente del Derecho, conforma un Derecho objetivo que regula las relaciones laborales. El convenio colectivo tiene una fuerza normativa, efectos cogentes y de carácter automático, expresando formalmente el poder de autodeterminación social de las organizaciones profesionales reconocido por el ordenamiento jurídico[22]. Para Alejandro Gallart Folch, entre nosotros, el convenio colectivo es una norma jurídica que se articula en el sistema de fuentes para producir Derecho objetivo respecto a los contratos de trabajo. Gallart pudo afirmar que el convenio colectivo ("convención pacto colectivo"): "Es el pacto o convención colectiva de condiciones de trabajo, que en algunos países se denomina, con patente error en la terminología, "contrato colectivo de trabajo", la más característica de las formas convencionales colectivas de regulación de las condiciones de trabajo"[23].

[20] Que, en gran medida, está ya presente explícitamente en el art. 2 del Convenio OIT, núm. 154 (1981), que hace referencia a funciones del convenio, proyectadas en sus contenidos, respecto a la organización de todo el ámbito de relaciones entre los trabajos y empresarios y sus organizaciones de intereses. Véase 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.

[21] Sinzheimer, H.: "El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo", p. 56. La concepción de la autonomía colectiva y del convenio colectivo enlazaban con el art. 159 de la Constitución de Weimar, que garantizaba en el derecho de asociación profesional en el marco de que él concebía como "constitución económica". Estaría vinculado también con el art. 165 de la Constitución de Weimar de cuya redacción fue directo inspirador. Véase, asimismo, Sinzheimer, H.: "Die Neuordnung des Arbeitsrecht", en *Juristische Wochenschrift,* 48 (1919)*,* pp. 465-468; *Ibid.,* "La théorie des sources du droit et le droit ouvrier", en *Annuaire de l'Institut International de Philosophie et de Sociologie juridique,* (1934), pp. 322-336; *Ibid.,* "En theorie van het sociale recht, en *A review of G. Gurvitch, L'Idée du Droit Social,* (1935), pp.322-336. Estos planteamientos sobre la autonomía colectiva y el convenio colectivo como norma pactada dentro del ordenamiento jurídico se basaban en una metodología que podría considerarse propia de un realismo normativista, que marcaba distancias respecto al "sociologismo". Lo cual no contradice que Sinzheimer fuese también un gran sociólogo del Derecho.

[22] Esta concepción sería la recogida en el Decreto de 23 de diciembre de 2018, sobre negociación colectiva. La autonomía colectiva es generadora de un Derecho extraestatal. Para él el derecho no estatal emanado de la autonomía colectiva es una fuente de derecho primaria, lo que significa que las creaciones jurídicas no son la obra del Estado, sino que provienen de los poderes de la sociedad del trabajo. El Estado no ha creado ni la autonomía colectiva ni el convenio colectivo, en un orden democrático los acepta como una realidad jurídica. El Estado reconoce el valor del Derecho no estatal y establecer un marco normativo para su regulación y ordenación jurídica.

[23] Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* Barcelona, Editorial Labor, 1936, pág. 142. Añade más adelante, después de hacer referencia a la conocida formulación de Carnelutti que "la convención o pacto colectivo de condiciones de trabajo es la norma disciplinar espontánea de las relaciones entre los obreros y patronos de una rama y zona de la actividad productora, norma que se concreta en el acuerdo de las asociaciones profesionales respectivas, que tiene un carácter innegablemente jurídico y que, por tanto, debe ser reconocido por el Derecho positivo estatal y articulado en el sistema de fuentes del Derecho de cada país" (*Ibid.,* pág. 151).

El art. 37.1 CE reconoce al convenio colectivo como fuente traslativa del Derecho, como fuente formal o en sentido traslativo. El convenio colectivo es la fuente propia por realidad jurídica existencial del Derecho del Trabajo. En rigor el *convenio extraestatutario o sindical* (pactado entre las organizaciones sindicales y empresariales) ostenta también fuerza normativa y es fuente del Derecho al amparo del art. 37.1 CE. El art. 37.1 CE garantiza la "fuerza vinculante" de los convenios colectivos como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la negociación colectiva, lo cual "conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas, sometidas al principio de publicidad" (STC 151/1994, de 23 de mayo, fj.2). El convenio colectivo tiene el carácter de fuente del Derecho objetivo, instrumento jurídico creador de normas paccionadas o pactadas. Ese carácter de fuente del Derecho objetivo en nuestro ordenamiento jurídico deriva directamente de la propia Constitución, y al legislador ordinario en desarrollo de las previsiones constitucionales le corresponde desarrollar la efectividad del derecho a la negociación colectiva y esa fuerza normativa vinculante del convenio respetando el contenido esencial del derecho. El convenio colectivo tiene fuerza normativa y es fuente específica del ordenamiento laboral: fuente traslativa del ordenamiento laboral. Nuestra Constitución ex art. 37.1 CE opera en el ámbito de las relaciones de trabajo un desplazamiento del "monismo estatal" imperante en los ordenamientos iusliberales continentales en el siglo XIX por "pluralismo normativo", el cual –recuérdese- es inherente al constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho[24]. La negociación colectiva es una expresión cualificada del constitucionalismo de Derecho privado y social, que determina el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones intersubjetivas privadas (sociedad civil, mercado, empresa, organizaciones de intereses, familia y otras unidades de convivencia); un constitucionalismo que es complementario del constitucionalismo de Derecho Público[25].

[24] Para el Tribunal Constitucional la fuerza vinculante del convenio se traduce en fuerza normativa: "la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de las voluntades individuales. Por ello, resulta del todo ajeno a la configuración constitucional de la negociación colectiva la aceptación individual de lo pactado, con independencia de que la práctica, como sucede en ocasiones, haba aconsejable la participación de los propios afectados en la negociación colectiva a través de las fórmulas que los negociadores decida" (SSTC 58/1985, fj.3; 177/1988, de 8 de octubre). Se precisa, por lo demás, que el convenio colectivo, en el sentido del art. 37.1 CE "se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales" (STC 177/1998). Sin embargo, la concepción «normativista» del convenio colectivo en el Texto Constitucional puede verse cuestionada de manera subyacente por la doctrina establecida en la STC 119/2014, de 16 de julio de 2014 (señaladamente, los fjº 4 y 5). Pero la singular situación en que se produjo no permite afirmar un cambio consolidado de criterio interpretativo.

Y nótese que eso no significa la inserción del convenio colectivo en el ordenamiento "estatal", sino en el ordenamiento jurídico general al que alude la propia Constitución (como norma jurídica fundamental y suprema) en su art. 9.1 CE. El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva como un poder social bilateral con trascendencia jurídica amparada en la constitución y con carácter diferenciado del poder normativo del Estado. A la legislación estatal le corresponde cumplir con el mandato imperativo constitucional ex art. 37.1 CE de garantizar los cauces jurídicos e institucionales para que el derecho a la negociación colectiva y el convenio colectivo, que es su expresión formal, puedan desplegar todas las funciones que le son propias. Es decir, se trata de una obligación que recae en el poder público para garantizar la efectividad del derecho de libertad y su producto jurídico. La autonomía colectiva como fuente de producción y el convenio como fuente jurídico-positiva o fuente en sentido traslativo (derecho objetivo). Puede consultarse, 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.

[25] Monereo Pérez, J.L., "Constitucionalismo de Derecho privado "social" y "constitución del trabajo" frente al liberalismo iusprivatista tradicional. A propósito de la teoría jurídica de Georges Ripert". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 1, 2021, 197-322. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/525/568

Se hace notar que las grandes transformaciones del siglo veinte se operan en el mismo interior del Estado de pluralidad de clases ("Estado Social de Derecho"), con la emergencia de nuevas legislaciones que dan lugar a

El convenio como fuente normativa conlleva la garantía de la automaticidad e inderogabilidad singular de su regulación y su capacidad de gobierno de las relaciones laborales dentro de su ámbito de aplicación o espacio regulativo. Como norma pactada que es tiene estructuralmente no solo esa dimensión normativa, sino también una necesaria dimensión obligacional entre los sujetos firmantes (o partes signatarias) del convenio. El convenio colectivo como orden normativo y obligacional materializa jurídicamente el equilibrio entre los intereses en juego, siendo, como es, resultado y expresión formal de un previo proceso dinámico de negociación colectiva. Y precisamente en ese proceso preside la realidad existencial de una fuerte tensión entre garantismo social y racionalidad económica y empresarial. En esa tensión, mediatizada por las circunstancias objetivas concurrentes en cada coyuntura histórica y la correlación de fuerzas, se producirán avances y retrocesos en el garantismo social. Los convenios de eficacia general o extraordinaria regulados en el Título III del ET, no agotan la virtualidad del precepto constitucional ex art. 37.1 CE y sólo puede considerarse como un desarrollo parcial de esta disposición constitucional (SSTC 73/1984, fj.2, 98/1985, fj.10, entre otras muchas). Este desarrollo del ET no colma el mandato constitucional ex art. 37.1 CE.

Aquí la realidad de la normación social no resulta negada[26], sino que se la inserta en el conjunto complejo del ordenamiento jurídico (es garantía de la autonomía colectiva y su capacidad generadora de normativas de trabajo y de reflejas de autogobierno colectivo). El ordenamiento jurídico tiende, así, a reabsorber dentro sí el momento extralegislativo que instituye la norma en concreto. El Estado no es la única fuente del Derecho, de manera que el Derecho objetivo no se reduce a la legislación pública. El concepto de Derecho excede del modelo del Derecho del Estado; una concepción positivista legalista que continúa negando el carácter de Derecho a todos los ordenamientos sociales que no pueden considerarse en conexión con tal principio de estatalidad absoluta. Existen ordenamientos jurídicos que emanan de la misma sociedad civil, de manera que grupos organizados son capaces de producir Derecho objetivo, expresión de una creatividad instituyente[27]. Hay que negar "de la manera

"Derechos especiales", como el mismo Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que nacieron como legislación excepcional -"leyes sociales"-y devinieron al tiempo en derecho especial y, por otra parte y significativamente, con una vocación expansiva confirmada en los hechos. Donde se regula y se atiende el trabajo dependiente o subordinado; un nuevo tipo contractual (el contrato de trabajo) y una nueva fuente jurídico-material de Derecho: la convención o convenio colectivo de trabajo. Pero en gran medida esto no sólo deriva de fuerza de los "hechos sociales", sino también de la fuerza del "Derecho" en cumplimiento de los mandatos contenidos en el propio programa constitucional de formación y conformación del orden económico y social de la sociedad (es decir, la nueva Constitución socio-económica con Estado Social de Derecho) con arreglo a ciertos márgenes legítimos para decidir sobre opciones distintas de política de desarrollo-cumplimiento de las previsiones constitucionales. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *La concepción realista del Derecho,* Barcelona, Atelier, 2025, Capítulo IX, págs. 797-896, y 897 y sigs.; Ibid., "Ciudadanía, empresa y constitución social del trabajo: por un constitucionalismo de derecho social", en *lacittadinanzaeuropea. lceonline* (www.lceonline.eu), 1/2022, I, pp. 1-48. https://www.lceonline.eu/ciudadania-empresa-y-constitucion-social-del-trabajo-por-un-constitucionalismo-de-derecho-social/

[26] Afirma Santi Romano que "el orden social que es puesto por el derecho no es el que viene dado por la existencia de normas, sino que incluso se sirve de ellas y las abarca dentro de su órbita, que al mismo tiempo sobrepasa y supera. Esto significa que el derecho antes de ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye una unidad, como ente con sustantividad propia". Cfr. Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. de S: y L. Martín Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pág. 113.

[27] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. de S: y L. Martín Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, págs. 135 y sigs., y 173 y sigs., y pág.209. Santi Romano afirma que "el Estado no es, por tanto, más una especie dentro del género "derecho". La afirmación contraria es inaceptable…". Y añade: "Esta posición, que identifica el derecho con los ordenamientos directa o indirectamente estatales, es mantenida con frecuencia, no tanto como teoría filosófica, sino como un principio de derecho positivo actual, deducido de la posición que correspondería al Estado en la época moderna, bien diferente de la posición anterior. Pero no parece que pueda acogerse antes que nada, que su origen no se deba sino al deseo, quizá inconsciente, de no dejar naufragar totalmente la dirección filosófica, tan profundamente sugestiva a que nos hemos referido. Tales tentativas de salvamento no pueden nunca alcanzar fortuna, y parecen en todo caso sospechosas. Una teoría que no se demuestra viable en el mundo de la especulación filosófica en el cual ha nacido, no tiene tampoco ninguna probabilidad de vivir en el mundo de la

más terminante que el sistema estatal se haya convertido en el único sistema del mundo jurídico; incluso hay que negar que tal concentración sea materialmente posible si ésta fuera la ocasión de hacer profecías, aunque resultasen fáciles, podría señalarse cómo es fácil que en un futuro no lejano se produzca precisamente el fenómeno contrario", pues "la llamada crisis del Estado moderno implica, por de pronto, la tendencia de una serie enorme de grupos sociales construirse cada uno de ellos un reducto jurídico independiente. Pero aun manteniéndose en el derecho actual, puede probarse fácilmente nuestra tesis respecto de algunos ordenamientos" sociales[28]; y ello mismo refleja la complejidad de la vida social del fenómeno jurídico, que no ha hecho sino acrecentarse en la época actual de una fase de mundialización en la que preside la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, donde las fuentes del Derecho también están en la sociedad misma (nacional e internacional), en una relación de entrecruzamiento de poderes de la sociedad civil y poderes públicos. Esta se viene reflejando, de manera harto significativa, en la conexión Derecho y realidad como interacciones "abstractas" en la teoría del Derecho actual, situado entre Modernidad y globalización jurídica (y no sólo económica, política y cultural). En este marco nos hallamos ante una multiplicidad de fuentes del Derecho. Tal pluralidad de las fuentes del Derecho conduce a un verdadero pluralismo jurídico ordenamientos jurídicos emanados de poderes públicos y de poderes privados, poniendo en evidencia que las fuentes estatales y supraestatales no son las únicas fuentes de producción de Derecho objetivamente válido y eficaz. Es, por otra parte, innegable que este proceso irreversible de expansión del pluralismo jurídico afecta a la comprensión tradicional de la "norma jurídica", con el consiguiente declive –y posiblemente abandono- de la pretendida pureza "positivista" legalista que ha venido impregnando la metodología jurídica hasta hace poco tiempo. Esta forma de positivismo –que hay que distinguir del positivismo crítico- contemplada en el Derecho a imagen de la lógica formal llevando a la cúspide de la abstracción la separación y contraposición de norma y realidad, ser y deber ser. Ignora la dimensión normativista del fenómeno jurídico en las relaciones socialmente vigentes y eficaces; y lo cierto es que hasta el Derecho estatal o público lo toma en consideración, aunque le priva de "su" normatividad social para el propio ordenamiento estatal o público.

Sin embargo, respecto de los convenios extraestatutarios el Tribunal Constitucional entiende que se rigen por las reglas generales del Derecho común de la contratación, a tenor del cual los contratos solo producen efectos entre las partes contratantes que lo otorgan (art. 1257 del Código Civil) (STC 121/2001, de 4 de junio, fj. 5), inclinándose respecto a este tipo legal de convenios colectivos de eficacia limitada por la teoría contractual. Es la misma doctrina que se reitera respecto al art. 41 del ET y la admisibilidad constitucional de la posible modificación unilateral de su contenido por parte del empresario (STC 8/2015, de 22 de enero, fj. 4), que no parece precisamente conforme con el contenido

ciencia del derecho positivo; no puede vivir aquí si no es transformándose completamente, dejando de ser por tanto lo que era" (*Ibid*., págs. 212-213). Santi Romano coincide con la opinión de Messina cuando afirma la insuficiencia de la categoría jurídica "contrato" para expresar la caracterización jurídica del convenio colectivo. No parece que se trate de un ordenamiento jurídico que pueda encuadrarse todo él en la autonomía concedida a los particulares por el derecho estatal. La existencia de los convenios colectivos es reflejo de la concurrencia de ordenamientos jurídicos diferenciados, "de manera que lo que para el ordenamiento del Estado es un contrato, para aquel ordenamiento [particular] es un sistema de *derecho objetivo a se,* más o menos autónomo, que se hace valer con los medios internos de que la organización dispone. Tales medios pueden, incluso, ser extrajurídicos o ajurídicos para el Estado, pero son en cambio legítimos para el régimen especial [o particular] a que se refieren…" (*Ibid.*, págs. 229-233. Por cierto, Santi Romano, expresa que la concepción más cercana a la suya es la mantenida Gierke: "Desde este punto de vista nos adherimos a la doctrina según la cual "toda comunidad orgánica es capaz de producir derecho", doctrina que ha encontrado en Gierke su más acérrimo defensor y que tiene también numerosos partidarios. De esta doctrina, sin embargo, no separamos en algunos puntos. Sobre todo, porque sustituimos el concepto de comunidad por el de institución, que es más amplio y que nos parece más completo y más intrínsecamente jurídico…" (*Ibid.*, pág. 232 y 233-235).

[28] Romano, S.: *El ordenamiento jurídico,* trad. de S: y L. Martín Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, págs. 213-214, que seguidamente acomete esa tarea de demostración de su tesis de pluralismo jurídico-social institucional. También hace notar que "no hay que creer tampoco que todas las relaciones o hechos que tienen lugar en el ámbito interno del Estado son subsumidos por éste dentro de su propio derecho" (*Ibid.,* pág. 314).

esencial de la negociación colectiva y de la libertad sindical (art. 53.1 CE) y con preceptos como el art. 6.2 de la Carta Social Europea y la interpretación del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre el contenido esencial de la libertad sindical. Desde un punto de vista de normativismo realista, los convenios colectivos extraestatutarios son auténticas normas jurídicas por su estructura y función. Sus efectos típicos de inderogabilidad singular por parte de sus destinatarios y fuerza jurídica inmediata, no pueden ser alcanzados fácilmente a través de técnicas de derecho privado común, las cuales, entre otras cosas, son refractarias a la misma noción de "interés colectivo" y de "convenio colectivo". Se señaló hace tiempo que la misma figura de los "contratos normativos", que podría acaso reclamarse respecto de los convenios de eficacia limitada están más próximas a la normatividad jurídica que a la institución típica del contrato[29]. Y además, la función del propio convenio colectivo de eficacia limitada o extraestatutario se sitúa en la lógica de las fuentes del derecho objetivo, pues crea normas jurídicas, no simples reglas contractuales y contiene obligaciones de gobernabilidad colectiva/sindical que no encajan ni de lejos con la teoría de los contratos de Derecho privado común[30]; un Derecho privado común que es refractario el fenómeno colectivo/sindical en sí mismo.

Pese a que las SSTC 119/2014 y 8/2015 declararon que el derecho a la negociación colectiva tiene la naturaleza de un derecho constitucional esencialmente de configuración legal, aunque matizando que el margen de discrecionalidad del legislador ordinario no es absoluto, a la par que declarando que el art. 37.1 CE tiene una eficacia inmediata como garantía de un derecho fundamental de libertad. Sin embargo, el art. 37.1 CE reconoce un derecho de libertad de negociación colectiva y la fuerza vinculante del convenio colectivo, lo que implica la aplicación automática e *ipso iure* del convenio colectivo a sus destinatarios, sin que pueda oponerse a ello la autonomía de la voluntad individual de los mismos. Lo establecido en el convenio colectivo es intangible para la libertad de contratación individual (contrato de trabajo), pero también para una decisión unilateral de cualquiera de las partes negociadoras del convenio colectivo amparado en el art. 37.1 CE. La decisión colectiva predomina sobre las decisiones individuales de los sujetos destinatarios a los cuales se aplica el convenio (principio de inderogabilidad singular "*in peius"* de todos los convenios colectivos; a pesar de que se admita legalmente para los extraestatutarios su posible modificación unilateral causal a través del procedimiento previsto ex art. 41 del ET, como admitió, por el contrario, la STC 8/2015, enjuiciando la reforma laboral de 2012. Lo que es merecedor de crítica. El derecho a negociar colectivamente y la fuerza vinculante de los convenios, que son su resultado o producto jurídico,

[29] En este sentido Monereo Pérez, J. L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII; Monereo Pérez, J. L.: "*El derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)*, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002; Martínez Girón, J.: "La negociación colectiva extraestatutaria", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 68 (2007).

[30] Véase Sala Franco, T.: *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, IES, 1981; Sala Franco, T.: "Los convenios colectivos extraestatutarios", en Sala, T., Pérez De Los Cobos, F., y Goerlich, J.M.: *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid, ACARL, 1989; Monereo Pérez, J. L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII; Monereo Pérez, J. L.: "*El derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)*, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dir.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Ed. Comares, 2002; Martínez Girón, J.: "La negociación colectiva extraestatutaria", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 68 (2007); Fernández Domínguez, J.J.: "Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica", en Barreiro González, G. y Fernández Domínguez, J.J.: *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico,* Madrid, MTAS, 2004; Fernández Domínguez, J.J.: "Los convenios colectivos extraestatutarios", Ponencia en VV.AA.: *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Murcia, 17 y 18 de mayo de 2002), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

no deriva de la legislación ordinaria, sino de la propia norma constitucional ex art. 37.1 CE (SSTC 58/1985, de 30 de abril; 2010/1990, 20 de diciembre, fj. 2, etc.). Así pues, el ET no es el instrumento normativo que reconoce constitutivamente el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, sino la propia Constitución ex art. 37.1, que lo reconoce como fuente primaria, siendo, por otra parte, una norma constitucional de aplicación directa e inmediata. Eso sí el ET debe garantizar su efectividad respetando su contenido esencial y que el convenio respete la ley y al orden constitucional (artículos 7 CE, 85.1, 9.5 ET y artículos 163 a 166 LRJS, que regula la modalidad procesal de impugnación por ilegalidad de los convenios colectivos).

La libertad de negociación colectiva comprende la libertad para elegir las materias objeto de negociación (dimensión material) y los posibles compromisos obligacionales (dimensión obligacional) contraídos entre los sujetos negociadores del convenio colectivo (SSTC 101/1992; 208/1993; 107/2000; 225/2001; 238/2005, etc.). Conviene recordar, al respecto, que las dimensiones obligacionales y normativas del convenio se integran en un equilibrio interno, sin actuar como compartimentos estancos.

El art. 37.1 CE acoge a distintos tipos de convenios colectivos más allá de la modalidad específica de convenio de naturaleza normativa y de eficacia personal generalizada regulado en el Título III del ET. Señaladamente la norma de reconocimiento y garantía constitucional ex art. 37.1 acoge tanto a los convenios normativos de eficacia ordinaria limitada como a los convenios normativos de eficacia general extraordinaria). Criterio cuestionado, sin embargo, por la doctrina establecida en las SSTC 119/2014, 8/2015 y 140/2015.

El art. 37.1 CE es una disposición que impone al legislador deberes de actuación positivas; haciendo valer la función promocional del Derecho estatal (art. 37.1 CE), que debe realizarse con la función típica de la cláusula de Estado Social de Derecho (artículos 1 y 9.2 de la Norma Fundamental). En virtud de esta función promocional, el legislador debe establecer medidas encaminadas a favorecer la efectividad de la negociación colectiva y, con ello, los procesos de autorregulación de los sujetos colectivos como expresión del pluralismo socio-jurídico en el ámbito de las relaciones laborales. De manera que al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, confiriendo efectividad y apoyo al proceso de negociación colectiva y a los instrumentos jurídicos que emanen del mismo[31].

La garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos se ve reforzada por el sistema de garantías establecido en el art.53.1 CE ("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 art. 161.1.a)" de la Constitución); el control de constitucionalidad ejercicio por el Tribunal Constitucional; y el obligado control de convencionalidad ejercicio por los órganos de la jurisdicción ordinaria (atendiendo a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución)[32]. Ello se corresponde y es coherente con la consideración de la negociación colectiva como un derecho fundamental de

[31] Véase STC 208/1993, de 28 de junio, fj. 3. Ponente M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

[32] 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.): *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

libertad ubicado en el Capítulo II ("Derechos y libertades") del Título Primero de nuestra Norma Fundamental ("De los derechos y deberes fundamentales") y dado su tratamiento internacional en instrumentos como la Carta Social Europea revisada (art. 6) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 28) (atendiendo a los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución); y ello con independencia de que esté privado de otras garantías previstas en otros preceptos constitucionales como el recurso de amparo (art. 53.2 CE), o como la garantía en la elaboración y aprobación reforzada de las Leyes consistente en su regulación a través de Ley Orgánica (art. 81 CE). En cualquier hay que tener en cuenta que, dado que el contenido esencial de la libertad comprende necesariamente, a su vez, el derecho a la negociación colectiva, será posible el recurso de amparo cuando se vulneren las libertades sindicales en el proceso de negociación colectiva (STC 208/93, de 28 de junio[33]). Es así, que la negociación colectiva no es, en sí misma, objeto de tutela a través del recurso amparo, pero sí los será cuando existan lesiones de ese derecho que impliquen una vulneración de la libertad sindical (SSTC 208/93, 45/84, 98/85, entre otras). Se puede comprender, de este modo, que el recurso de amparo por lesión de la libertad sindical ha acabado siendo el cauce procesal sistemáticamente utilizado para la defensa de la libertad sindical en el marco del procedimiento de negociación colectiva, dando lugar, por tanto, a que el Tribunal Constitucional haya construido, en gran medida, una jurisprudencia constitucional en las controversias jurídicas entre el derecho de libertad sindical y el ejercicio dinámica de la negociación colectiva. Dicho en otras palabras, la negociación colectiva ha encontrado una vía privilegiada para acceder al Tribunal Constitucional y dotarse de una jurisprudencia constitucional consolidada que define su contenido esencial (art. 53.1 CE) en relación con el derecho de libertad sindical.

Y ello a pesar de que en algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal se haya mantenido que el derecho de negociación colectiva tiene la naturaleza de un derecho de estricta configuración legal ignorando, así, la garantía del contenido esencial ex art. 53.1 CE; un contenido esencial que no puede vulnerar el legislador infraconstitucional (vinculado al que proporcionan el conjunto de las normas y acuerdos internacionales aprobadas o ratificadas por nuestro país. De nuevo, artículos 10.2 y 93 a 96 CE). Hay que afirmar con contundencia que el derecho fundamental a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical. Los derechos de actividad de los sindicatos, entre ellos la negociación colectiva, forman parte del contenido esencial del derecho, constituyendo el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical (SSTC 80/2002, 121/2001, 208/93, 10/82, 23/83, entre otras).

Con todo, es difícil pensar que no existe un *modelo constitucional de textura relativamente abierta* (en la misma medida, en términos de política del Derecho constitucional del Trabajo, en que no existe un modelo completamente definido y cerrado de relaciones laborales[34]; STC 210/1990, fj.7) (pero nunca de estricta o de carácter esencialmente legal) de negociación colectiva. Basta reparar en la exigencia de respeto al contenido esencial (art. 53.1. CE, en relación con el sistema multinivel de garantía del derecho a la negociación colectiva y su conexión e interdependencia con el derecho de libertad, lo que nos remite señaladamente a los convenios de la OIT, 87, 98, los convenios de negociación colectiva, etcétera). Esto significa que el modelo es de textura abierta, pero *nunca enteramente discrecional* para el legislador infraconstitucional garantista del derecho a la negociación colectiva. De ahí que haya que reafirmase en que la Constitución garantiza un modelo de negociación colectiva relativamente abierto a opciones de política del Derecho: ¿Qué otra cosa si no esto significaría el respeto al contenido esencial del derecho ex art. 53.1 CE, en relación a los Convenios de

'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

[33] BOE núm. 183, de 02 de agosto de 1993). ECLI:ES:TC:1993:208 .

[34] Incluidos los modelos normativos de derecho fundamental de libertad sindical y de derecho fundamental de huelga. Modelos preordenados constitucionalmente a través de la garantía del "contenido esencial" ex art. 53.1 CE.

la OIT y las dos Cartas Europeas de Derechos Fundamentales? Por eso, resulta discutible la doctrina establecida por el TC en el sentido de "ninguno (sic.) de los elementos del derecho a la negociación colectiva" ex art. 37.1 CE estaría constitucionalmente cerrado (SSTC 119/2014, fj. 6ª.a), de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero, fjº. 2.e), resolviendo el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012). Y es discutible porque existirán siempre límites infranqueables por el legislador ordinario de desarrollo de las previsiones constitucionales. De no ser así estaríamos ante un derecho fundamental sin contenido esencial delimitado, tanto en lo referido a la autonomía colectiva –fuente de producción y de poder de autodeterminación negocial- como a su expresión jurídico-formal (fuente jurídico-positiva o en sentido traslativo).

La autonomía colectiva materializada formalmente – en su dimensión de fuente de producción del Derecho objetivo- en el convenio colectivo expresa el poder sustancialmente normativo bilateral compartido de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empresarios y sus organizaciones representativas. Lo que, recuérdese, garantiza el art. 53.1 CE, en relación con el bloque normativo constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra propia Constitucional en su condición de Norma Fundamental de ordenamiento que construye y en la que se inserte siendo su centro o vértice según se utilice una visión metafórica de vértice/cúspide o de centralidad/núcleo constituyente y vertebrador. (En esta dirección, "in fine", SSTC 58/1985, fj. 3; 208/1993, de 28 de junio, fj.3). Por ello mismo, el derecho fundamental de negociación colectiva nunca puede ser concebido como derecho estricta o esencialmente de configuración legal [como afirmaban sin paliativo, las SSTC 119/2014, fj.6ª. a), y 8/2015, fjº. 2.e), fj. 6.a)]. La garantía constitucional del "contenido esencial" del derecho fundamental a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios supone que existe un ámbito infranqueable del derecho que se impone directamente en la Constitución, sin necesidad incluso de desarrollo legislativo y que existiendo éste no podría vulnerar extralimitándose del mandato constitucional ex art. 37.1 CE en relación con el art. 53.1 CE, por referencia al art. 10.2, 93 a 96 CE ("in fine", SSTC 66/1995, fj.2, 24/2015, fj.3)[35].

En todo caso, debe destacarse que *desde el punto de vista de la sociología del sindicalismo* en un sistema democrático de relaciones laborales el llamado poder sindical no deriva en sí mismo de la Constitución ni de las leyes, sino que unas y otras establecen los instrumentos de autorganización y acción que permiten la configuración de ese poder social de autotutela (*legitimidad social* del poder ostentando en la realidad por los sindicatos como fuerza social de hecho o fenómeno social de identidad-subjetividad colectiva de los trabajadores). Pero, hay que añadir de inmediato, que *desde el punto de vista estrictamente jurídico*, la Constitución y las Leyes *juridifican ese poder social* que ostentan los sindicatos, reforzándolo, de este modo (tanto más dada la función promocional de los poderes públicos respecto de los derechos de libertad sindical que se infiere de los artículos 7, 28, 103.3, 9.2, 37.1 y 10.2 CE), y confiriéndole una *legitimidad jurídica basada en la legalidad* que ampara el ordenamiento jurídico desde la misma Constitución como Norma Fundamental del mismo (art. 9.1 CE).

La autonomía colectiva negocial garantizada ex art. 37.1 CE como derecho fundamental de libertad colectiva se manifiesta en los pactos colectivos de trabajo y en particular en el convenio colectivo (por ejemplo, SSTC 73/1984, fj. 2, 58/1985, fj.3), que son reflejo típico de una ordenación normativa paccionada. Constituyen una simbiosis entre el elemento convencional propio del negocio jurídico determinante de obligaciones jurídicas para las partes negociadoras y el elemento normativo o regulador de las condiciones de trabajo creador de derechos y deberes para los sujetos destinatarios. Su problema práctico fue ya originariamente el de garantizar la eficacia jurídica de su contenido

[35] Véase Monereo Pérez, J. L.: «Comentario al art. 37.1 de la Constitución», en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.ª N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed. Comares, 2002, especialmente, págs. 625-683, espec., págs. 671-688.

regulador sobre los contratos de trabajo, asegurando la indisponibilidad o inderogabilidad de sus cláusulas por la autonomía individual[36], como si de una ley material se tratara[37].

La relación de la autonomía colectiva negocial con la autonomía individual encuentra una particular expresión en los acuerdos individuales en masa, respecto de los cuales el Tribunal Constitucional ha considerado que son contrarios al derecho a la negociación colectiva actuada sindicalmente, pues el predominio de la negociación colectiva sobre la autonomía individual (contrato de trabajo o decisión unilateral del empleador) forma parte del contenido esencial de este derecho de libertad colectiva (SSTC 105/1992, 208/1993, 225/2021, 238/2005).

Las normas del convenio colectivo (como acto normativo integrado en el sistema formal de fuentes del Derecho del ordenamiento jurídico general) tienen este efecto como medio principal para la realización del carácter colectivo del convenio y del principio de protección social y se encuadra en la propia finalidad programática del constitucionalismo social instituyente de la forma de Estado social o Estado de Derecho social. Desde esta perspectiva, al "conflicto entre grupos" se atribuye la posibilidad de una composición a través de una actividad creativa de normas, destinada a definir las condiciones laborales además de las relaciones de poder entre las partes[38]. Nuestra Norma Constitucional garantiza un espacio vital de autonomía de las partes en la negociación colectiva. Supone un procedimiento de codecisión negocial de partes sociales que se reconocen mutuamente en el marco existencial de la realidad del conflicto inmanente al sistema de relaciones laborales (conflictos de distribución y conflictos de producción). Y ello expresa una realidad pluralista: el pluralismo jurídico es concomitante al pluralismo social, de tal manera que la organización jurídica de las sociedades complejas es congruente con su organización social. Ese pluralismo socio-jurídico (o si se quiere jurídico-social) parte de la existencia de una heterogeneidad normativa originada por la presencia de una multiplicidad de campos sociales dotados de un ámbito de autonomía, evidenciando la simplificación que supone –como lo hace el positivismo legalista- la pretensión de reducir –y subsumir- el Derecho, la normación y las instituciones jurídicas en un sistema unitario unidireccional y centralizado, pues el fenómeno jurídico del Derecho objetivo encuentra sus orígenes en las actuaciones autorreguladoras de una pluralidad de campos sociales realmente existentes en la sociedad. El Derecho que emana de la autonomía colectiva, y que actualmente es eficaz en el ámbito de las relaciones laborales, es el resultado de un diálogo bilateral, de una negociación que se opera bajo patrones de "cultura jurídica" propia –en gran medida recibidos, aunque otros atribuidos y enmarcados por el ordenamiento jurídico general-, por más que cuente con políticas garantistas y de fomento derivadas de la legislación estatal o pública. Y ese pluralismo complejo no se puede reducir a una política legislativa situada dentro de la lógica de un discurso interno al Derecho estatal de

[36] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: "Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho", estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XI-CLXIII, passim. En la doctrina clásica, Philip Lotmar estuvo especialmente preocupado por el hecho de que la falta de reconocimiento legal, y señaladamente la carencia de una legislación promocional, pudiera suponer que el convenio estaba expuesto a ser violado por los reglamentos internos de la empresa y por los mismos contratos individuales de trabajo. En este sentido Lotmar, PH.: "I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro", en *GDRLI,* núm. 22, 1984, págs. 313 a 392, en particular, pág. 388. Asimismo, Gallart Folch, A.: *Derecho Español del Trabajo,* con Prólogo de Pedro de Sangro y Ros de Olano, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, Ed. Labor, 1936, Capítulo VI ("Los pactos colectivos de condiciones de trabajo"), págs. 142 y sigs.

[37] La inderogabilidad singular de lo establecido por el convenio colectivo derivaría directamente y de forma automática de la misma convención colectiva. Véase, aparte de la doctrina clásica, Giugni, G.: *Lavoro legge contratti*, Bolonia, Il Mulino, 1989, págs. 176 a 178; Hueck, A. y Nipperdey, H.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, trad. M. Rodríguez-Piñero y L. E. De la Villa, Edersa, Madrid, 1963, págs. 348 y sigs. Para Kaskel, W. y Dersch, H.: *Derecho del Trabajo*, trad. de E. Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1961, pág. 125.

[38] Giugni, G., Sciarra, S.: Voce "Contrattazione collettiva", en *Noviss. Dig. It.* , Apéndice II, Utet, Torino, 1981, pág. 607.

subsunción, absorción y encuadramiento de dinámicas de procedimientos de negociación colectiva y producción de normas sociales de trabajo y autorregulación de las relaciones entre las organizaciones profesionales.

Bien es cierto que la consagración constitucional expresa y la regulación legal del convenio colectivo ha sido tardía y que mientras tanto el convenio colectivo quedó sometido al mecanismo liberal relativamente tolerante de su reconducción al esquema de los contratos normativos obligatorios regulados en el Derecho civil, lo cual no permitía garantizar "per se" el principio de inderogabilidad respecto a las partes del contrato de trabajo. En tal sentido, el sistema más generalizado es el de la garantía de la eficacia externa imperativa, directa y obligatoria, respecto del contrato de trabajo como expresión formal de la autonomía individual. De este modo, el convenio colectivo incide desde fuera en los contratos individuales de trabajo, predetermina o prefigura su contenido. Son normas colectivas que se aplican automáticamente a los contratos individuales de trabajo, constituyen fuentes de derecho objetivo (fuentes de derecho autónomo), reflejando la crisis del principio positivista de estatalidad exclusiva del Derecho[39], porque las normas creadas por la convención colectiva (el convenio colectivo-norma como fuente traslativa del Derecho del Trabajo; descriptivo de un modo particular de exteriorización o manifestación formal del Derecho[40] son de carácter jurídico-privado (pertenecen al Derecho privado y no al Derecho público), aunque ciertamente sería más propio decir que se insertan en una categoría intermedia como es el Derecho social como manifestación genuina del Estado social.

De este modo, los sujetos individuales obligados pueden beneficiarse de los resultados del esfuerzo colectivo, pero no derogar "*in peius*" la regulación convencional, salvo que, por ley o por propia autorización del convenio, se permitan pactos derogatorios. Es aquí donde se pone de relieve

[39] Para Hugo Sinzheimer, las convenciones colectivas son verdaderas fuentes de un nuevo "derecho objetivo", que se fundan en el principio general de creación de derecho por la autonomía de los grupos sociales. Es un derecho objetivo que hace concurrencia a la ley, cfr. Sinzheimer, H.: *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, vol. 1, 1907, págs. 98 y sigs. 37 y sigs.; vol. 2, 1908, págs. 4 a 92; Gurvitch, G.: *Le temps présent et l'idée du droit social*, París, Librairie Philosophique J. Vrin, 1932, Chapitre II ("L' idée du droit social et les théories récentes des conventions collectives du travail") de la "Iª Section ("Les tendances actuelles de la doctrine du droit ouvrier et l' ideée du droit social"), págs. 27-54; Gurvitch, G.: *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit,* París, Editions A. Pedone, 1935, espec., págs. 138-152 y 239-265.

[40] Véase, por todos, De Castro Y Bravo, F.: *Derecho civil de España,* Madrid, Ed. Civitas, 1984, págs. 327 a 333. Se ha podido hablar de desbordamiento de las fuentes del Derecho y de que "uno de los signos más relevantes de la coyuntura presente de los sistemas de fuentes del Derechos ha sido el desplazamiento de su centro de gravedad desde el postulado de su carácter unitario y jerárquico al de su significado pluralista". Cfr. Pérez Luño, A-E.: *Las fuentes del derecho y su problemática actual,* en VV.AA.: *Perspectivas actuales de las fuentes del derecho,* María del Carmen Barranco Avilés Óscar Celador Angón Félix Vacas Fernández (Coords.), Madrid, Ed. Dykinson, 2011, págs. 56-57.

"La repercusión expansiva del pluralismo jurídico está conduciendo al progresivo abandono de los postulados de la unidad y de la jerarquía normativa en función de lo que se denominan «sistemas de interlegalidad», o sea, de la intersección de sistemas de áreas y niveles jurídicos sobrepuestos e interrelacionados de forma asimétrica y asistemática, a partir de múltiples redes de juridicidad. La interlegalidad vendría a ser la dimensión fenomenológica del actual pluralismo jurídico propio de la postmodernidad, que ha supuesto la pérdida de la jerarquía normativa basada en la soberanía del Estado, que ha sido sustituida por formas de legalidad porosa o porosidad jurídica propias de un ordenamiento jurídico difuso, donde las fuentes no operan a partir de criterios verticales de jerarquía, sino horizontales basados en pactos y transacciones" (*Ibid.,* pp. 58-59). Afirma que existe "un relevante desplazamiento de las fuentes. Me parece obvio admitir que un sistema jerárquico, rígido, centralista y basado en la hegemonía absoluta de la ley y el monopolio estatal de la creación normativa, ha sido ampliamente rebasado por las circunstancias del mundo actual y sería abiertamente incompatible con uno de los valores básicos de las sociedades democráticas: el *pluralismo*" (*Ibid.,* pág. 66). "En el mundo jurídico la reflexión sobre las fuentes desemboca en un inquirir relativo al origen, la estructura, el fundamento y el fin del Derecho; un océano de problemas sobre los que navegan y, a veces, naufragan los marcos teóricos de la ciencia y la filosofía jurídica (*Ibid.,* pág. 67). Más ampliamente, Pérez Luño, A-E.: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho,* Madrid, Ed. La Ley & Wolters Kluwer, 2011.

las insuficiencias de la dogmática contractualista, ya que el convenio colectivo requiere de una fuerza vinculante que va más allá de la otorgada a los contratos ordinarios de Derecho privado[41]. Ha podido indicarse cómo una de las cualidades características del convenio colectivo precisamente su vocación para dictar reglas que se aplican a relaciones jurídicas que se establecen entre sujetos diferentes de aquellos que estipulan los propios convenios colectivos (falta así una sustancial referibilidad a la regla *"res inter alios" acta neque nocet neque prodest*). Esto no ha impedido que la eficacia jurídica del convenio -al igual que su propia morfología jurídica- haya sido establecida de modo diferente según la cultura jurídica imperante en cada país[42], y ahora dentro incluso de los procesos de integración (*v.gr.*, integración europea). Sin perjuicio de esta diversidad cultural es de hacer notar que la construcción que más se ajusta al dato real del fenómeno resulta, probablemente, aquella que reconoce en el convenio una función esencialmente normativa, expresión formal de un poder social organizado reconduce al campo de las fuentes de producción del Derecho. Pero siendo, como es, una norma pactada, la dimensión obligacional le es inherente y no debe quedar ensombrecida por la dimensión normativa del convenio.

Ciertamente, la identidad jurídica del convenio colectivo (contractual, normativa, mixta) es un tema notablemente controvertido. Ahora bien, la teoría general del derecho ha admitido que una producción normativa pueda acontecer también con el empleo del instrumento de base negocial (esto sucede también en otros ámbitos como el Derecho público y el Derecho internacional). La delimitación de la naturaleza jurídica del convenio colectivo es un problema trascendente que luego se despliega en su eficacia y efectos jurídicos. Repárese que en la mayoría de los ordenamientos (salvo los modelos de "non enforceability", donde la sanción es únicamente moral)[43] su fuerza imperativa directa ha sido reconocida por diversos mecanismos legislativos "ad hoc"; incluso en casos de abstención respecto una institucionalización positiva, donde el instituto ha sido reconducido al ámbito del derecho contractual, ha terminado por impedirse la posibilidad de su derogación por los sujetos individuales (comportamiento constitutivo de incumplimiento), es decir, ha terminado por sancionarse el efecto inderogable y a configurarse una función normativa imperativa (aunque sea dentro del derecho privado).

Desde la perspectiva metodológica estamos ante una aporía si queremos reconstruir el instituto directamente a través de las fuentes categorizadas en el derecho público o bien en los moldes contractuales definidos en la codificación. De un lado, puede decirse que el convenio colectivo es fuente del derecho si se observa desde las relaciones individuales de trabajo, para las que dicta reglas generales y abstractas en su ámbito de aplicación[44]. En general puede compartirse la idea de que no existe automatismo entre la clasificación como fuente y el régimen jurídico aplicable, pues el segundo difiere según cada ordenamiento jurídico y en cada momento histórico determinado. Y en cambio

[41] Un análisis del debate sobre la naturaleza del convenio colectivo puede hallarse en Vardaro, G.: *Contrattazione collectiva e sistema giuridico*, Napoli, Jovene, 1984, págs. 21 y sigs., donde el autor conecta la teoría del ordenamiento intersindical con la teoría de los sistemas de Luhmann; Correa Carrasco, M.: *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad Carlos III/BOE, 1997, págs. 92 y sigs.

[42] En el Reino Unido es tradicional el reconocimiento como pacto entre caballeros (*gentlemen's agreements*); en Italia la eficacia contractual (limitada o relativa) normativa (contrato colectivo de Derecho común), mientras que en Alemania la legislación ha tendido a configurarla como norma, es ésta última también la tradición en los ordenamientos francés y español.

[43] Incluso en ordenamientos, como el británico, donde constituyen "pactos entre caballeros", fuera del ámbito del derecho "jurisdiccionable", porque esta es la intención entre las partes, algunos mecanismos legislativos o la doctrina de los "implied terms" han terminado por otorgarse una fuerza imperativa que va más allá de la meramente contractual. Cfr. Clegg, H. A.: *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Rowman & Littlefield, Totowa-New Yersey, 1972, págs. 348-349. Traducción, Clegg, H.A.: *El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva* (1976), Madrid, MTSS, 1985.

[44] Carnelutti, F.: *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, (1ª ed.), 1928, págs. 108 y sigs.

también aparece como un negocio jurídico de base negocial, en la medida que es un instrumento de composición de intereses, aunque sean colectivos y constitutivos de una síntesis selectiva de intereses individuales. Como ha sido advertido, la persistente dificultad de construcción jurídica puede ser por tanto imputada en parte a la terca tendencia de las escuelas jurídicas tradicionales a elevar las propias definiciones de los mecanismos normativos a esencia –desatendiendo la realidad existencia de los hechos jurídicos-, a la cual deben reconducirse por necesidad lógica todas las formas de experiencia jurídica[45].

En ocasiones, estas formas de operar encierran –consciente o inconscientemente- verdaderas opciones de política jurídica (de reconstrucción en "modelos" las ideologías subyacentes a la solución de problemas específicos)[46]. La categoría jurídica "convenio colectivo" no representa un concepto abstracto, un "dato" de doctrina pura del derecho, sino una institución como resulta materialmente considerado, por un lado, por las normas positivas –reglas constitucionales y estatales- que la regulan, y, de otro, por la propia configuración que la autonomía privada colectiva le otorga (es sobradamente conocida entre los iuslaboralistas tanto la tendencia del Derecho sindical a desarrollarse por cauces extralegislativos[47] -sin pretensiones de autonomías absolutas respeto de la legislación estatal, que puede asumir una función garantista de tipo promocional- como las dificultades de los legisladores para prever el sistema que finalmente surgirá por influencia de la ley). El propio instituto jurídico ha sido generado por vínculos sociales del todo específicos respecto a la estructura estatal que produce la ley. Se impone así más una reconstrucción tipológica de la realidad que una derivación de los esquemas dogmáticos preconstituidos. De ahí que, con independencia del régimen jurídico-positivo y de las categorías dogmáticas, no se podrá modificar la función económico-social de esta norma pactada, y esta particularísima fisonomía lo ubicará siempre en los límites entre el contrato y la ley.

El reconocimiento pleno de la autonomía colectiva negocial se vincula con el proceso mismo de democratización dentro de la reforma constitucional, permitiendo la participación directa de los sujetos colectivos en la autocomposición de los intereses colectivos o generales. Esta emergencia del Derecho social extraestatal se inserta en un proceso de democratización que supone la transformación de las relaciones de poder en relaciones de autoridad compartida; pero también en un movimiento que se opone al principio de exclusividad del Derecho estatal, afirmando la existencia de otros centros productores de Derecho objetivo y de autointegración social. Esta policentralidad del orden jurídico pone en cuestión el legado del positivismo estatal, que atribuía al Estado moderno el monopolio del poder de creación del Derecho[48].

---

[45] Giugni, G.: "Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)", en *Lavoro legge contratti*, Bologna, Il Mulino, 1989.

[46] Sobre ello, véase la obra extraordinaria de Tarello, G.: *Teorías e ideologías en el derecho sindical*, trad. y est. preliminar de J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2002. Véase Monereo Pérez, J. L., & Fernández Avilés, J. A.: "Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello", en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *13*(1), (2023) pp. 1–76. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7825. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *La concepción realista del Derecho,* Barcelona, Atelier, 2025, pp. 565 y ss., y 897 y ss.

[47] Cfr. Ghezzi, G.: "Giuristi e legislatori nel diritto sindacale e del lavoro italiano", en *RIDL,* 1997, págs. 4-5.

[48] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho*, Estudio preliminar a Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000.

Aún desde el institucionalismo, cabe señalar que en la segunda parte de la obra de Santi Romano (*El ordenamiento jurídico*, trad. S. Martín-Retortillo y L. Martín-Retortillo, Madrid, IEP, 1963, págs. 205 y sigs.) se proporciona un material elocuente para mostrar la falsedad histórica y actual de la tesis del monopolio de las fuentes del Derecho por parte del Derecho estatal. Es harto significativo, que desde la concepción "privatista" del convenio por parte de Sinzheimer, éste encuadrase al convenio colectivo dentro de las formas de creación de derecho por la autonomía de los grupos, cfr. Sinzheimer, H.: *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, vol. 1, 1907, págs. 98 a 101; vol. 2, 1908, págs. 4 a 92. En el modo de pensar de Sinzheimer, las normas del convenio constituyen "derecho objetivo" fundado sobre la convención, un orden especial de derecho (*besondere Rechtsodnung*) sostenido y sancionado de

Se reconoce al convenio colectivo la condición de instrumento de normas jurídicas. Por lo que atiene a nuestro ordenamiento jurídico, puede afirmarse que para que el convenio colectivo informal o de eficacia limitada ostente la condición de fuente de normas jurídicas (reglas convencionales con eficacia objetiva o real) del ordenamiento autónomo no es necesaria la intervención estatal, ya que en virtud de la Constitución -ex art. 37.1- esa fuerza normativa ("vinculante") la tienen por sí mismos. Cuestión distinta es si se desea que el convenio colectivo (que, en tal caso, será normalmente con la finalidad de establecer su eficacia "erga omnes") se integre a todos los efectos en el sistema formal de fuentes del ordenamiento del Estado (configurando un tipo legal específico de convenio colectivo), porque para ello será preciso que el legislador reconozca el producto negocial como perteneciente al Derecho estatal. Pero de lo que no debe haber duda alguna es de que cualquier convenio colectivo válidamente producido por la autonomía colectiva (como fuente de producción normativa originaria según la Constitución) cabe predicar su condición de pertenencia como norma jurídica paccionada al ordenamiento jurídico general. Es manifiesto que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo dentro del ordenamiento en su conjunto.

La Constitución instaura el pluralismo jurídico de las fuentes dentro del sistema constitucional, y con ello delimita un reparto del poder normativo en la sociedad democrática y pluralista que formaliza y conforma. El sistema de las fuentes del ordenamiento jurídico español está diseñado en el texto constitucional, el cual establece las bases fundamentales del sistema jurídico y político, y los distintos centros de producción normativa que confluyen en el ordenamiento jurídico. El sistema formal de fuentes del Derecho en un sistema de constitución-norma jurídica central del orden jurídico no se puede confundir o asimilar con el sistema formal de fuentes del Derecho estatal. Las fuentes profesionales adquieren un espacio autónomo dentro del sistema general de las fuentes del Derecho. Por otra parte, puede compartirse la idea de que el convenio colectivo asume una relevancia específica en el ordenamiento jurídico en razón de su propio contenido, ya que a través del mismo se integra en los principios de tutela del trabajo subordinado, como se dejan explícitos por la Constitución elevada a norma fundamental del ordenamiento jurídico[49].

Nuestro art. 37.1 CE, no se limita a garantizar el derecho a la negociación colectiva como derecho de libertad colectiva/sindical, sino que da un paso más y le reconoce su condición de fuente de producción de normas paccionadas, obligando al legislador a llevar a cabo una garantía de efectividad del derecho presidida por el mandato de llevar a cabo una política promocional o de fomento, que incorpora obligaciones positivas de actuación por parte del legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales (función promocional que, por cierto, está inscrita como rasgo constitutivo en la Cláusula del Estado Social de Derecho y en la función promoción de la política del Derecho Social que corresponde realizar a todos los poderes públicos (artículos 1 y 9.2 CE, señaladamente). Esta garantía de efectiva y política legislativa de carácter promocional contrasta con el giro de nuestro Alto Tribunal en el sentido de desplazarlas por un garantismo "débil" (que parece ignorar el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios) y por una política intervencionista de carácter dirigista como se llevó a cabo en la Ley 3/2012 (que poco tiene que ver con una legislación estatal de fomento al ejercicio del derecho), cuya legitimidad constitucional fue, sin embargo, avalada íntegramente por las SSTC 119/2014 y 8/2015, en cuya argumentación se pone especial énfasis en el carácter ilimitado de las posibles restricciones del derecho por parte del legislador, sin atender a los elementos intangibles del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

forma directa por los factores que lo han producido (*Ein Arbeitstarifgesetz*, 1916, págs. 101 y 39 y sigs.) que aspira a producir efectos sociales que son independientes del consentimiento de los individuos (*Ibid.*, págs. 39 y sigs.).

[49] Giugni, G.: "La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro", en *Lavoro legge contratti,* Il Mulino, Bologna, 1989, pág. 160.

En tal sentido, la Constitución ha reconocido a las fuentes autónomas, con particular referencia a la autonomía de los grupos sociales actuantes en el mundo de las relaciones de trabajo. Ha reconocido la autonomía de las formaciones sociales en una perspectiva pluralista, desechando el "monismo estatalista" ("legalismo" formalista; o, si quiere expresar de una manera particularmente, "positivismo legalista", en cuyo confort le gusta instalarse a cierta doctrina renuente a la teoría crítica) como fenómeno de cierre de toda la experiencia jurídica y en cuanto tal basado en la equiparación entre fuente y soberanía estatal, pareciendo desconocer la condición de norma suprema de la Constitución (que es también norma sobre fuentes, fuente acerca de las fuentes). Como indicara Ehrlich podrá decir que "equivocadamente se cree hoy por muchos que todo el derecho es producto del Estado con sus leyes. La mayor parte del derecho tiene su origen inmediato en la sociedad en cuanto es ordenamiento interno de las relaciones sociales"; el "centro de gravedad del derecho" se encuentra "en la sociedad misma", en el mismo interior de las "formaciones" sociales y asociaciones[50].

Por otra parte, el art. 53 CE provee al derecho fundamental de negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos de una garantía básica como es la garantía de respeto su "contenido esencial" (art. 53.1 CE); lo que permite un control de constitucionalidad (artículos 53.1, en relación con los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución; pero, a su vez, conectados con los derechos consagrados en los artículos ex 28 CE). Sin embargo, dada su ubicación sistemática en la Sección Segunda del Título Primero de la Norma Fundamental, no le alcanza el acceso directo al recurso de amparo como cauce reforzado de control de constitucionalidad; tan sólo podrá acceder al mismo por la vía indirecta –por así decir- de su afectación y conexión con la vulneración de los derechos y libertades garantizados en los artículos 14 a 29 de Constitución[51]. La negociación colectiva es algo más que el acuerdo final (reflejado en un convenio o pacto colectivo) a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va a realizando[52]; es decir, en una *acción comunicativa* y diálogo bilateral entre las partes sociales que intervienen en el proceso de negociación colectiva.

Por otra parte, interesa destacar que el derecho a la negociación colectiva forma parte inseparable del bloque de constitucionalidad regulador de los derechos colectivos/sindicales (artículos 7, 28, 37, 103, 129, 131, etcétera, de la CE). La libertad sindical constituye un *derecho fundamental fuente;* un derecho complejo dotado de apertura hacia otros derechos fundamentales que forman parte de su contenido esencial[53]. Ello permitió afirmar que el legislador ostenta un poder activo en la garantía, concreción y desarrollo del derecho (SSTC 73/1984, 80/2000). La orientación disgregadora entre libertad sindical y negociación no se corresponde con la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE). Sin embargo, paulatinamente el Tribunal Constitucional ha acentuado la consideración

[50] Véase Monereo Pérez, J. L.: «El derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la Constitución)», en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.ª N. (Dir.): Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Granada, Ed. Comares, 2002. También Moreno Vida, M.ª N.: «Estudio del artículo 7 de la Constitución», y Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: «Estudio del artículo 9.2 de la Constitución», en la obra últimamente citada.

[51] Paradigmáticamente, la argumentación jurídica de la SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 224/2000, de 2 de octubre, sobre libertad sindical y negociación colectiva de los funcionarios públicos; y reconociendo este derecho al amparo del contenido esencial de la libertad sindical.

[52] STC 80/2000, de 27 de marzo, fjº.7.

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

del derecho de negociación colectiva como un "derecho esencialmente de configuración legal" (STC 85/2001, 8/2015), contradiciendo el contenido esencial del derecho ex art. 53.1 CE.

Y esta vinculación entre el contenido esencial del derecho de libertad y el derecho a la negociación colectiva lejos de minorar la relevancia de éste, lo que hace es realzarlo, porque la negociación colectiva es una de las armas de las que disponen constitucionalmente los sindicatos (junto con las asociaciones empresariales) como instituciones básicas del sistema de democracia constitucional pluralista (art. 7 CE). De manera que las vicisitudes de cada uno estos tres grandes derechos fundamentales de libertad colectiva/sindical (libertad sindical, derecho de huelga y derecho de negociación colectiva) inciden inmediatamente sobre los demás al conformar un bloque de libertades públicas indisociables que se necesitan mutuamente y que se encuentran en constante interrelación, interdependencia y comunicabilidad, partiendo ya de sus respectivos "contenidos esenciales" (art. 53.1 CE). El Derecho estatal reflexivo y el Derecho social de autonomía constituyen, dentro de la dinámica del conflicto laboral institucionalizado, una expresión jurídica de la *interconexión sistémica relacional* de aquellos dos derechos de libertad.

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

La autonomía colectiva, implica aquí, por decirlo, con Santi Romano, en el significado más amplio y genérico, toda posibilidad de autodeterminación y, en consecuencia, las capacidades activas, los derechos subjetivos. En un significado más técnico y específico, supone, subjetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico, y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades se constituyen por sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros. Implica un despliegue comunicativo e institucional (ordinamental), y no limitándose a establecer normas jurídicas. La autonomía colectiva es en la terminología de la OIT un método o procedimiento de negociación que permite establecer relaciones de diálogo y de intercambio de pareceres entre los interlocutores sociales[54], pero también

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

de reglas y decisiones que permite estructurar sus relaciones colectivas y las normas convencionales reguladoras de condiciones de trabajo por las que se han de regir las relaciones individuales de trabajo.

Es criticable la posición según la cual, mirados desde el punto de vista de un determinado ordenamiento, por ejemplo, el estatal, todos los demás ordenamientos no tendrían, desde ese punto de vista, el carácter de juridicidad –que realmente tienen-, sino que tendrían, en esa perspectiva interna, el valor de meros hechos. Ello daría a entender la premisa previa de que todo ordenamiento considere jurídico (por ejemplo, el estatal) tan solo a sí mismo. Por ello se puede hablar de normas públicas y de normas privadas. Santi Romano precisó que de los convenios colectivos surgen normas que establecen derechos y deberes subjetivos, y que cuando estas normas no se encuentran en las leyes del Estado, esto es, cuando éste no hace más que atribuir en general, eficacia a la autonomía privada, no puede ellas entonces más que dotarse de instrumentos jurídicos que, antes de ser fuentes derecho subjetivo, son fuentes de normas de derecho objetivo. Así cuando se habla de normas jurídicas, se acota la expresión aludiendo a "normas jurídicas públicas", es decir, a las leyes en sentido material, que emanan de sujetos de derecho público, ello sólo quiere decir que aquellas palabras han asumido, por antonomasia, un significado más restringido que el que de lo contrario tendrían y que es siempre legítimo atribuirles, con tal de que se distinga entre una norma y otra (normas jurídicas públicas y normas jurídicas privadas) y sería exorbitante inferior de ello, como con frecuencia se hace, la exclusión de ciertos instrumentos de derecho privado de las categorías de las normas. De este modo la autonomía privada –como la autonomía colectiva que se expresa jurídicamente en los convenios colectivos- son manifestación de esa concepción de autonomía entendida como capacidad de darse un ordenamiento jurídico propio. Ese carácter de la autonomía se localiza no sólo en la voluntad de sus artífices, sino ante todo en el hecho normativo objetivo de la formación de un ordenamiento que tenga ciertos requisitos de independencia y al mismo tiempo de dependencia, es decir, de limitada independencia, de otro ordenamiento. El Estado –lejos del positivismo legalista- no es el principio y fin de toda la vida social y jurídica; y que admitir lo contrario supone renunciar a comprender muchos fenómenos de normatividad jurídica realmente existente[55]. La autonomía colectiva como poder de autodeterminación social y de autorregulación colectiva tiene una legitimidad originaria (aunque ya consagrada en constituciones como la española, artículos 7, 28.1 y 37 CE), ya preexistente como realidad normativa a su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos estatales[56].

En esa perspectiva la autonomía colectiva no puede contemplarse desde un positivismo legalista (que ni siquiera es el defendido por mismo Hans Kelsen, cuyo positivismo es mucho más abierto que otras formas de positivismo petrificado), el cual conduce a una visión estatalista y formalista del fenómeno jurídico que no permite vislumbrar que en los ordenamientos jurídicos construidos desde las Constituciones contemporáneas (como normas fundacionales de los ordenamientos jurídicos)

[55] Romano, S.: "Autonomía", y "Realidad jurídica", en Romano, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2002, págs.15-35, y págs. 259-277, respectivamente, donde alcanza la conclusión de que existen fuerzas sociales con capacidad normativa autónoma creadora; Romano, S.: "Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche", en *ASC,* 1930, I, págs. 27-46. Bajo esa inspiración Giugni construiría su teoría del "ordenamiento intersindical". Véase Vardaro, G.: "Ordenamiento intersindicale e teoría dei sistema", en *GDLRI,* núm. 21 (1984), págs. 1-53; Monereo Pérez, J.L., y Fernández Avilés, J.A.: "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas", estudio preliminar a Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva,* traducción y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Asimismo, Monereo Pérez, J. L., y Fernández Avilés, J. A.: "Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello. *Lex Social",* en *Revista De Derechos Sociales*, *13*(1), (2023), pp.1–76. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7825. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *La concepción realista del Derecho,* Barcelona, Atelier, 2025, pp. 565 y ss., y 897 y ss.

[56] Véase Lyon-Caen, G.: *Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail,* en VV.AA.: Hommage à Paul Horion, Liege-Faculté de Droit de Liege, 1972, pág. 176; Lyon-Caen, G.: "Du rôle des príncipes généraux du droit civil en droit du travail", en *RTDC,* 1974, pág.242.

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

En este sentido la autonomía colectiva, garantizada por la Constitución, es reforzada por una legislación de fomento y apoyo, que comprende las garantías del derecho a la negociación y la eficacia vinculante de los convenios colectivos que nacen de ese poder de autorregulación colectiva bilateral. Pero el convenio colectivo no por ello tiene que perder su condición de *normación pactada,* y que por tanto no puede resolverse en una suerte de asimilación/absorción en el ordenamiento estatal y al servicio de los fines del Estado, como si fuera una norma suya, de origen y dinámica estatal, porque esa asimilación desconocería y socavaría el propio reconocimiento, con todas sus consecuencias legítimas, del derecho fundamental a la autonomía colectiva y el obligado respeto legal a su *propio* "contenido esencial". La autonomía colectiva es también un método de creación de normas emanadas de la esfera privada (art. 53.1 CE, en relación con el bloque constitucional formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Norma Fundamental; y repárese que el art. 53, apartados 1, 2 y 3, de la Constitución se inserta en un Capítulo IV del Título I, que lleva la rúbrica "De las garantía de las libertades y derechos fundamentales", utilizando, así, una noción constitucional amplia de "fundamentalidad" de todos los derechos comprendidos en el Título II de la Norma Fundamental, en análogo dirección plasmada en el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con rango de Tratado Europeo ex art. 6.1 TUE)[57]. Esa concepción amplia de "fundamentalidad" se ha de conectar, de suyo, con el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos de la persona, cuyo eje es la garantía de la dignidad humana.

De ese contenido esencial se infiere, primeramente, que estamos ante un típico derecho de autonomía y de libertad colectiva compartida o conjunta con capacidad de actuación y autodeterminación de los sujetos colectivos, y que ese reconocimiento ex art. 37.1 CE no se limita a reconocer la dimensión normativa que la materializa como fuente de normas paccionadas. Tampoco la legislación estatal debe limitarse a eso, pues tiene que garantizar las condiciones adecuadas para la

[57] *Explicación del Praesidium* de la Convención relativa a la Explicación relativa al artículo 28 (Derecho de negociación y de acción colectiva): Este artículo se basa en el art. 6 de la Carta Social Europea revisada de 1996, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14). "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el art. 11 del CEDH. En lo referente a los niveles adecuados en los que puede tener lugar la negociación colectiva, véanse las explicaciones dadas en relación con el artículo anterior…".
Explicación relativa al anterior art. 27 (Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa): Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (art. 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales. La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea…".

efectividad de este derecho de autonomía colectiva y, también, por supuesto, la garantía de la eficacia vinculante del convenio. La actividad desplegada por la negociación colectiva durante la vida del convenio colectivo no queda difuminada por la garantía legal del derecho y de la fuerza vinculante del convenio: ese carácter pactado del convenio no desaparece durante la vigencia del convenio cual si fuera entregada dentro del ordenamiento estatal, tanto más si este puede ser renegociado y revisado dinámicamente, en un continuum donde el convenio como acto es objeto de renegociación, pues el derecho a la negociación colectiva no queda entre paréntesis, como un derecho de autonomía estático. Esta lógica absorbente de completa estatalización del convenio no se puede deducir necesariamente de la garantía constitucional ex art. 37.1 CE, que dice lo que dice y nada más; pero podría inferirse en cierta medida del desarrollo legal "reglamentista" de las previsiones constitucionales en el Título III del ET, donde se opta por los convenios de fuerza normativa y eficacia general, que presupone una delimitación y control de la mayor representatividad sindical y una intervención penetrante del legislador desde la configuración y la legitimación hasta la conclusión, pasando por todo un procedimiento prefijado como condición de validez del convenio.

Aun así, y pese a todo la subsistencia dinámica de la autonomía colectiva (*v.gr.*, art. 86.1 ET[58], como en las cláusulas de descuelgue y la preferencia aplicativa a través de los artículos 82.2 y 84.2 ET[59]; por hablar de la posibilidad, siempre presente, de negociar Acuerdos Marcos Interconfederales y Acuerdos monográficos sobre materiales concretas, por el cauce estatutario previsto en el art. 83 ET) y la dimensión obligacional del convenio (art. 82.2 ET, art. 85.1 E; art. 86.3 ET, a propósito de la regulación de la ultraactividad del convenio) se refleja en la propia regulación legal del Título III del ET. Aparte del proceso de negociación colectiva inherente en los periodos de consulta-negociación colectiva que pueden concluir con la formalización de un Acuerdo de reestructuración productiva (artículos 40.2º, 41.4º, 44.4º y 9º, 47.1º y 2º, 51, etcétera)[60]. Este tipo de acuerdos de reestructuración ha contribuido, sin duda, a propiciar un dinamismo de la negociación colectiva. Por lo demás, las reformas legislativas desde 1994 en adelante han conducido a instaurar un Derecho flexible del trabajo, que han introducido esas posibilidades de renegociación, revisión, descuelgue e inaplicación, y que también han promovido unas funciones *gestionales* (o de gestión empresarial) del convenio y facultades dispositivas respecto de contenidos reguladores de convenios colectivos vigentes atribuidas a los convenios y acuerdos colectivos de empresa. A ello contribuye, sin duda, el auge del impulso descentralizador hacia la empresa, lo cual entraña –en no pocas ocasiones- la participación-implicación de la instancias de presentación de intereses de los trabajadores en la definición de los objetivos de la empresa y en el proceso de toma de decisiones concernientes a su gestión (incluso en espacios

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

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

[60] Monereo Pérez, J.L.: *Empresa en restructuración y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Comares, 2006; Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 1997; Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable,* Granada, Universidad de Granada-Tesis Doctoral, 2023. https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/83089/100725.pdf?sequence=4&isAllowed=y . Asimismo, Sáez Lara, C.: *Reestructuaciones empresariales y despidos colectivos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; Correa Carrasco, M.: "Autonomía colectiva y reestructuraciones empresariales no extintivas", en VV.AA: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* A Coruña, Mayo de 2021, Madrid, Ed. MTES, 2021; Correa Carrasco, M.: *Convenios y Acuerdos colectivos de trabajo*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Trompson/Aranzadi, 1997; Fabregas Monfort, F.: "El descuelgue del convenio colectivo como medida de flexibilidad interna", en Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J.y Almendros González, M.À. (Dirs.): *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo Derecho del Trabajo Garantista. Estado de la flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva en un marco de reformas laborales,* Ortega Lozano, P.G., y Marín Alonso, I. (Coords), Granada, Ed. Comares, 2022.

antes reservados al poder exclusivo del empleador, como las materias relativas a la incorporación de las tecnologías, decisiones sobre la subcontratación –o más ampliamente externalización productiva y funcional-, materias relativas a formas de colaboración y asociación interempresarial, los asuntos económicos y el desarrollo de la actividad en el mercado). Se refuerza la idea del carácter paccionado y la dimensión obligacional del mismo en coherencia con la lógica propia de actuación autorreflexiva de la autonomía colectiva sin cuestionar necesariamente su dimensión normativa, pues el convenio colectivo no deja su función de crear normas y reglas de ordenación de las relaciones laborales; más bien esa dimensión obligacional contribuye la efectividad del convenio colectivo en su conjunto, como un todo (y reflejaría la idea de que el convenio colectivo no puede dividirse en compartimentos estancos)[61]. Todo ello sin incurrir en la ilusión de una pretendida suficiencia de una renovada revalorización del *"laissez faire colectivo"*, como alternativa –ya fracasada en la experiencia de los países de tradición anglosajona- al necesario papel de la ley no sólo en la garantía indispensable de todos los derechos sociales de "desmercantilización"[62], sino también en su función garantista y promocional del propio derecho a la negociación colectiva (en el marco del bloque normativo regulador de los derechos colectivos/sindicales). En este sentido la negociación colectiva es medio para neutralizar las desigualdades producidas por orden socioeconómico dominado por la globalización neoliberal y por la financiarización de la economía. Las desigualdades sociales derivan de la diversidad de condiciones económicas, materiales y culturales. Y las desigualdades no justificadas deben de ser suprimidas o reducidas para garantizar la dignidad humana en su dimensión social y garantizar el pleno y libre desarrollo de su personalidad (artículos 10.1 y 9.2 –que nos interpela en términos de igualdad social o sustancial- de nuestra Norma Fundamental). Pues bien, la negociación colectiva

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

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

se inserta en ese proceso de lucha contra las desigualdades y desventajas sociales, respetando, sin embargo, las diferencias justificadas que son también consecuencia de una sociedad pluralista. Por tanto, la eliminación y la reducción de las desigualdades sociales son plenamente compatibles con la tutela de las diferencias justificables entre los seres humanos. En este sentido se inserta el papel de la legislación pública y la negociación colectiva en la lucha contra las desigualdades por razón de género. Y es de señalar que la negociación colectiva deberá ocuparse de garantizar el ejercicio de todos los derechos de la persona en las relaciones de trabajo, se trate de derechos genéricos o inespecíficos, o se trate de derechos sociales inherentes a la dimensión social de la democracia constitucional. Todos son derechos de la ciudadanía sociolaboral y son derechos inescindibles o indivisibles cuyo eje pivota sobre la dignidad de la persona. La función de equilibrio transaccional de la negociación colectiva permite conciliar la tutela de los más débiles frente a los más fuertes; y permite también alcanzar acuerdos como síntesis de aspiraciones diferenciadas entre los sujetos involucrados en el mundo del trabajo[63].

Ello está presente en la reacción ideológica contra el individualismo en el Derecho privado, a través de la introducción de la "idea social"[64]. Un exponente, entre muchos que podrían citarse y que están en la mente de todos, es el art. 85, apartados 1º y 2º del ET, sobre el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el Capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Pero también teniendo en cuenta que la propia negociación colectiva está sometida al respeto del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación consagrado en la Constitución (señaladamente, artículos 14 y 9.2 CE), en las Normas internacionales y en el sistema legal[65]. La negociación colectiva colabora a la transformación y producción del Derecho, tanto para la garantía en el sistema de relaciones laborales de los derechos de libertad, como para la garantía de los derechos sociales (derechos de igualdad sustancial, sin los cuales aquéllos no pueden tampoco realizarse

[63] Decía Hugo Sinzheimer que en el Derecho del Trabajo "reconocemos las nuevas líneas fundamentales del que llamamos nuevo Derecho Social del Trabajo. Partiendo de la concepción de que todo trabajo humano es una cuestión social, y que el trabajador tiene un existir social concreto, se aspira a una forma social de trabajo que domine las esferas colectivo-económicas, y en que las especiales necesidades y aspiraciones de los trabajadores, determinadas por su situación social, pueden encontrar satisfacción". De este modo se dispone de "las piezas para la construcción de la esfera colectivo-económica que ha de superar a las economías individuales. Se desarrollará por la cooperación de fuerzas sociales y estatales. Contratos de tarifa [convenios colectivos] y comunidades de trabajo, cuerpos de administración económico autónomos y órganos de Consejos, todos siguen una tendencia. Por encima del dominio privado de los medios-económicos y fábricas, surge un nuevo derecho colectivo al que se transfiere, en medida creciente, el derecho de dominio económico para la administración a través de sus órganos". Cfr. Sinzheimer, H.: "El perfeccionamiento del Derecho del Trabajo" (1922), en Sinzheimer, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo,* trad., y estudio preliminar por F. Vázquez Mateo, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, pág. 63.

[64] Solari, G.: *Filosofía del Derecho privado. II. La Idea Social,* O. Caletti, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1950, especialmente, Capítulo I, págs. 1 y sigs., 337 y 374 y sigs.

[65] Por ejemplo, STC 27/2004, fj. 4 y 7. Véase la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, artículos 4 ("El derecho a la igualdad de trato y no discriminación"), 9 ("Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena"), 10 ("Negociación colectiva"), 11 ("Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia", con referencia también a los "acuerdos de interés profesional") y 12 ("Derecho a la igualdad de trato, a la no discriminación e intolerancia en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico"). Es de destacar que el art. 10 impone a la negociación una doble obligación: *obligación negativa* de respetar el principio de igualdad y el derecho de no discriminación, y al propio tiempo la *obligación positiva* de fomentar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo a través de acciones positivas.
Puede consultarse, Valdés Dal-Ré, F.: *Igualdad de género y relaciones laborales entre la ley y la negociación colectiva,* Madrid, Ed. Reus, 2010, especialmente, págs. 61 y sigs.; Molina Hermosilla, O.(Dir.): *Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género,* Granada, Ed. Comares, 2012.

plenamente). Y esta concepción resulta coherente con la concepción postulada por la OIT en diversos instrumentos normativos, Declaraciones e Informes institucionales de valor político jurídico[66], en los cuales la OIT defiende la negociación colectiva como instrumento de superación de las desigualdades intolerables en el mundo del trabajo y de recuperación de los hoy cuestionados equilibrios de poder en el sistema de relaciones laborales. Pero también un cauce comunicativo para abordar las transiciones tecnológicas y ecológico-ambientales que presiden el mapa geopolítico y social de nuestros días. Postula también la extensión del derecho a la negociación colectiva para los trabajadores de todas las clases (por cuenta ajena y dependientes; y autónomos) como objetivo a perseguir progresivamente como parte de la garantía integral del "trabajo decente". Para lo cual hay que encontrar un nuevo equilibrio entre las fuerzas sociales entre sí (que toma como punto de partida el fortalecimiento de la identidad y subjetividad colectiva de la representación de los trabajadores de todas clases, como contrapeso de la exacerbación actual de los poderes de los empresarios, teniendo en cuenta los procesos de fragmentación de las clases trabajadores en la coyuntura histórica actual y la exigencia de recomponer identidades del trabajo más complejas y diversificadas), y el fortalecimiento de las estructuras garantistas propias del Estado Social de Derecho, devenido –en numerosas vertientes- en "Estado de Mercado" o "Estado de competencia económica"[67].

En todo ello, como muestra la experiencia histórica, adquiere un papel fundamental los derechos de actividad colectiva/sindical: la negociación colectiva, la huelga, la autotutela colectiva a través de la articulación de procedimiento de solución autónoma extrajudicial de los conflictos de trabajo y asimismo la acción sindical en la empresa desde la lógica de acción colectiva interdependiente de reivindicación y de participación-implicación en los procesos de toma de decisiones empresariales. Por ello es necesario repensar la función del sindicato y en general el rol de los interlocutores sociales, lo que nos lleva a repensar los pilares en los que se asienta –y ha de asentar- el sistema democrático de relaciones laborales en una sociedad profundamente cambiada, tanto en las transformaciones de las fuerzas productivas de la sociedad (que abarca las nuevas tecnologías) como en lo que se refiere a las nuevas formas de organización del poder y de las estructuras empresariales (centralizadas y descentralizadas bajo nuevos métodos de articulación) y organización del trabajo flexible en las mismas. Esto no es sino revitalizar y renovar –al mismo tiempo- los fundamentos de la constitución democrático-social del trabajo, es decir, la "constitución del trabajo" vigente en la Constitución

[66] Por ejemplo, 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
En este Documento-Informes se plantean los desafíos de los sindicatos: Si bien las nuevas formas de empleo conservan algunos aspectos de las formas tradicionales (por ejemplo, las dinámicas de control y dependencia entre el empleador y el empleado no han desaparecido), existen nuevas características que vale la pena considerar. Los sindicatos deben reconsiderar el paradigma tradicional de negociación y elaborar nuevas formas de negociación colectiva que impliquen la negociación entre el sindicato y un lugar de trabajo, en lugar de un empleador o sector específico. Para sobrellevar los cambios de un mercado de trabajo globalizado es necesario que los sindicatos adopten un enfoque consensuado. Uniéndose, los sindicatos podrán tener más poder de negociación con las multinacionales y serán más capaces de empoderar a aquellos que no tienen poder. Además, sería recomendable emprender mayores esfuerzos para transferir una parte de los beneficios de la globalización de las empresas a los trabajadores. Ejemplo de ello es el caso de los Países Bajos, donde los sindicatos negociaron exitosamente con los empleadores la formalización de contratos a tiempo parcial que incluyeran las precondiciones de igualdad de trato y acceso equitativo al sistema de seguridad social. En la actualidad se ponen a prueba varias opciones para integrar estos cambios en el sistema. Varias organizaciones recientemente creadas intentan idear maneras eficientes de alcanzar estos objetivos (*Ibid*., págs. 16-17).

[67] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, especialmente, págs. 9 y sigs., y Capítulo II ("Las tendencias evolutivas en la larga duración: del Derecho Social del Trabajo clásico (garantista) al Derecho Flexible del Trabajo"), págs. 29 y sigs.; 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.

jurídica que formaliza el Estado Social de Derecho (en breve y en términos de "condensación" de fines fundacionales, artículos 1, 7, 9, 10, 28, 35, 37, entre otros, de la CE); y hacerlo en desde una racionalidad jurídica garantista evitando su desplazamiento por una racionalidad jurídica economicista. La negociación colectiva es un poder colectivo que puede tener una capacidad de incidencia en los procesos de transformación social y en las políticas encaminadas hacia la igualdad y la democracia sustancial en un momento donde las fracturas sociales son particularmente intensas y con ellas el mayor riesgos de detrimento de la cohesión social necesaria para transitar en una democracia constitucional con Estado Social de Derecho, donde el Derecho opera como una técnica que no se limita sólo a neutralizar e institucionalizar los conflictos, sino que –atendiendo a esa realidad existencial- puede ser un elemento promocional de las condiciones materiales de la libertad (en el sentido del art. 9.2 CE). Un *Derecho viviente* como es la negociación colectiva puede permitir la búsqueda de soluciones justas y equitativas. Su misma autonomía (colectiva) es la forma que adopta el procedimiento negociador y la creación de derecho objetivo propio para diferenciarse del resto de los sistemas parciales que integran el sistema social en su conjunto. Dentro de los espacios de poder en la acción de las organizaciones de intereses el conflicto adopta la forma de una doble lógica de producción y de redistribución, donde pasa a un segundo plano la figura del sujeto jurídico abstracto y emergen las figuras concretas de los trabajadores (activos y pasivos) y los empleadores. El carácter bilateral –que caracteriza a la negociación colectiva- refleja el compromiso social subyacente: no hay superación del conflicto en sí, sino su institucionalización jurídica y la continuación del conflicto bajo la condición constitucional ex art. 37.1 de que haya una renuncia compartida a aniquilar al otro. Con la virtualidad de que la autonomía colectiva posee una flexibilidad bastante más superior a la que se le suele atribuir desde algunos analistas situados en los parámetros del análisis económico del Derecho[68]. Y esta cualidad resulta valiosa ante las transformaciones que se producen en las fuerzas productivas (incluidas las nuevas tecnologías en su fase actual propia de la cuarta revolución industrial, con los proceso de robotización y expansión de la inteligencia artificial) y cierto recrudecimiento de los conflictos en un mundo económico dominado por las grandes corporaciones transnacionales en el marco de la globalización neoliberal de la economía y un cierto declive del Estado Social localizado en el espacio geopolítico nacional, lo cual pone límites intrínsecos a la efectividad de la producción legislativa que lo había caracterizado en épocas pasadas. Estos factores de base objetiva pueden propiciar que el conflicto sociolaboral como tal se pueda hallar fuera de las instituciones. Para reconducirlo en términos de recuperación de pacto social implícito al Estado Social es posible pensar en las virtualidades que ofrece una negociación colectiva de proximidad a todos los niveles, incluidos los supranacionales (proximidad no solo locativa, sino también de adecuación funcional para resolver los problemas socio-económicos planteados); una negociación colectiva que ha de mantener necesariamente una interrelación permanente entre los Estados y las instancias políticas internacionales más cercanas como la Unión Europea y el Consejo de Europa en el horizonte de construir una sociedad solidaria e inclusiva, porque las causas de los conflictos permanecen intactas e incluso es permitido afirmar que se han incrementado. Y no es difícil advertir del creciente malestar que atraviesa las sociedades contemporáneas. En este sentido el derecho a la negociación colectiva es un derecho que puede ser concebido y presentado como un cauce práctico de transformación y estructuración de una nueva sociedad solidaria y participativa; con objetivos inmediatamente alcanzables en la medida en que está conectado con un fundamento normativo ya vinculante para garantizar su efectividad (en virtud de la Constitución, la legislación pública, o del ejercicio de la autonomía colectiva sin necesidad de ninguna mediación posterior). Ello evoca un horizonte de autogobierno de interrelación libre entre los sujetos partícipes o involucrados en el proceso negociador, buscando lo común y ordenando y regulando de manera equilibrada lo que es una organización de intereses colectivos diferenciados (o incluso antagónicos desde el punto de vista estructural al sistema de la sociedad contemporánea). Autorregulación de la complejidad que se hace cada vez más difícil ante la mutación en la naturaleza

[68] Por ejemplo, Posner, R.A.: *El análisis económico del Derecho,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998, págs. 306 y sigs., y 431 y sigs.

de la producción, el trabajo y el capital y los límites de intervencionismo estatal de regulación y cobertura promocional de la autonomía colectiva (derecho reflexivo estatal) en un contexto de globalización neoliberal.

Y la apertura del sistema español de negociación colectiva hacia un carácter más abierto y dinámica se refleja igualmente, y en todo momento, en la posibilidad de actuación autónoma colectiva al margen del ET, y singularmente –pero no exclusivamente- para negociar convenios colectivos de eficacia limitada ("extraestatutarios"). Es decir, también hay un espacio de libre desenvolvimiento para la autonomía colectiva, incluso al margen del ET como fuente autónoma comunicativa de interlocución y diálogo deliberativo con la posibilidad de llegar a convenios y acuerdos colectivos no insertos en el ordenamiento jurídico estatal (propiamente se podría hablar de los convenios colectivos extraestatutarios, de eficacia subjetiva limitada, como convenios sindicales "extraestatales", pero con amparo constitucional ex art. 37.1 CE en relación con los artículos 7 y 28.1 del Texto Constitucional; SSTC 58/1985, 108/1989). Se hace visible que la autonomía colectiva negocial es una realidad preexistente que reconoce y garantiza el art. 37.1 CE y que es capaz de operar más allá de la intervención legislativa de carácter garantista y promocional, que viene exigida por el mandato constitucional ex art. 37.1 ET ("La ley garantizara […] la fuerza vinculante de los convenios"), pero contando con un cierto margen de opciones de política del Derecho para promoverla y garantizar su ejercicio efectivo y su eficacia jurídica. No obstante, esa garantía legal no tiene por qué impedir o mermar la capacidad creadora y de innovación de los protagonistas titulares del derecho a la negociación colectiva: se acabarán expresando y desenvolviendo más allá de cualquier encorsetamiento legal al estar en posesión de un derecho de autonomía social (un derecho de libertad colectiva).

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

En este orden de ideas, cabe observar que 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 dentro de la tradición del constitucionalismo democrático social.

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)[69]. La negociación colectiva y

[69] 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

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[70]. En su momento, la doctrina habla de la fuerza del convenio colectivo como ley en sentido jurídico-material[71]. 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.

El convenio colectivo no ha actuado solamente como mera reglamentación externa (actuando como "ley profesional") de los contratos de trabajo, 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)[72], 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

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.

[70] 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`a la 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 (Colección 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. Sobres 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.

[71] 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,* trad. Adolfo Posada, Ramón Jaén, y Carlos G. Posada, edición y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en Léon Duguit" (pp. XI-XXXIX), por J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2007. El propio Gallart hace referencia a estas teorías, 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.

[72] 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. Georges Gurvitch había acentuado este rasgo de autorreflexividad, sin utilizar esta terminología, dentro de su concepción del derecho social autónomo extraestatal, Véase Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, págs. 29 y sigs., 83 y sigs., 151 y sigs., y Capítulo IV ("Derecho social y sociedad democrática: el derecho social en la constitución jurídica de la democracia participativa"), págs. 157 y sigs.; Ibid., *Pluralismo jurídico y Derecho Social; La sociología del Derecho de Gurvitch,* estudio preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de Sociología Jurídica,* edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001, págs. XIII-CXLVI.

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, etcétera-, 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.

Se debe hacer notar que la amplísima libertad de negociación colectiva garantizada en los artículos 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[73]. 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

[73] Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La negociación colectiva en España: un modelo de negociación colectiva para el siglo veintiuno,* Barcelona, Atelier, 2024, Capítulo 4 ("Las funciones y contenidos de la negociación colectiva en la sociedad del riesgo, postfordistas y digitalizada"), págs. 101-176, y Capítulo 6 ("Nuevos desafíos de la negociación colectiva y propuestas de "lege ferenda" de carácter promocional y racionalizador: La paulatina redefinición del modelo de negociación colectiva estatutaria"), págs. 289-344.

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"*[74]. 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[75], a través de normas que se configuran como máximos insuperables o que excluyen la intervención reguladora del convenio colectivo)[76] 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 internomativa 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)[77].

Por otra parte, hay que evitar la tentación de establecer compartimentos estancos en las relaciones entre las instancias de participación de los trabajadores en las empresas (sean simples o de estructura económica y jurídica compleja) y la negociación colectiva, no sólo por el hecho de que la negociación es en sí misma una forma de limitación de los poderes empresariales y un instrumento de mejora de los derechos de información, consulta y vigilancia, sino también porque la negociación colectiva es un procedimiento de democracia social participativa de *codeterminación negocial* entre interlocutores sociales con intereses contrapuesto. Y ello es importante porque supone que la negociación colectiva constituye un cauce privilegiado de *democracia industrial* que incide no sólo en las decisiones sobre el trabajo, sino también en los sectores económicos, tecnológicos y organizativos que están involucrados en la realidad de la empresa (tanto de estructura simple, como de estructura organizativa compleja[78]). La ordenación y las decisiones relativas a las fuerzas productivas

[74] 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).

[75] 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, especialmente, Capítulo V, págs. 169 y sigs.

[76] No debe eludirse las fuertes tensiones e interferencias –de las que se han podido deducir límites para la negociación 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 Jiménez, N.: "El reconocimiento internacional y europeo del derecho a la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. (Dirs.) y Tomás Jiménez, N. (Coord.): *El Sistema de Negociación Colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, págs. 45-75, y las sentencias del TJUE y la bibliografía allí citada.

[77] 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, Ed. Comares, 1ª ed., 1998, págs. 98 y sigs.; Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N.: "Estudio del artículo 3 ET: Fuentes de la relación laboral", en Monereo Pérez, J.L.: *El Nuevo 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.

[78] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 1997; Monereo Pérez, J.L., y Ortega Lozano, P.G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021, págs. 15 y sigs., y Capítulo XVI ("La negociación

(entre las que se encuentran la tecnología de elaboración de los algoritmos -gestión algorítmica- y el uso de la Inteligencia en la organización del trabajo y en la actividad de la empresa en su conjunto) no le son en absoluto ajenas, como puede comprobarse en los contenidos de los grandes Acuerdos Interconfederales[79] y en los convenios colectivos sectoriales y de las grandes empresas. Instancias de participación y procedimientos de negociación colectiva (democracia social comunicativa) forman parte de la "constitución del trabajo" en las organizaciones productivas. La instancias representativas y de participación confluyen en la exigencia establecer limitaciones de los poderes empresariales (incluidos los poderes digitales de los empleadores) y a diseñar instrumentos que permitan una influencia real de los trabajadores en la empresa y a establecer garantías de transparencia y control colectivo/sindical de las decisiones de gestión que incidan en la modificación de las estructuras empresariales y en la incorporación de la gestión algorítmica y el uso de la Inteligencia Artificial. Derechos colectivo/sindicales como los establecidos en el artículo 64.4.d) y 64.5 *in fine* del ET (derecho de información y consulta algorítmica), no pueden entenderse como algo restringido a la influencia institucionalizada en las decisiones empresariales, sino también como herramientas necesarias para que las representaciones sindicales y unitarias puedan negociar colectivamente con pleno conocimiento de causa, sobre el diseño de las nuevas tecnología y su impacto en las relaciones de trabajo en la empresa y lugares de trabajo. Por otra parte, ese nexo de unión puede evitar una de las tendencias que están presidiendo las últimas décadas, a saber: el hecho de que las estructuras de participación que se fomentan institucionalmente parezcan promoverse más en razones *funcionales* (básicamente, la garantía del buen funcionamiento del aparato productivo y mayor competitividad de las empresas) que *democrático-estructurales* (el esquema clásico de la humanización y democratización del trabajo en la empresa). No sin las tensiones propias de la lógica conflictiva de las relaciones laborales, el sindicato asume un espacio de participación y codeterminación, en un contexto en que la autoridad y las prerrogativas de los empresarios han encontrado nuevas formas de legitimación de dichas prerrogativas, lo cual confiere un mayor consenso y aceptabilidad de la autoridad empresarial que toma en consideración distintos intereses en juego. El modelo de interacción entre los interlocutores sociales conduce desde hace tiempo a que el sindicato (de forma directa o través de instancias de representación unitario) mantenga un equilibrio entre la participación en la gestión de la empresa (que no le es ajena) y la codeterminación negocial a distintos niveles (nivel de empresa, de sector, nacional e internacional). Se señaló que "uno de los retos más importantes que determinan el porvenir del sindicalismo es el dominio del conocimiento económico y de la gestión de las empresas. Se trata de la apropiación por parte de los trabajadores de la cultura económica que les permitirá democratizar la gestión de las empresas y de la económica […]. Entre la definición de nuevos derechos de ciudadanía que deben ser reconocidos en el lugar de trabajo hay que incluir la redefinición de los derechos fundamentales en la empresa, los derechos de información y la democracia económica. No se pone en duda la necesidad de garantizar los derechos de información permanente para romper el monopolio de la información y del conocimiento, como condición para superar la subalternidad cultural y hacer efectiva la participación, y como medio instrumental para asegurar una adecuación permanente de la tutela sindical frente a las continuas innovaciones tecnológicas y organizativas"[80]. Pues bien, en el método de "participación" en las decisiones empresariales por medio de la negociación colectiva

colectiva en los nuevos sistemas productivos: Especial referencia a los grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas"), págs. 459 y sigs.

[79] Paradigmáticamente, Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870.

[80] Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Tecnos, 1992, págs. 48 y 56-57, poniendo de relieve que "en las formaciones sociales del capitalismo avanzado el sindicato asume un doble papel en orden a organizar la identidad colectiva de las clases trabajadoras: como *agente económico negociador* y como *vehículo instrumental de participación* sociopolítica en los distintos niveles de la formación social. El movimiento sindical plantea en cada momento histórico el marco estratégico de encuentro con la clase empresarial y con el propio poder público, pero éste se inscribe en un determinado sistema de relaciones laborales" (Ibid., págs. 58-59; y ampliamente, págs. 77 y sigs.

la decisión es realmente conjunta. Reside en acuerdos que son fruto de una negociación. Hay, pues, codecisión negocia, pero no cogestión institucional, ya que las decisiones de que se trata se refieren a cuestiones específicas y no al conjunto de problemas que dependen de la administración de la empresa, aunque existe la tendencia a que la negociación actúe como un mecanismo de influencia en las prerrogativas de la dirección empresarial, a lo que no permanece ajeno el enriquecimiento progresivo de los contenidos de los convenios y pactos de empresa. Existe aquí un fenómeno de codecisión negocial entre las contrapartes sociales. Existe una tendencia creciente a que la negociación colectiva entre en la regulación de materias económicas, organizativas y tecnológicas tradicionalmente consideradas como prerrogativas exclusivas de la dirección, para las cuales sólo cabía dar entrada, como instrumentos de influencia en las decisiones empresariales a ellas concernientes, a los derechos de información y consulta -mecanismos considerados no conflictivos de participación en la gestión-. Los procesos de reestructuración permanente de las empresas se vienen traduciendo en una cierta concertación sobre la gestión del cambio industrial. El método de negociación colectiva es un cauce importante de influencia de los sindicatos en las decisiones empresariales y, por consiguiente, ejerce una fuerza de atracción funcional respecto del conjunto de los diversos instrumentos participativos institucionalizados en sentido amplio[81]. En cualquier caso, el sindicato está llamado a tener un papel protagonista tanto en las instancias de participación institucional como en la negociación colectiva como instrumento de codecisión negocial.

Resultan muy significativas las previsiones del V Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante V AENC), suscrito por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional CCOO y UGT y las organizaciones más representativas a ese nivel de los empresarios CEOE y CEPYME y con vigencia de tres años (2023-2025)[82]. El Acuerdo tiene una *naturaleza y configuración jurídica de carácter obligacional*, creando obligaciones entre las partes firmantes respecto a los compromisos adquiridos en el mismo y estableciendo pautas a seguir y compromisos entre las partes sociales. En este V AENC no sólo se han regulado materiales salariales (sin perjuicio de que éstas adquieran una especial centralidad en este V AENC) y contractuales, sino que se ha pretendido una dinamización de la negociación colectiva y un enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos: incluye la temática de la transición digital y ecológica, y el trabajo a distancia (con la centralidad del teletrabajo) y el redimensionamiento de los programas de formación y derechos digitales como el derecho a la desconexión digital (Capítulo X del V AENC).

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

[81] Monereo Pérez, J.L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* Madrid, Tecnos, 1992, págs. 119-126; Ibid., "Derechos a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa (artículo 27)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012, págs. 597-634; Ibid., Los derechos a la información y a la consulta en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el sistema de los Tratados Fundacionales de la Unión Europea. *Empresas Y Trabajadores: Revista De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*, (1), (2025) 33–92. https://doi.org/10.37417/RET/1-2025_2.

[82] Cfr. Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. «BOE» núm. 129, de 31 de mayo de 2023 Referencia: BOE-A-2023-12870. Para la perspectiva sindical "desde dentro", véase Vicente Peralta, M.C. y Olmos Mata, R.: "Una lectura sindical del V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva", en *Revista de Derecho Social,* núm.102 (2023), págs.187-2021.
A principios de 2026, los sindicatos presentaron sus propuestas y plataformas reivindicativas para negociar el que sería el nuevo VI AENC (planteando subidas salariales del 4% anual y reducción de jornada), pero el documento definitivo de este nuevo acuerdo no ha sido aprobado por divergencias entre los interlocutores sociales.

— El teletrabajo como forma de organización del trabajo se encuentra regulado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD), implementando el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social tripartito[83]. (Capítulo X Teletrabajo).

— El derecho a la desconexión digital es la limitación del uso de las nuevas tecnologías fuera de la jornada específica para garantizar el tiempo de descanso, festivos y vacaciones de las personas trabajadoras. Este derecho contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando otras medidas reguladas en esta materia. (Capítulo XI Desconexión digital). Está en proceso de elaboración una Propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión digital, que abre espacios a la negociación colectiva[84].

— Pero el marco de referencia estratégico es el proceso estructural transición tecnológica, digital y ecológica (Capítulo XVI Transición tecnológica, digital y ecológica, que incide tanto en un enfoque de los derechos como en el tratamiento de las diversas formas de flexibilidad interna). La introducción de nuevas tecnologías en la organización del trabajo es una inversión estratégica básica para el futuro de las empresas y para el incremento de su productividad y competitividad. La implantación de las tecnologías digitales aporta claros beneficios tanto para las empresas como para las personas trabajadoras en la medida que supone nuevas oportunidades de trabajo, aumento de la productividad, nuevas formas de organizar el trabajo, así como en la mejora de la calidad de los servicios y productos si bien, al mismo tiempo, comporta retos como consecuencia de su impacto en las condiciones de trabajo. Con el objetivo de favorecer una transición justa, inclusiva y beneficiosa para todas las partes, es fundamental que los convenios colectivos sectoriales y de empresa incorporen medidas para hacer frente a estos retos, en línea con lo recogido en el *Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización*[85] y en este AENC, adaptándose estas medidas a las realidades de cada sector, actividad y empresa y anticipándose a sus impactos en los centros de trabajo.

En desarrollo de dicho Acuerdo Marco, firmado por los interlocutores sociales europeos, las partes firmantes del V AENC se considera que los convenios colectivos de sector y de empresa *deben promover e impulsar la transformación digital* en el lugar de trabajo en el marco de procesos participativos y se estima oportuno que establezcan procedimientos concretos de información previa a la representación legal de las personas trabajadoras, de los proyectos empresariales de digitalización y

[83] Véase López Vico, S.: El modelo de regulación legal y convencional del trabajo a distancia en España e Italia, Murcia, Laborum, 2025, *passim*.

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

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

de sus efectos sobre el empleo, las condiciones de trabajo y las necesidades de formación y adaptación profesional de las plantillas, apostando por la formación continua para la mejora de las competencias digitales de las personas trabajadoras que facilite esta transición en la empresa. Asimismo, se impulsará desde la negociación colectiva una política de igualdad de oportunidades para asegurar que la tecnología digital resulte beneficiosa para todas las personas trabajadoras, superando la brecha por edad. Igualmente, se fomentarán medidas de acción positiva para *evitar la brecha digital entre mujeres y hombres*, particularmente en competencias avanzadas, garantizando los procesos de formación necesarios para la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo como consecuencia de las transformaciones digitales de la empresa, con los criterios que las normas laborales establecen.

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

Inteligencia Artificial (IA) y garantía del principio de control humano y derecho a la información sobre los algoritmos La IA de manera progresiva tendrá un impacto significativo en el mundo laboral y, si no se hace un uso correcto y transparente, podría llevar a adoptar decisiones sesgadas o discriminatorias relativas a las relaciones laborales. En línea con lo previsto en el Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización, el despliegue de sistemas de IA en las empresas deberá seguir el principio de control humano respecto a la IA y ser seguro y transparente. Las empresas facilitarán a los representantes legales de las personas trabajadoras información transparente y entendible sobre los procesos que se basen en ella en los procedimientos de recursos humanos (contratación, evaluación, promoción y despido) y garantizarán que no existen prejuicios ni discriminaciones. En el ámbito del diálogo social tripartito español se acordó, en el Real Decreto-Ley 9/2021 de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, incorporar una letra d) en el artículo 64.4 del Estatuto de los Trabajadores relativa al derecho a la información sobre los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles. La negociación colectiva debe desempeñar un papel fundamental estableciendo criterios que garanticen un uso adecuado de la IA y sobre el desarrollo del deber de información periódica a la representación de los trabajadores. El despliegue de sistemas de IA en las administraciones públicas debe seguir igualmente el principio de control humano y ser seguro y transparente. En base a lo anterior, las Confederaciones firmantes del Acuerdo instamos al Gobierno para que facilite a los interlocutores sociales, a través de los órganos de participación institucional, la información suficiente que garantice la transparencia digital y algorítmica, en especial de aquellas fórmulas que configuran los aplicativos vinculados a las relaciones laborales y a la protección social.

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

No es baladí subrayar la relevancia que en la perspectiva de política del derecho de la autonomía colectiva tiene ese "marco" europeo en que se inserta este Acuerdo y en particular el Acuerdo marco europeo sobre digitalización (suscrito al amparo del art. 155 TFUE, sobre dialógico social bilateral y acuerdos colectivos celebrados a nivel europeo)[86].

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

Ante este proceso de internacionalización la negociación colectiva transnacional puede ser una respuesta a estos nuevos desafíos. Debe avanzarse por los propios interlocutores –con políticas de fomento de las instancias políticas de la Unión Europea, pero también de la Organización Internacional del Trabajo- en esa dimensión transnacional adquirida a través de la negociación colectiva organizada a escala europea. Ello implica un fortalecimiento del sindicalismo (pero también de las organizaciones profesionales de los empresarios) para la acción transnacional e impulsar acuerdos colectivos en las relaciones laborales en un espacio que van más allá de las fronteras estatales. Si no se adopta esta perspectiva de más largo alcance –sin necesidad de esperar a las políticas de fomento de las instituciones internacionales, por otra parte, deseables por las insuficiencias intrínsecas de un pretendido *laissez-faire colectivo* autosuficiente- podemos encontrarnos ante un escenario de debilitamiento progresivo

[86] Para una valoración de conjunto, Baz Rodríguez, J.: "El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización", VV.AA.: *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Baz Rodríguez (Dir.) Wolters Kluwer, 2021; Sepúlveda Gómez, M.: "El Acuerdo Marco Europeo sobre digitalización. el necesario protagonismo de la norma pactada", en *Temas Laborales*, núm.158/2021, págs. 213-244; Rocha Sánchez, F., "El (emergente) papel del diálogo social en la gobernanza de la dimensión laboral de la digitalización", Cuadernos de relaciones laborales, Vol. 40, Núm. 2, 2022, págs.367-385; Almendros González, M. A.: "Nuevas tecnologías y derechos digitales laborales en la negociación colectiva", *Trabajo y derecho*, núm. 83, 2021.

de la negociación colectiva y del ámbito de cobertura de los convenios colectivos. Y tras ello el declive del poder sindical sin la heteronomía estatal garantista y de fomento; intervencionismo público que *impone* el constitucionalismo democrático social con Estado Social de Derecho (paradigmáticamente, artículos 1, 9.2, 10, 28, 37, 53, entre otras disposiciones de nuestra Constitución).

Probablemente la autonomía colectiva –como poder bilateral de regulación y de gobernabilidad- ha de formular sus propios códigos de conducta y establecer mecanismos adecuados para llevarlos a la práctica sincronizando la acción internacional y a las acciones a escala estatal y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Hay que buscar una realización del principio de correspondencia nivel de negociación-estructuras de los poderes decisionales de las grandes empresas transnacionales. Ya se sabe que las relaciones colectivas/sindicales son relaciones de poder operantes en el mundo de las relaciones económicas y de las políticas de gobierno de la economía. Clásicamente se advirtió, tras una larga experiencia, que el conflicto entre capital y trabajo es consustancial a la sociedad moderna y, por ello, a las relaciones laborales. Pero también que "existe, sin embargo, un interés compartido entre empresarios y trabajadores: el de que sus necesarios e inevitable conflictos sean regulados periódicamente mediante procedimientos razonablemente preestablecidos; procedimientos que no excluyen el recurso extremos a cualquiera de los resortes por medio de los que cada una de las partes contendientes tiene que afirmar su poder en caso necesario…Por lo demás, postular una comunidad de intereses como substrato de las relaciones laborales es pura utopía"[87].

En cualquier caso, estas regulaciones son de la máxima relevancia. Bien es cierto que todavía son insuficientes para hacer frente al fenómeno de la transformación digital sobre todo si se atiende a su magnitud e impacto a todos los niveles. El impacto real que los vertiginosos avances en el ámbito de la Inteligencia Artificial y Bigdata incorporados a los sistemas productivos, están teniendo ya en los derechos fundamentales de las personas trabajadoras a la protección de sus datos personales y a su intimidad. Por ello mismo, es necesario elaborar una lectura integradora de estos avances en el ámbito de las relaciones laborales, que sea necesariamente respetuosa con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, lo que supone desterrar aquella que responda a la búsqueda incontrolada y sin atención a principios y valores del incremento de la competitividad y beneficio empresarial[88].

Y es que el "capitalismo de la vigilancia" incrementa la penetración de los poderes del mercado sobre las personas: los poderes de los empresarios que utilizan las tecnologías como instrumentos de dominio y no sólo como posibles –necesarios- instrumentos al servicio de la innovación, la productividad y la calidad del empleo. Se ha podido señalar, al respecto, que el capitalismo de la vigilancia supone una ruptura respecto de la anterior trayectoria histórica del capitalismo de mercado

[87] 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, págs. 45-65, en particular pág. 64.

[88] Molina Hermosilla, O.: "Inteligencia artificial, Bigdata y Derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras. *Revista De Estudios Jurídico Laborales Y De Seguridad Social (REJLSS*), *(6), (2023)* pp. 89–117. https://doi.org/10.24310/rejlss.vi6.16225; Gómez Salado, M.A.: *La cuarta revolución industrial y su impacto sobre la productividad, el empleo y las relaciones jurídico-laborales: Desafíos tecnológicos del siglo XXI,* Cizur Menor (Navarra), Thompson-Aranzadi, 2021; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2023; Fernández Ramírez, M.: *El derecho del trabajador a la autodeterminación informática en el marco de la actual empresa "neopanóptica",* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2021, págs. 27 y sigs.; Álvarez Cuesta; H.: "El impacto de la tecnología en las relaciones laborales: retos presentes y desafíos futuros", en *Revista Justicia & Trabajo,* núm. 2, 2023; Todolí Signes, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Como regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación,* Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2023; Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. «Algoritmos e inteligencia artificial. Implicaciones jurídicolaborales: Un enfoque desde la perspectiva de los derechos». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 8 (2023): 11-37. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/815/970; García García, A.: *Inteligencia artificial y libertad sindical. El impacto de la gestión laboral algorítmica en los derechos colectivos,* Granada, Comares, 2025.

en tres sentidos fundamentales: a) enfatiza en su derecho a la libertad absoluta y al conocimiento sin trabas de los datos y vida de las personas; b) abandona las tradicionales reciprocidades orgánicas con las personas. c) el fantasma de la vida en la colmena delata un proyecto social colectivista de mercado sustentado por una inferencia radical y por su expresión material en el "Gran Otro". Ello supone que no se está ante una fase más del capitalismo, sino ante un cambio de paradigma de organización de la sociedad del mercado y de la organización de las empresas y de los sistemas de relaciones laborales[89]. El riesgo es que se anteponga las nuevas tecnologías digitales invasivas en la lógica del mercado (que es la lógica también de los algoritmos tal y como son utilizados) anteponiendo la racionalidad del mercado a las bases de la democracia dentro y fuera de las organizaciones productivas. La lucha competitiva entre "capitalistas de la vigilancia" puede conducir a una búsqueda compulsiva de la totalidad (en la información y en el conocimiento de las personas al servicio de modelos predictivos y conductuales) al margen de los derechos y valores fundamentales que deben presidir un sistema democrático de relaciones laborales. En una lógica de dominio y acumulación del poder en continuo aumento. El poder de vigilancia y control instrumental puede facilitar la expropiación práctica de los derechos fundamentales a través de una nueva arquitectura global de modificación conductual prefigurada predictivamente a través de la utilización de los datos y las fórmulas algorítmicas. Este uso perverso de la inteligencia artificial expresa el potencial *lado oscuro* de la presente "4º-5ª Revolución industrial" basada en la utilización de las tecnologías digitales como palancas de poder en las relaciones laborales.

La negociación colectiva es un procedimiento fundamental para la regulación de los derechos fundamentales y los derechos digitales de los trabajadores. La negociación colectiva no es sólo una institución que regula y ordena el sistema de relaciones laborales y ciertos aspectos de la gestión del "sistema de empresas", es al propio tiempo una institución sociopolítica y jurídica que contribuye a establecer la "democracia industrial" y las relaciones de poder entre las organizaciones profesionales en conflicto estructural y con ello se constituye en un cauce de vertebración fundamental del sistema democrático y pluralista de relaciones laborales[90]. Hay que tener en cuenta que la política del Derecho -tanto legal como autónoma colectiva- puede incidir en los cambios estructurales y tecnológicos no sólo para adaptarse a su impacto socioeconómico, sino para orientarlos en la dirección que se considera más adecuada. Se puede incidir desde esa política del Derecho en el presente y futuro del trabajo y en la creación de empleo en un mundo globalizado y en una nueva era tecnológica (la "Revolución 4.0"); se pueden reforzar los derechos fundamentales clásicos de los trabajadores y crear nuevos derechos digitales complementarios o adicionales, renovando con todo ello el pacto social subyacente a la forma política del Estado Social de Derecho formalizada en nuestros textos constitucionales. En este sentido se puede decir que la respuesta *constructivista* y no de simple adaptación (no se trata de plegarse a los cambios) ha de seguir en gran medida el camino diseñado por la OIT para un Derecho del Trabajo que haga frente a los desafíos del siglo XXI[91]: se apuesta por revitalizar el contrato social, programa centrado en las personas para el futuro del trabajo mediante el *diálogo social* entre los gobiernos y las organizaciones representativas de los trabajadores y las de los empleadores; se exhorta a que se adopte una Garantía Laboral Universal que comprenda los derechos fundamentales de los trabajadores, un "salario vital adecuado", límites a las horas de trabajo y seguridad y salud en el lugar de trabajo. Para que existan unas condiciones equitativas es preciso velar por que todos los trabajadores gocen de estas protecciones[92]. Por otra parte, en una reforma modernizadora del ET

[89] Puede consultarse, Zuboff, S.: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder* (2019), Barcelona, Paidós, 2020, especialmente, págs. 657 y sigs.

[90] Monereo Pérez, J. L. "Modernización" del sistema de negociación colectiva desde un enfoque garantista. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, *14*(1), 2024, 1–146. https://doi.org/10.46661/lexsocial.9223.

[91] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajar para un futuro más prometedor,* Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2019.

[92] Monereo Pérez, J. L.: "*Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI",* VV.AA.: *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después* (Conferencia Inaugural en el XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del

deberían revisarse a fondo los artículos 4 ("Derechos laborales") y 5 ("Deberes laborales"), sobre todo para garantizar su efectividad y enriquecerlos con los nuevos derechos -por ejemplo, el derecho a la protección de datos y los derechos digitales, que aparecen enunciados internamente a dicho cuerpo normativo ex art. 20 bis ET- y con la predisposición de los límites a los poderes empresariales que su ejercicio comporta[93]. Como ha sido advertido, ha sido obra del Tribunal Constitucional (y en no poco en virtud de la labor de tutela desplegada por la jurisdicción ordinaria ex artículos 9.1, 10.2, 53.1, 96 y 161 de la Constitución) -de manera lenta, gradual y con vacilaciones, pero persistente- la introducción de la teoría de la *Drittwirung* a los derechos de la persona del trabajador subordinado y a los derechos colectivos/sindicales, confiriendo, así, *fundamentalidad* a un sistema normativo del ET que en los orígenes no la tenía ni lo pretendía como prioridad, por la lectura sesgada en el desarrollo de las previsiones constitucionales del art. 35 CE. Si se llevara a cabo esta inserción de los derechos sociales fundamentales -individuales y colectivos/sindicales- en el marco de un nuevo Estatuto de los Trabajadores incorporado a un Código de Trabajo según las previsiones del propio ET (disposición adicional octava), *estarían sentadas las bases de un constitucionalismo de Derecho privado y social* -unido de manera inextricable al constitucionalismo de Derecho público constitucional- en todos los ámbitos y dimensiones de las relaciones de trabajo, individuales y colectivo/sindicales[94]. Ese ET renovado no debe basarse solo en la estática de la regulación legislativa (profundizando en la línea apuntada por el art. 64.4.d) y 20 bis del ET), sino también en la dinámica (flexible y de proximidad) de una negociación colectiva capaz de llevar la iniciativa en la ordenación de la gestión laboral algorítmica y la elaboración y aplicación de las herramientas de inteligencia artificial en el sistema de relaciones laborales. Con todo, se trata de mantener en el Derecho del Trabajo la función de equilibrio de poderes en las relaciones asimétricas de poder existentes entre los interlocutores sociales y, asimismo, de garantizar la plena efectividad de todos los derechos constitucionales en el trabajo (con las modulaciones consensuadas en su ejercicio que se consideren razonables -que han de respetar su contenido esencial- en el marco de las organizaciones productivas o lugares de trabajo) como objetivos fundamentales del ordenamiento jurídico-laboral.

2. AUTONOMÍA COLECTIVA NEGOCIAL Y DEMOCRACIA SOCIAL EN EL TRABAJO

La negociación colectiva se inserta en un proceso de racionalización jurídica de las relaciones de poder en el mundo del trabajo y en cuyo marco emerge como parte integrante del Derecho social autónomo autorreflexivo.

En una perspectiva jurídico-crítica, el jurista debe huir de los planteamientos simples respecto a la indagación sobre el complejo *proceso de racionalización jurídica llevado a cabo en el mundo occidental*[95]. Cabe recordar aquí la crisis de la explicación simple[96], ni la racionalidad formal fue

Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020) Prólogo de M. Ramos Quintana, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2020, págs. 41-102, en particular pág.79.

[93] Monereo Pérez, J. L.: "*Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI",* VV.AA.: *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después,* cit., pág. 84.

[94] Monereo Pérez, J. L.: "*Un nuevo Estatuto de los Trabajadores del siglo XXI",* VV.AA.: *Estatuto de los Trabajadores, 40 años después,* cit., págs.67-68.

[95] Véase Gallart Folch, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo,* edición y estudio preliminar, "*Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho,* estudio preliminar" (pp. CVIII-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, especialmente, págs. 63-124 ("Fundamento jurídico-doctrinal de las convenciones colectivas de trabajo"); Monereo Pérez, J.L.: "La sociología del derecho de Max Weber: Juridificación, legitimación y racionalización del poder público y privado", pp. 225-301. *REJLSS/Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad social mayo - octubre 2023* – núm. 7, ISSN-e 2660-437X. https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/es/article/view/17160/17577

[96] Véase Morin, E.: *El método. La naturaleza de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1993, especialmente, págs.178 y sigs., y 425 y sigs.

sustituida nunca por la racionalidad sustantiva o material, si ambas en la contemporaneidad han sido supuestamente desplazadas por la emergencia de las formas de racionalidad reflexiva u horizontal. El desarrollo de la racionalidad jurídica no puede reducirse a esos esquemas de simplificación monocentristas y la monocausalidad a ellos subyacentes. Cabe decir, al respecto, que el Estado social de Derecho, a diferencia del Estado liberal que se basó esencialmente en los esquemas de la racionalización formal (Derecho racional formal), se ha caracterizado históricamente por *combinar y complementar la lógica de la racionalización formal y la lógica de la racionalización material*. Incluso la lógica de la racionalización reflexiva encuentra su base en los mismos orígenes de la creación de la forma de Estado social, especialmente a través de la admisión del principio de *autodeterminación social* en el mundo de las relaciones colectivas de trabajo, con el reconocimiento *legal reflexivo* de fomento y cobertura estatal del derecho a la negociación colectiva (no se olvide que Gunther Teubner construyó su teoría de la racionalización jurídica-reflexiva especialmente *a partir* de la experiencia del Derecho estatal reflexivo de garantía y ordenación normativa de la misma). Ocurre, no obstante, que se ha producido un proceso de generalización y extensión a otros ámbitos de esta práctica *procedimental -determinante del surgimiento de nuevas formas de organización y de competencia interfuente-en el Estado social del capitalismo avanzado. Por el momento lo que el fenómeno ha producido es la coexistencia de tres lógicas interrelacionadas, interdependientes, a saber: la racionalidad formal (intrínseca al formalismo jurídico como cualidad inherente al Derecho mismo, no como corriente específica de pensamiento jurídico), la racionalidad sustantiva o material* (presente en la lógica del Estado social, en la medida en que el Derecho ha de obedecer dinámicamente a valores superiores del ordenamiento jurídico cuya garantía ha de ser continuamente adaptada y renovada en atención a los cambios operados en las sociedades avanzadas; pero que también dicha racionalidad material ha podido ser reclamada desde la lógica o racionalidad económica de la eficiencia o del rendimiento a través de los analistas económicos del Derecho[97]).

Ciertamente, se puede percibir la tendencia hacia una mayor procedimentalización del Derecho, pero también acompañada de nuevas formas de regulación estatal (regulación legislativa) sobre las relaciones sociales, de manera propia de la racionalidad vertical. Ello obedece también a las propias tendencias contradictorias y ambivalentes del Estado social contemporáneo: reclamando, por un lado, su lógica reguladora autoritaria de conformación de la sociedad moderna, y al servicio de determinados intereses y valores (viejos y "nuevos"), no siempre "difusos" (lo que remite a la racionalización vertical, formal y material) y la que reenvía como mecanismo de flexibilidad a la propia autoorganización de la sociedad a través de formas de Derecho reflexivo, que cristalizarían en nuevas manifestaciones de Derecho social (*v.gr.*, el Derecho autónomo de la negociación colectiva, nacional e internacional) y de Derecho económico (vgr., nueva "*lex mercatoria*" en auge en el plano internacional; como regulación propia del capital global[98]). Pero, aún más complejamente, en formas de *integración* entre el Derecho estatal (su racionalidad jurídica vertical, formal y material, directiva

[97] No cabe duda que el punto de vista es tratar de introducir principios materiales en la construcción jurídica al servicio de las eficiencia de las instituciones y relaciones económicas del capitalismo tardío, en cuyo caso la *lógica es tendencialmente sustitutiva y no meramente complementaria tanto de la especificidad de la racionalización formal, como respecto a la tendencia exclusión de otras lógicas materiales (señaladamente las de carácter social, protección de los más débiles en la estructura social; tutela del principio de integración social)* que hasta el momento han sido consustanciales a la forma jurídica de Estado social. Desde este punto de vista, los rasgos caracterizadores del Derecho capitalista contemplados lúcidamente por Max Weber, tales como la previsibilidad, la calculabilidad de las decisiones, adquirirían un nuevo sentido *práctico* (no se olvide la influencia del pragmatismo en las Escuelas del Análisis Económico del Derecho); que no atendería tan sólo a la *formalización* de las relaciones sociales de tipo económico, sino también a los *contenidos materiales de la regulación y del mismo proceso de aplicación e interpretación de las reglas jurídicas.* Es una rememoración y actualización del temor de Weber y Habermas hacia la subordinación del sistema de necesidades humanas y del propio sistema jurídico al *principio utilitarista de la modernización y competitividad concebida y medida en términos capitalista.*

[98] Santos, B. de S.: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho,* Nota introductoria de Carlos Lema Añon, Madrid, Ed. Trotta, 2009, especialmente, págs. 349 y sigs.

del conjunto de la sociedad organizada) y el Derecho Social y Económico (que combinan en sí, *dentro de la racionalidad discursiva o comunicativa intersocial -que conduce de suyo a una lógica de racionalización "horizontal"-,* las formas de racionalidad jurídico-material y jurídico-"reflexiva" u horizontal).

La nueva "*lex mercatoria*" de formalidad jurídica contractual constituye en el orden internacional una auténtica fuente del derecho objetivo, y especialmente potente; se ha hablado al respecto del "contrato como fuente del derecho", no siendo la forma jurídica de la legislación estatal la que en este plano el instrumento mediante el cual se vienen realizando las grandes transformaciones jurídicas. Las fuentes clásicas no colocan a la categoría contractual entre las posibles fuentes del Derecho, pero es lo cierto que ciertas formas contractuales se constituyen en las fuentes del derecho objetivo nuevo. La nueva *"lex mercatoria"* se entiende actualmente como un derecho creado por los empresarios, sin la mediación de los poderes legislativos del Estado. Y formadora de reglas destinadas a disciplinar de manera uniforme las relaciones comerciales que se instauran entre la unidad económica de los mercados. De la nueva *"lex mercatoria"* se ha hablado de un "ordenamiento jurídico", separado de los ordenamientos estatales, expresión formal de las sociedades mercantiles.

Crea un derecho objeto no estatal, sino de carácter supranacional[99]. En la nueva "*Lex mercatoria*" la autonomía de la voluntad actúa como fuente de un Derecho profesional uniforme. Estas normas

[99] En este sentido, Galgano, F.: "La instituzioni della società post-industriale", en Galgano, F., Cassese, S.,Tremonti, G.y Treu, T.: *Nazioni senza ricchezza. Ricchezza senza nazione,* Bologna, Il Mulino, 1993, págs.13 y sigs.; y en otra perspectiva analítica, incidiendo más en la dimensión política, Galgano, F.: *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio dei maggioranza,* Bolonia, Ed. Il Mulino, 2007.
Ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía (2001),* Estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho, 2001, págs. XIII-CL., donde se hace notar en otras cosas que "los mecanismos importantes de homogeneización del Derecho económico internacional no son los propios de la legislación pública, sino los nacidos del Derecho consuetudinario y la renacida y renovada *lex mercatoria.* Ésta se integra de un conjunto de reglas informales, y formales sobre la configuración de las relaciones económicas internacionales, establecidas por las fuerzas económicas dominantes al margen de los Estados legisladores. Sólo un sector pequeño –aunque muy importante de la doctrina jurídica- había situado al contrato como posible fuente del Derecho objetivo. En general, la posición prevalente había concebido al instrumento contractual como una simple fuente de obligaciones negociales, bajo el soporte garante del Derecho objetivo. La nueva "*lex mercatoria*" encuentra su fundamentación dogmática en la autonomía de la voluntad Dicha "lex mercatoria" tiene el significado de ser una Derecho autónomo de la clase de los comerciantes, regulador de las relaciones económicas de comercio sin sujeción estricta a las reglas tradicionales de la codificación… Es un Derecho autónomo de los comerciantes que existe por encima de las fronteras de los países y de modo independiente respecto de los ordenamientos nacionales. A través de la "*lex mercatoria*" se produce una "autonomización" de la regulación jurídica de las relaciones comerciales; dispone de órganos propios de resolución de conflictos (señaladamente el arbitraje como procedimiento de solución extrajudicial de conflictos derivados de los actos de comercio, que tiene la virtualidad de excluir la intervención de los órganos judiciales y la aplicación de normas imperativas legales); y, en fin, tiene a su disposición instrumentos coactivos para obligar compulsivamente (y disuasoriamente) al cumplimiento de las sentencias o laudos arbitrales… De manera que se viene a reconocer [o imponer] la existencia de un *poder normativo privado ("statuta condere")*, que a través de técnicas eminentemente contractuales (condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, cláusulas contractuales compromisorias, cláusulas de exención de responsabilidad…) consagra también en lo jurídico el poder económico de los grandes empresarios… Se potencia al contrato a través de políticas públicas de apoyo a la autorregulación colectiva de los sujetos económicos, y asimismo se establecen mecanismos de colaboración internormativa entre el contrato o convención y la norma pública. Esta apertura a la técnica contractual supone reconocer resueltamente, superado el estricto dogma positivista (que reconduce el problema de las fuentes al monismo jurídico estatalista), la existemcia de *fuentes de Derecho objetivo de origen privado.* De ahí que se puede hablar de un nuevo pluralismo jurídico interno e internacional, que rompe con la imagen falseada (desde el mismo paradigma de la "codificación constitucional" del Derecho privado en el siglo diecinueve) del monopolio de las fuentes estatales para crear Derecho objetivo…". Se trata de "nuevas fuentes extralegislativas" (*Ibid.,* págs. LXX-LXXV).

uniformadoras de origen privado o profesional establecen una normativa específica de una esfera de actividad económica transfronteriza y en muchos casos vienen también a cubrir las lagunas que presenta el Derecho Convencional del comercio internacional. Es un Derecho de producción autónoma encaminado a la formación de un Derecho uniforme del comercio internacional. Los formalmente denominados contratos transnacionales constituyen una de las expresiones jurídicas más relevantes de la nueva "*lex mercatoria*". Se trata de contratos firmados por las empresas transnacionales y su función jurídica real (se podría decir también su "eficacia jurídica real") es determinante *en el sistema de fuentes del Derecho Corporativo Global.* Es precisamente la autonomía privada corporativa quien –dada la detentación de los factores base de poder por las partes contratantes o negociadoras- sitúa el contrato transnacional en el campo del sistema de fuentes de ese Derecho internacional corporativo global, con la particularidad de que, además, tiene sus propios sistemas de solución de los conflictos y laudos arbitrales. Se instaura, así, un nuevo *pluralismo jurídico "asimétrico"* al margen de los Estados periféricos y que reflejan la existencia de nuevas fuentes de producción "extraestatal" que tiende a independizarse de los esquemas tradicionales de los "tratados" que caracterizan al Derecho Internacional. Se trata de "normas privada", no "normas públicas", es decir, que en el marco de la "lex mercatoria" la autonomía privada "contractual" de las grandes empresas transnacionales crean su propio derecho económico autónomo, con la consiguiente pérdida del monopolio jurídico estatal y el detentado por las organizaciones tradicionales del Derecho Internacional (tanto en el Derecho Internacional de la Economía como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, del Derecho Internacional del Trabajo)[100]. Por tanto, la nueva "*lex mercatoria*" es un Derecho autónomo creado en la lógica de la gobernanza económica (racionalidad económica autorreferente y unidireccional que prescinde de toda consideración de la racionalidad inherente a la justicia social) del sistema mundial por las grandes empresas transnacionales y las instituciones financieras y con cierta colaboración instrumental de algunas instituciones económicas como es el caso del Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial; y ello suele traducirse en la celebración de grandes acuerdos privados entre las corporaciones internacionales dotados de normatividad fáctica (como fuertes de derecho extralegal, más alternativas que complementarias a la legislación pública internacional y nacional); aunque se traduce también en la aprobación de "códigos de conducta", situados en el racionalidad del "*soft Law*", es decir, "derecho blando o "derecho indicativo"). Todo ello al margen de los Estados y de los procedimientos institucionales y jurídicos propios del Derecho Internacional, privado y público. Por lo demás, no son pocas las prácticas que fomentan el *dumping social* en el comercio mundial y las legislaciones nacionales que compiten entre sí a través de un Derecho Flexible del Trabajo basado en la competitividad por la reducción de costes del factor trabajo

[100] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía,* Estudio preliminar a Ripert, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno,* Granada, Ed. Comares (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, especialmente, págs. 382 y sigs.; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (Parte I): Constitución Económica y Estado Social de Derecho". (2024). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *10*, 279-333. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/942; Monereo Pérez, J.L.: "La organización jurídica del capitalismo (parte II): las instituciones jurídicas de la economía". (2024). *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, *11*, 161-224. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/995; Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P.: J.: *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para desmantelar el poder de las empresas transnacionales,* Barcelona Icaria Editorial, 2015, especialmente, págs. 15 y sigs.; Teitelbaum, A.: *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo,* Barcelona, Icaria Editorial, 2010; y Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, especialmente, Capítulo II.2 ("La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía"), págs. 54-109; Guamán, A. y González, G.: *Empresas transnacionales y derechos humanos,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2018; Ojeda Avilés, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2013, Capítulo 9, analizando la negociación colectiva transnacional; Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, Capítulo III ("El Derecho del Trabajo de las cadenas globales de valor"), págs. 93 y sigs., con referencia al pluralismo jurídico, más o menos ordenado.

y el reforzamiento de los poderes empresariales. Pero más allá de estos fenómenos la expansión de la forma política de "*Estado de mercado*" *o "Estado de competencia económica"*, que otorga prioridad a la competitividad de la economía y de las empresas nacionales y contribuye a realzar los valores liberalizadores del mercado y su racionalidad por contraposición a la racionalidad social y la defensa de los derechos y libertades fundamentales de las personas trabajadoras[101].

Ello no obstante, no debe desconocerse que de manera todavía marginal –pues el dominio jurídico político de las fuerzas del mercado a nivel internacional no resulta precisamente fácil y resulta inequívocamente persistente- se va produciendo una lenta reconducción jurídico-democrática del proceso de fuentes extralegislativas (que no están llamadas a desaparecer) a través de distintas técnicas jurídicas e institucionales: vía de controles como ha sido en Europa establecimiento de los Comités Europeos[102] y los derechos de información[103], consulta e implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea[104], que va más allá de la pretensión de control y contrapoder para plantear un posible control e implicación *desde dentro* y a través de una combinación entre dimensión institucional organizacional y negociación colectiva de las empresas multinacionales y empresas de dimensión comunitaria[105]. A lo cual se añade el paradigma de la diligencia debida en materia derechos fundamentales, medio ambiente y responsabilidad de las grandes empresas transnacionales[106]. De ahí se infiere nuevas formas de pluralismo jurídico, pero también de un pluralismo "ordenado", en la medida en que es más consistente, menos inarticulado y con una coherencia cada vez mayor en sus manifestaciones. Al efecto se reclama la intervención jurídico-pública, a partir de la ONU y los principios rectores de empresas y los derechos humanos (2011), que ha ido avanzando hacia una suerte de autorregulación regulada transnacional y con una mayor fuerza vinculante. Esa intervención de los Estados introduce sistemas de diligencia debida obligatoria con relevancia en la ordenación de las relaciones de trabajo de las empresas transnacionales; una re-regulación que no se limita a ordenar el poder regulador de éstas grandes empresas. Pudiéndose hablar de una nueva vertiente del Derecho Transnacional del Trabajo: el Derecho Transnacional del Trabajo de las cadenas de valor, integrado por formas de derecho que afectan a las condiciones de ejecución de actividades laborales

[101] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017.

[102] Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

[103] Más ampliamente sobre los derechos de información y la consulta en el Derecho Social de la Unión Europea, consúltese Monereo Pérez, J.L: "Los derechos a la información y a la consulta en la Carta de los Derechos Fundamentales y en el sistema de los Tratados Fundacionales de la Unión Europea", en *Empresas y Trabajadores Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Núm. 1, 2025 Estudios doctrinales, pp. 33-92, Madrid, 2025 DOI: 10.37417/RET/1-2025_2. https://www.revistasmarcialpons.es/index.php/empresasytrabajadores/article/view/3218/los-derechos-a-la-informacion-y-a-la-consulta-en-la-CDF-y-en-el-

[104] Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Véase Monereo Pérez, J. L. (Dir.): *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2007.

[105] Monereo Pérez, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, especialmente, 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; Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2021.

[106] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (Texto pertinente a efectos del EEE). Confróntese con la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937. Bruselas 23.3.2022.COM (2022)71 final. Véase el Informe del Parlamento Europeo sobre Diligencia Debida, que avanza en el proceso para lograr un Directiva Europea sobre Diligencia Debida de las empresas en materia de sostenibilidad, que incluye una fuerte obligación de diligencia debida en materia de medio ambiente, derechos humanos y responsabilidad civil por daños causados por las empresas en todos los puntos de la cadena de valor y en consulta con las partes interesadas y las comunidades afectadas.

desplegadas en los territorios de varios Estados con actividades sometidas al control de una empresa transnacional[107]. La Directiva (UE) 2024/1760, sobre diligencia debida y sostenibilidad (por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937), que establece un marco horizontal jurídicamente vinculante sobre el deber de las empresas transnacionales de integrar la diligencia en sus políticas corporativas. Se trata de una intervención normativa de mínimos, a través de instrumentos débiles para la consecución de los objetivos de política del Derecho propuestos. No obstante, representa un avance significativo hacia la obligatoriedad de protección y respecto de los derechos humanos laborales, el medio ambiente y el cambio climático en las grandes empresas que forman parte de la cadena de suministros a nivel mundial. Enfoque vinculante es nítido: Todas las empresas deben respetar los derechos humanos tal como se consagran en los convenios internacionales e instrumentos enumerados en el Anexo Parte I de la Directiva. La diligencia debida implica que los Estados miembros velarán por que las empresas actúen tutelando los derechos humanos y el medio ambiente, con diligencia debida basada en el riesgo conforme a lo establecido en los artículos 7 a 16" (arts. 5. "Diligencia debida" de la Directiva (UE) 2024/1760)[108]. Entre los derechos que han de ser respetados y las prohibiciones de vulneración

[107] Sanguineti Raymond, W.: *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2022, espec., págs. 53 y sigs., y 97 y sigs.; Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas de valor,* Cizur Menor (Navarra), 2022, especialmente, págs. 31 y sigs., y 89 y sigs., incidiendo, como punto de partida, en la problemática de la asunción espontánea de competencias normativas por las empresas multinacionales, el encauzamiento del proceso desde fuentes internacionales (la captura del poder privado a través de la acción legislativa), el pluralismo jurídico global y la emergencia de la diligencia debida. Con referencia, asimismo, a Delmás-Marty, M.: *Les forces imaginantes du droit. Vol. II. Le pluralisme ordonné,* París, Ed. Seuil, 2006, págs. 39-127. Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.): *La dimensión laboral de la diligencia debida en material de derechos humanos,* Cizur Menor (Navarra), 2023, págs. 31 y sigs.

Igualmente, desde una perspectiva propositiva y crítica, Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: «La diligencia debida de las empresas en materia de "sostenibilidad": empresa responsable, trabajo formal y digno, derechos humanos y medio ambiente». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, 13, 2024, 37-97; y W. Sanguineti Raymond, "La Directiva de diligencia debida y los derechos humanos laborales: el paisaje después de la batalla", *Briefs AEDTSS*, número 27, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2026, haciendo notar que lo que resulta por completo claro es que las vicisitudes experimentadas por la Directiva de diligencia debida en sus algo menos de dos años de vigencia han de ser contempladas como parte de un proceso de transformación del modo de organizar la producción y de hacer negocios en la era de la globalización impulsado desde diversos espacios de regulación, que por fuerza ha de producirse de manera progresiva, al hilo del cada vez mayor conocimiento y control de las actividades de todos los sujetos que participan de las actividades globales de las grandes compañías y la transformación de sus políticas y prácticas comerciales, y no a partir de una única intervención normativa.

[108] Conforme al art. 5 ("Diligencia debida"): "1. Los Estados miembros velarán por que las empresas actúen, en materia de derechos humanos y medio ambiente, con diligencia debida basada en el riesgo conforme a lo establecido en los artículos 7 a 16 (en lo sucesivo, «diligencia debida»), a través de las acciones siguientes: a) integración de la diligencia debida en sus políticas y sus sistemas de gestión de riesgos, de conformidad con el artículo 7; b) detección y evaluación de los efectos adversos reales o potenciales, de conformidad con el artículo 8, y, cuando sea necesario, priorización de los efectos adversos reales y potenciales, de conformidad con el artículo 9; c) prevención y mitigación de los efectos adversos potenciales, eliminación de los efectos adversos reales y minimización de su alcance, de conformidad con los artículos 10 y 11; d) reparación de los efectos adversos reales, de conformidad con el artículo 12; e) desarrollo de una colaboración constructiva con las partes interesadas, de conformidad con el artículo 13; f) establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación, de conformidad con el artículo 14; g) supervisión de la eficacia de su política y sus medidas de diligencia debida, de conformidad con el artículo 15; h) comunicación pública sobre diligencia debida, de conformidad con el artículo 16. 2. Los Estados miembros velarán por que, a los efectos de diligencia debida, las empresas tengan derecho a compartir recursos e información dentro de sus respectivos grupos de empresas y con otras entidades jurídicas. 3. Los Estados miembros velarán por que un socio comercial no esté obligado a revelar a una empresa que cumple las obligaciones derivadas de la presente Directiva información que constituya un secreto comercial según la definición del artículo 2, punto 1, de la Directiva (UE) 2016/943, sin perjuicio de la revelación de la identidad de los socios comerciales directos o indirectos, o de información esencial necesaria para detectar efectos adversos reales o potenciales, cuando sea necesario y esté debidamente justificado para el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida por parte de la empresa. Esto se entenderá sin perjuicio de que los socios comerciales puedan

se incluyen: El derecho a la libertad de asociación y reunión y los derechos de sindicación, derecho de huelga y de negociación colectiva, interpretados en consonancia con los artículos 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.o 87) y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.o 98)[109]. En cuanto a los instrumentos de derechos humanos y libertades fundamentales que han de ser respetados se recogen, por lo que aquí más interesa: el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (n.o 87), y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n.o 98)[110].

Contexto, éste, en el que la negociación colectiva transnacional –en distintas manifestaciones ya apreciables- puede constituir una fuente de ordenación del trabajo a escala internacional[111]. Esa negociación ha supuesto también la cristalización de una experiencia de derecho vivo que permite una cierta reconstrucción técnico-jurídica y de política del Derecho[112]. La negociación colectiva transnacional ha sido un gran protagonista en la construcción del Derecho del Derecho Transnacional del Trabajo, la cual se ha desarrollado a distintos niveles territoriales y funcionales, regulando condiciones de trabajo y entrando también las políticas de las empresas transnacionales respecto a los derechos fundamentales, medio ambiente y responsabilidad social. En la Unión Europea el diálogo social entre los interlocutores sociales se ha podido plasmar en formas de negociación colectiva[113]; en cuyo marco tanto el diálogo social como la negociación colectiva europea ha tenido un elevado

proteger sus secretos comerciales mediante los mecanismos establecidos en la Directiva (UE) 2016/943. Los socios comerciales no estarán nunca obligados a revelar información clasificada u otra información cuya divulgación pueda suponer un riesgo para los intereses esenciales de la seguridad de un Estado".

[109] Aparte 13 del ANEXO Parte I 1. DERECHOS Y PROHIBICIONES INCLUIDOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS (Directiva (UE) 2024/1760).

[110] Anexo Parte I.2. 2. INSTRUMENTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES (Directiva (UE) 2024/1760).

[111] Véase Correa Carrasco, M.: "La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza mundial del trabajo del futuro", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF,* núm.437-438, 2019, págs. 65 y sigs. En la construcción general Monereo Pérez, J. L.: "Pluralismo jurídico y Derecho social", estudio preliminar a Gurvithch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001; y Monereo Pérez, J.L., y Fernández Avilés, J.A.: "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas", estudio preliminar a Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva,* traducción y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004. Asimismo, Monereo Pérez, J. L., y Fernández Avilés, J. A.: "Por una concepción realista del derecho sindical: Giovanni Tarello. *Lex Social",* en *Revista De Derechos Sociales*, *13*(1), 2023, pp. 1-76. https://doi.org/10.46661/lexsocial.7825. Asimismo, Monereo Pérez, J.L.: *La concepción realista del Derecho,* Barcelona, Atelier, 2025, págs. 481 y sigs., 565 y sigs., y 897 y sigs.

[112] Para ese enfoque metodológico puede ser útil la metodología del singular realismo normativista formulada significativamente por Gino Giugni (pero mantenida antes por autores como, señaladamente, Carnelutti, F.: *Teoría General del Derecho & Metodología del Derecho,* edición y estudio preliminar, "La Teoría del Derecho de Francesco Carnelutti" (pp. VII-LXX), a cargo de J.L.Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2003, Puede consultarse Monereo Pérez, J.L., y Fernández Avilés, J.A.: "La teoría de la autonomía colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas", estudio preliminar a Giugni, G.: *Introducción al estudio de la autonomía colectiva,* traducción y edición a cargo de J.L. Monereo Pérez y J.A. Fernández Avilés, Granada, Ed. Comares (Colección Crítica del Derecho), 2004; y sobre todo, Monereo Pérez, J.L.: *La concepción realista del Derecho,* Barcelona, Atelier, 2025, Capítulo X ("Reflexión final: Conocimiento y crítica del Derecho: por una teoría jurídica realista, comprensiva y explicativa del Derecho"), págs. 897-945; Ibid., "Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del derecho", en *Revisa de derecho social,* núm. 37 (2007), págs.11-52; *Ibid., "*Por una teoría comprensiva y explicativa del derecho*",* en Elóseguiitxaso, M., Galindo Ayuda, F. (Coords.): *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Profesor Juan José Gil Cremades,* Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2008.

[113] Ojeda Avilés, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2013, capítulo 9, analizando la negociación colectiva transnacional.

grado de institucionalización[114]. La situación actual del diálogo social europeo, por tanto, es compleja y extraordinariamente relevante para el papel que jueguen los interlocutores sociales a medio plazo (tanto en la UE como a nivel nacional). A nadie se le escapa que la autonomía legislativa nacional es cada vez menor en relación con la Unión Europea. De forma directa, o de modo indirecto a través de compromisos políticos, las políticas que se practican en los Estados miembros son las que vienen marcadas desde Europa. Por ello, es clave que los agentes sociales puedan situarse en ese escenario en el momento de planificar dichas políticas. Esto supone la necesidad de centrar los esfuerzos e iniciativas sociopolíticas para fortalecer la dinámica del diálogo social reforzado y la concertación social en el espacio europeo; una forma de democracia deliberativa que tanto ha contribuido a la construcción del proyecto de Europa unidad y al llamado "modelo social europeo"[115]. El diálogo social está siendo potenciado desde una lógica de institucionalización y de fomento de las prácticas dialógicas y de creación de derecho horizontal[116]. No se puede ignorar que los interlocutores sociales (representaciones colectivas/sindicales y representaciones empresariales) son *instancias de mediación de los intereses divergentes en juego* que han venido contribuyendo al mantenimiento de los equilibrios de poder entre las fuerzas sociales, la cohesión social y la obtención del consenso y la paz social necesaria para el normal desarrollo económico y el progreso social.

[114] Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Valladolid, Ed. Lex Nova, 1999; Ojeda Avilés, A.: *Derecho transnacional del trabajo,* Valencia Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 304 y sigs.; ampliamente, Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *et altri*: *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos,* R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, Capítulo II ("La concertación y el diálogo social en la Unión Europea"), con referencia a la negoción colectiva comunitaria. Asimismo, García Perrote Escartín, I.: "La gobernanza de las relaciones de trabajo", y Moreno Vida, M.N.: "La gobernanza de las relaciones de trabajo", ambas ponencias recogidas en VV. AA: *El futuro del trabajo: cien años de la OIT* (XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019)*,* Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, págs. 197 y sigs., y 233 y sigs., respectivamente. Sanguinetti Raymond, W.: *Teoría del derecho transnacional del trabajo,* Cizur Menor (Navarra), Ed. Thompson-Aranzadi, 2023, págs. 91 y sigs.

[115] Monereo Pérez, J.L.: *Concertación y diálogo social,* Ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, especialmente, págs. 115 y sigs.; íd., La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo, Ed Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 232 y sigs. [La autonomía colectiva. El diálogo y la concertación social como instrumentos de gobernabilidad política ("Gobernanza")]. El diálogo social europeo se ha de situar en el marco de la problemática de los nuevos modos de gestión del poder o "gobernanza" (artículos 155 y 154 del TFUE, en relación con los artículos 151 y 152 del TFUE. Este último precepto hace explícita la política comunitaria de *fomento del diálogo social autónomo*: "La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respecto a su autonomía [colectiva]). La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social"). La "gobernanza" se presenta hoy como nuevo cauce teórico e institucional en el cual repensar y reinsertar el diálogo y la concertación social, en la medida en que la problemática de la "gobernanza" implica la preocupación contemporánea por el diálogo y participación de los actores en presencia, con vistas a la toma de decisiones en tiempos de creciente incertidumbre. La "gobernanza" sugiere, frente a los modelos tradicionales de gobierno, una toma de decisiones colectivas, basadas en una amplia inclusión de los actores afectados por las mismas, por lo que debe estar fundada en la negociación y la cooperación, con base a ciertos principios sometidos a consenso. En esta línea se situó ya el Libro Blanco "La Gobernanza Europea" de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 2001, que planteó, desde entonces, un nuevo modelo de gestión del poder en la Unión Europea y en los Estados miembros basado en una toma de decisiones colectivas, en el cual encajan fundamentalmente las políticas de diálogo y concertación social, en cuanto modo singular de formación de la política en virtud del cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno. Destaca la necesidad de una mayor interacción entre las instituciones europeas, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales y locales y las organizaciones de la sociedad civil a las que pertenecen los interlocutores sociales.

[116] COMUNICACIÓN EUROPEA: *Reforzar el diálogo social en la Unión Europea: aprovechar plenamente su potencial para gestionar transiciones justas.* COM(2023) 40, final; *Ibid., Propuesta de Recomendación del Consejo sobre el refuerzo del diálogo social en la Unión Europea.* COM (2023) 30, final.

Por otra parte, el Pilar Europeo de Derechos Sociales[117], instrumento *soft law*, está impulsando la aprobación de Directivas Sociales Europeas[118]. La Directiva (UE) 2022/2041, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, es una instrumento garantista de singular relevancia, pero debe destacarse a los fines de esta investigación que dicha Directa fomenta la negociación colectiva sobre la materia[119]. También existe una apertura –aunque bajo la óptica del derecho de la competencia a una negociación colectiva de los trabajadores autónomos o por cuenta propia[120].

La expansión del pluralismo social extraestatal ha sido constante a través de distintas manifestaciones, que demuestra la imposibilidad de reducir el Derecho al Derecho estatal. La vigencia de la realidad del pluralismo jurídico y de las teorías pluralistas en las sociedades contemporáneas del capitalismo avanzado es patente bajo nuevas formas de producción y construcción de sus fundamentos[121].

Por todo ello se puede hablar – en una perspectiva general que supera radicalmente la estrecha visión del positivismo legalista, en la que cómodamente suele instalarse el formalismo jurídico defendido un sector de juristas de distintos sectores o ramas del ordenamiento jurídico- de

[117] COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales.* COM(2021) 102 final; *Ibid., El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio.* COM(2002) 341, final.

[118] Una de las propuestas más reciente de intervención: COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas.* COM (2021), 762, final.

[119] Así, el art. 4 ("Fomento de la negociación colectiva sobre la fijación de salarios"). 1. Con el fin de aumentar la cobertura de la negociación colectiva y facilitar el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios, los Estados miembros, contando con la participación de los interlocutores sociales y de conformidad con el Derecho y usos nacionales: a) fomentarán el desarrollo y el refuerzo de capacidades de los interlocutores sociales para participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, en particular a nivel sectorial o intersectorial; b) promoverán unas negociaciones constructivas, significativas e informadas sobre los salarios entre los interlocutores sociales, en pie de igualdad, en las que ambas partes tengan acceso a información adecuada para desempeñar sus funciones en relación con la negociación colectiva sobre la fijación de salarios; c) adoptarán medidas, según proceda, para proteger el ejercicio del derecho de negociación colectiva sobre la fijación de salarios y proteger a los trabajadores y a los representantes sindicales de actos que los discriminen en relación con su empleo por el hecho de que participen o deseen participar en la negociación colectiva sobre la fijación de salarios; d) adoptarán medidas, según proceda, a efectos de fomentar la negociación colectiva sobre la fijación de salarios, para proteger a los sindicatos y las organizaciones patronales que participen o deseen participar en la negociación colectiva frente a cualquier acto de injerencia mutua o de sus agentes o miembros en su establecimiento, funcionamiento o administración.

2. Además, todo Estado miembro en el que la tasa de cobertura de la negociación colectiva sea inferior a un umbral del 80 %, establecerá un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva, bien por ley, previa consulta con los interlocutores sociales, bien mediante acuerdo con ellos. Dicho Estado miembro también elaborará un plan de acción para fomentar la negociación colectiva previa consulta con los interlocutores sociales, o mediante acuerdo con ellos, o tras una solicitud conjunta de los interlocutores sociales, tal como sea acordado entre los interlocutores sociales. El plan de acción establecerá un calendario claro y medidas concretas para aumentar progresivamente la tasa de cobertura de la negociación colectiva, con respeto pleno de la autonomía de los interlocutores sociales. El Estado miembro revisará periódicamente el plan de acción y lo actualizará en caso necesario. Cuando un Estado miembro actualice su plan de acción, lo hará previa consulta con los interlocutores sociales, o mediante acuerdo con ellos, o tras una solicitud conjunta de los interlocutores sociales, tal como sea acordado entre los interlocutores sociales. En cualquier caso, dicho plan de acción se revisará, al menos, cada cinco años. El plan de acción y sus correspondientes actualizaciones se harán públicos y se notificarán a la Comisión".

[120] COMISIÓN EUROPEA: *Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión o los convenios relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados* (2022/C374/02).

[121] Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: *Democracia pluralista y democracia social. La teoría crítica de Georges Gurvitch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, especialmente, págs.63 y sigs., y 87 y sigs. ("La teoría pluralista del Derecho en la Sociedad contemporánea").

desbordamiento de las fuentes del Derecho[122] y de una mayor complejidad del ordenamiento jurídico en las llamadas "sociedades postmodernas", dentro y fuera de los ordenamientos jurídicos de cada país. Es manifiesto que aparte del Estado y de las instituciones políticas del Derecho Internacional general y Europeo existen otros poderes con potestad y capacidad para crear Derecho objetivo autónomo, con reconocimiento o sin él por parte de los ordenamientos jurídicos públicos (estatales o supranacionales). Formando parte de ese nuevo Derecho Internacional del Trabajo se inserta la Directiva (UE) 2024/1760 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[123]. En la Exposición de Motivos de esta Directiva se indica que la Unión se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Estos valores fundamentales que han inspirado la propia creación de la Unión, así como la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y que guian la acción de la Unión en la escena internacional. Esta acción incluye el fomento del desarrollo económico, social y medioambiental sostenible de los países en vías de desarrollo. La Directiva contribuirá asimismo al Pilar Europeo de Derechos Sociales, que promueve unos derechos que garantizan unas condiciones de trabajo justas. Forma parte de las políticas y estrategias de la UE relativas a la promoción del trabajo digno en todo el mundo, también en las cadenas de valor mundiales, tal como se menciona en la Comunicación de la Comisión sobre el trabajo digno en todo el mundo[124].

Lo cierto es que debe rechazarse la pretensión reduccionista de la evolución del Derecho desde enfoques unilaterales, sean de corte neoliberal (con la pretensión de *sustituir el ordenamiento jurídico vertical legal-racional* de configuración weberiana por un mitificador "retorno" a la sociedad civil "independiente" o "autonomizada" de la sociedad política), material (con la pretensión de sociologización absoluta del Derecho al servicio de intereses sociales de diverso signo) o incluso

[122] Pérez Luño, P.: *El desbordamiento de las fuentes del derecho,* Madrid, Ed. La Ley, 2011, especialmente, págs. 51 y sigs., y 110 y sigs.; 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*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2000, págs. XIII-CL; Monereo Pérez, J. L.: "Pluralismo jurídico y Derecho social", estudio preliminar a Gurvitch, G.: *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2001.

[123] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. Esta Directiva contribuirá al Pilar Europeo de Derechos Sociales, ya que ambos promueven derechos como unas condiciones de trabajo justas. Más allá de su perspectiva externa, abordará las violaciones de las normas laborales internacionales cuando se produzcan en la Unión (por ejemplo, los casos de trabajo forzoso en la agricultura). Por lo tanto, a nivel interno, también reforzará la protección de los trabajadores en la Unión junto con el acervo social existente y contribuiría a prevenir y combatir los abusos dentro de los Estados miembros y entre ellos. A fin de garantizar que la diligencia debida forme parte de las políticas de las empresas, y en consonancia con el marco internacional pertinente, las empresas deben integrar la diligencia debida en todas sus políticas empresariales y contar con una política de diligencia debida. La política de diligencia debida debe contener una descripción del enfoque de la empresa, también a largo plazo, con respecto a la diligencia debida, un *código de conducta en el que se describan las normas y los principios que deben seguir los trabajadores de la empresa y sus filiales*; una descripción de los procesos establecidos para aplicar la diligencia debida, incluidas las medidas adoptadas para comprobar el cumplimiento del código de conducta y extender su aplicación a las relaciones comerciales establecidas. El código de conducta debe aplicarse a todas las funciones y operaciones empresariales pertinentes, incluidas las decisiones de contratación y compra. Asimismo, las empresas deben actualizar anualmente su política de diligencia debida (Exposición de Motivos).

[124] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo *sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible* [COM (2022) 66 final].Asimismo, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Negociación colectiva verde: buenas prácticas y perspectivas de futuro» (dictamen exploratorio) (2023/C 293/05) Ponente: María del Carmen Barrera Chamorro. Diario Oficial de la Unión Europea C 293/27, 18.8.2023; OIT-INFORME SOBRE EL DIÁLOGO SOCIAL 2022: *La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenibles*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2022. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_857318.pdf

reflexiva (con la intención de desplazar el Derecho estatal-vertical por un Derecho estatal-reflexivo que se limitaría a hacer de puente mediador entre las demandas de la sociedad civil al sistema político, o, en complementación con lo anterior, potenciar ámbitos de autorregulación para reducir la complejidad de la regulación jurídica de las sociedades avanzadas con económica social de mercado). Estos intentos de comprensión de la racionalidad racional-legal son insuficientes para dar cuenta de la mayor complejidad del fenómeno en cuestión.

En el momento presente se ha producido una pérdida de *racionalidad funcional* (una crisis de racionalidad vertical) del Estado Social tanto respecto a la organización de la dinámica del mercado, como en relación a la expansión del gasto público y su incidencia sobre la actividad económica general. En verdad la gobernabilidad del sistema es más difícil cuando se aprecia el fenómeno paralelo de fragmentación del sistema de clases propio de las sociedades complejas del capitalismo maduro. En este contexto, el Estado social -lejos del tipo de racionalidad maxweberiana que inspiró al modelo de Estado del Bienestar keynesiano- tiende a aparecer no con la faz de una estructura dotada de una racionalidad inmanente (horizontal y vertical), sino más complejamente como un centro o punto de localización del e imputación de una pluralidad de procesos dinámicos nacidos del pluralismo político y conflictual en las relaciones Estado-sociedad del capitalismo desarrollado. Se trata, pues, de una nueva forma de gobernabilidad política que sigue teniendo como centro al Estado constitucional, en cuanto estructura de dominio político, pero que refuerza su doble condición de centro de equilibrio entre los intereses contrapuestos de las distintas fuerzas sociales y de impulsor de los mecanismos institucionales definitorios de las reglas de funcionamiento de una sociedad compleja. Estado aparece como un elemento fundamental dentro del sistema global de integración social[125] y el sistema legal tiende a fragmentarse y diversificarse siguiendo una lógica de racionalidad más próxima a la horizontalidad resultante de la dinámica de los procesos sociales. Las transformaciones del Estado social contemporáneo parecerían así asumir esa forma de "racionalidad reflexiva" que sugiriera Gunther Teubner[126]. Ello da lugar a un sistema social crecientemente diferenciado, pero respecto del cual el Estado poder público pretende tener -y parece que así es, pero sólo en parte, en la práctica política y jurídica; y ello es deseable- una suficiente capacidad de control y de gobernabilidad flexible del conjunto de un sistema político y jurídico mucho más pluralista. El mismo sistema constitucional (abierto a la pluralidad de interpretaciones en correspondencia con la heterogeneidad de la realidad social subyacente) parecería situarse en el centro del universo político y jurídico, "construyendo" (y formalizado jurídicamente) un determinado orden político y jurídico; dotando así al complejo entramado del sistema social global (la formación social democráticamente "construida" jurídico-constitucionalmente garantizada) de los cimientos de una precaria unidad, en cuanto no exenta de fuertes tensiones "disolventes".

Desde la perspectiva de política del Derecho, interesa anotar que los procesos decisorios tienden a descentralizarse (buscando un equilibrio dinámico entre la centralidad estatal y la descentralización de la producción privada de Derecho); es decir, emerge un pluralismo decisional ante la "crisis de racionalidad" del centro de decisión político-jurídico. Se ha hecho referencia a que la racionalización político-administrativa ha favorecido la implantación de una política que tiende

[125] Véase Smend, R.: *Constitución y Derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1985; Heller, H.: *Teoría del Estado*, Edición y Estudio Preliminar «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares (Colección Crítica del Derecho), Granada, 2004; Ibid., *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985. Para la polémica estrictamente constitucional que suscitó esta concepción integradora del Estado, consúltese Kelsen, H.: *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Est. Preliminar de J.A. García Amado, Madrid, Tecnos, 1997. Puede consultarse, 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; Ibid., *La defensa del Estado social de Derecho. La Teoría política de Hermann Heller,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2009.

[126] Teubner, G.: *Le droit, un systèmeautopoïétique*, París, PUF, 1993.

a sobrecargarse a sí misma[127]. La traducción de estos procesos de cambio, sin embargo, se sitúa entre dos opciones distintas: la opción neoconservadora y la opción socialista. Desde la óptica, se apuntan incisivos procesos de desregulación (sobre todo por la vía de la deslegalización de materias) y flexibilización aplicativa de las normas (es el caso de las "normas finalistas"). Desde la segunda, se apuesta por las políticas de flexibilidad normativa de adaptación a los cambios del entorno en que han de aplicarse, que presuponen la regulación pública y la atribución de distintos espacios de intervención a las instancias privadas de producción jurídica (flexibilidad colectiva o autorregulación social). Esta opción flexibilizadora de orientación participativa, excluiría -en términos de principio- la opción desreguladora máxima del sistema jurídico del Estado social intervencionista.

La racionalidad del sistema jurídico en estos procesos complejos de formación del Derecho contemporáneo se sitúa en la encrucijada, porque se parte de la necesidad de racionalizar el sistema pluralista sometiendo a control los procesos de "disgregación" de los subsistemas jurídicos (en orden a la tutela de los intereses considerado en cada momento como más merecedores de protección para la comunidad general, más allá de la presión en favor de la pretensión de los grupos específicos). Una vez más el centro del universo jurídico-político aparece nuevamente residenciado en el sistema constitucional. Extrayendo a partir del mismo las funciones de ordenación e integración del Derecho estatal y de la autorregulación de los grupos sociales, bajo la égida de los principios constitucionales y de los compromisos de dirección de los procesos sociales constitucionalmente asumidos por el poder público en la forma de Estado social y democrático de Derecho.

Es preciso señalar que tanto desde el estructuralismo funcionalista de Luhmann como de la teoría del Derecho reflexivo estatal de Teubner, se parte del postulado de la imposibilidad o de la extraordinaria dificultad de los procesos sociales por el poder público. La descomposición de la sociedad global (el "mundo de la vida") en subsistemas funcionalmente específicos, sin que ninguno esté en condiciones de ocupar la cúspide y representar el todo, como antaño, en las sociedades estratificadas, determina que la realidad sea pensada como mero complejo de fuerzas sistémicas (fragmentada en un complejo de sistemas parciales), sin que quepa preguntarse tanto el "por qué", como, simplemente, el "cómo"[128]. Posición doctrinal (y quizás también situación jurídico-política actual) que puede ser, desde luego, discutida desde la lógica político-jurídica reflejada en los textos del constitucionalismo democrático-social (construcción de la forma Estado social y democrático de Derecho y atribución imperativa de funciones sociales de la política pública a la garantía de los derechos fundamentales y a la tutela de los intereses generales de los ciudadanos y colectividades sociales). Cuestión distinta son las dificultades reales para realizar esos cometidos constitucionalmente asignados a los poderes públicos y los problemas de capacidad de control efectivo de la dinámica de las sociedades complejas por parte del Estado. El peligro es que la propuesta teórica (modelo de creación del Derecho) de la "racionalidad reflexiva" de Teubner conduzca a la desracionalización del sistema jurídico, trasladando sobre el mismo sistema de fuentes los procesos de disgregación, y en cierta medida de participación interesada, que caracteriza a las sociedades contemporáneas.

Para Teubner existe en efecto, una crisis de racionalidad en el Derecho moderno: hoy se tendería, argumenta, al desplazamiento-sustitución de la tradicional forma de racionalidad vertical propia del Estado social por formas de racionalidad "reflexiva". El problema, en una perspectiva jurídico-crítica- es que esta tesis de la sustitución parece excesivamente unilateral y no se corresponde con la experiencia jurídica actual que muestra cómo (por ejemplo en las instituciones típicas del

[127] Véase Luhmann, N.: *Teoría política en el Estado de Bienestar,* Madrid, Alianza, 1994, capítulo III ("Racionalización político-administrativa"), págs.119 y sigs.; y desde una perspectiva más general, Id.: *Poder*, Barcelona, Anthropos, 1995, especialmente, capítulo IX ("El poder organizado"), págs,137 y sigs.

[128] Barcellona, P.: *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della "ragione funzionalista*, Torino, Bollati Boringhieri, 1994.

Derecho del Trabajo: contrato de trabajo intervenido; autonomía colectiva negocial; formas de codecisión empresarial, etcétera) en muchos casos existe una verdadera "mezcla" -y no sucesión lineal- de racionalidades legales (formal y material; ésta última caracteriza sobre todo al Estado social) y "reflexivas" o autorreferentes (potenciación legal de la autorregulación colectiva negocial como manifestación de autonomía -"autopoiesis"- o autonormación social de los grupos sociales operantes en el mundo del trabajo, en el cuadro de la complejidad del Derecho como subsistema social).Desde esta perspectiva, es de realzar la proximidad de la forma de "racionalidad reflexiva" con las clásicas teorías pluralistas del Derecho, que partían significativamente de la quiebra del principio de estatalidad del Derecho y de la intervención de los grupos sociales en la producción jurídica. En el marco de la OIT se ha destacado que el carácter del proceso de negociación colectiva de una auténtica regulación adaptativa, en el sentido de que entre los diversos modelos de gobernanza laboral, el Estado puede optar por promover uno que sea adaptativo (Ayres y Braithwaite) y reflexivo (Teubner). Basándose en Teubner, Hayter y Visser explican que, en lugar de imponer normas jurídicas sustantivas de carácter obligatorio según un modelo descendente (de mando y control) acompañado de sanciones, la regulación reflexiva descentraliza la elaboración de normas y fomenta la corregulación. Impulsa la 'autonomía regulada' mediante normas de organización, proceso y procedimiento. Las disposiciones legislativas no siempre pueden responder y adaptarse de inmediato a la evolución económica (Deakin y Wilkinson). En cambio, la negociación colectiva puede ser una forma de regulación muy eficaz, toda vez que permite a las partes adaptar las normas a las circunstancias concretas de una empresa o sector y reajustarlas cuando esas circunstancias cambien. Los datos disponibles ponen de manifiesto la capacidad adaptativa de la negociación colectiva como instrumento regulatorio. La negociación colectiva proporciona un espacio institucional propicio para desarrollar y poner a prueba nuevos modelos regulatorios, como las prácticas de trabajo híbrido. La escasa adhesión al Estado de derecho, la precariedad o excesiva conflictividad de las instituciones de relaciones laborales y la falta de representatividad de las partes pueden impedir que la negociación colectiva funcione como un medio de regulación adaptativo y reflexivo[129].

El nudo de la cuestión estriba en que en la teoría de Teubner la racionalidad reflexiva (el Derecho reflexivo; "*reflexiva law*") no aparece demostrado empíricamente en un mínimo análisis de la evolución de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Es decir, no queda demostrado que ese nuevo ciclo de desarrollo sociojurídico obedezca realmente a una situación objetivamente existente y necesaria en la actual fase de desarrollo de los sistemas jurídicos de los países avanzados[130]. La discusión teorética sin estar suficientemente basada en pruebas empíricas se insiste, corre el riesgo de caer en un argumento circular, al no demostrar los límites del sistema de Derecho del Estado social. Pero, con todo, el inconveniente más grave de este modelo ideal de evolución y formación

[129] OIT-INFORME SOBRE EL DIÁLOGO SOCIAL 2022: *La negociación colectiva en aras de una recuperación inclusiva, sostenibles*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2022, págs. 36. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_857318.pdf.; Ayres, Ian, y John Braithwaite: Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Nueva York, Oxford University Press. 1992; Deakin, Simon, y Frank Wilkinson: *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2005; Hayter, Susan, y Jelle Visser: The Application and Extension of Collective Agreements: Enhancing the Inclusiveness of Labour Protection», en Collective Agreements: Extending Labour Protection, editado por Susan Hayter y Jelle Visser, págs.1-31. Ginebra, OIT, 2018; Hayter, Susan, y Jelle Visser: «Por una negociación colectiva más inclusiva: la extensión de los convenios Teubner, Gunther: colectivos», en *Revista Internacional del Trabajo* 140 (2), págs.183-212; *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.

[130] Esa posición apriorística que tiende a convertir en dogma la "racionalidad reflexiva" como intrínsecamente contrapuesta a la "racionalidad sustancial", conduce a Teubner por el sendero de negar toda virtualidad a la denominada "democracia participativa" en las sociedades complejas. Esa posición es explícita en Teubner, G.: "Aspetti, limiti, alternative della legificazione", en *Sociologia del diritto*, núm. 1 (1885), pág.28. De interés al respecto, Santos, B.de.S. (Coord.): *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa,* México D.F., 2004, especialmente, págs. 35 y sigs.; Coutrot, TH.: *Démocratie contre capitalisme,* París, La Dispute/SNÈDIT, 2005, especialmente, Capítulo VI ("La democracia económica participativa").

del Derecho es que al considerar "regresiva" toda forma de racionalidad vertical (a través del Derecho estatal) y al relegar el sistema jurídico a mera estructura funcional con distintos subsistemas emergentes sin un núcleo resistente comprometido con los valores constitucionales, puede acabar siendo "reapropiado" desde enfoques irracionalistas de la reformulada tesis neoliberal de vinculación de la autonormación social(forma cualificada de "reflexiva law") y retorno a un tipo de sociedad civil, nuevamente mitificada, articulada en esferas concéntricas correspondientes a intereses de personas y grupos segmentados y autorganizados (autorregulados) que satisfacen sus propios intereses y emiten demandas particularistas (de bienes o posiciones de ventaja) hacia el poder público como grupos de presión[131]. Muy lejos, pues, de la supuesta aspiración "sistemática" de una sociedad sin *proyecto* de orden social y sin poderes emergentes con pretensión de gobernabilidad global. Su resultado en esa lectura extrema podría ser el intento de "disolución" del "compromiso social" (socialdemocrático)[132] respecto de la gestión pública de la fuerza de trabajo y la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. El Estado así reformulado en clave "neoliberal" reduciría su intervención a una función de "legitimación" (estímulo y sanción) de los *poderes reales* autoorganizados y los derechos sociales quedarían relegados a intereses legítimos frente al poder público receptor de pretensiones interesadas. Sin embargo, la sociedad abierta (en cuyo marco no hay lugar para el declive de la valoración política de la conflictividad social en una sociedad pluralista) que se construye en el texto constitucional puede ofrecer un marco de relaciones bien diferentes entre los poderes públicos y la sociedad diversamente organizada ("vertebrada", por decirlo con reminiscencias orteguianas): nuevas combinaciones entre autonomía y heteronomía en la construcción del Derecho (al que, por otra parte, siempre ha acompañado -en su fase evolucionada- el pluralismo del sistema de fuentes, vinculado a las legítimas aspiraciones participativas de la sociedad democrática moderna). Se trata de un sistema constitucional "abierto al tiempo" y a cambiantes proyectos democráticos de autogobierno de las sociedades complejas: "Si la Constitución quiere hacer posible la resolución de las múltiples situaciones críticas históricamente cambiantes, su contenido habrá de permanecer necesariamente abierto al tiempo"[133].

De manera que es cuestionable que no pueda establecerse un *sistema jurídico asentado en una doble racionalidad:* la racionalidad sustantiva vertical tradicional del Estado social y la más novedosa (sobre todo por la propuesta de generalización en el orden jurídico y expansión en sus funciones y contenidos autorreguladores) racionalidad reflexiva, dando ello lugar (con el impulso legal) a mecanismos de integración centralizada-descentralizada más acordes con la estructura de las sociedades complejas. La incorporación de este discurso filosófico-jurídico de la modernidad basado en combinar la racionalidad vertical (formal y material) y la racionalidad horizontal o reflexiva puede contribuir a impulsar un nuevo "pluralismo" jurídico realizado en las sociedades de capitalismo avanzado. El Derecho estatal debe ("Derecho legal") debe crear las condiciones para la cooperación y comunicación de individuos y grupos sociales (regulación legal de la autonomía y de las relaciones de poder social subyacentes), pero al mismo tiempo debe continuar regulando esas relaciones sociales y el funcionamiento del mercado como institución social penetrada institucionalmente, no como lo que no es (es decir, como pretendido "subsistema autorreferente" y "autosuficiente"). De ahí que la conservación de la centralidad de la regulación legal y al mismo tiempo el reconocimiento de la diversidad y la descentralización de la regulación social, mediante la atribución de derechos específicos a sectores específicos de la población, puedan considerarse como de apoyo recíproco[134].

[131] Véase Bell, D.: *El advenimiento de la sociedad post-industrial,* Madrid, Alianza, 1986.

[132] Barcellona, P.: *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario. Critica della "ragione funzionalista",* Torino, 1994, p.154.

[133] Hesse, K.: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEC,1983, pág.19.

[134] Preuss, U.K.: "La crisis del mercado de trabajo y las consecuencias para el Estado social", en Corcuera Atienza, J. y García Herrera, M.A.: *Derecho y economía en el Estado social,* Madrid, 1988, pág.93.

En esta perspectiva dualista (y de teoría crítica del Derecho), el Derecho es tanto un medio de control social como también, y sobre todo, una institución encaminada a conseguir la integración social mediante la protección de "formas de vida"[135]. El Derecho ha de seguir cumpliendo sus funciones organizativas de la estructura social y de las correctivas de las desigualdades existentes en la sociedad civil y en el funcionamiento de los mercados: la idea de un mercado que se regula así mismo (mercado autorregulador) ha sido siempre una idea puramente utópica (cuando no ideológica): las leyes gobiernan la economía de mercado[136]. El dilema del presente -que se verá acrecentado en el futuro próximo- es si el sistema de derecho dotado de una doble racionalidad, vertical y reflexiva (u horizontal) será capaz de hacer frente a las transformaciones estructurales derivadas de una formación social cada vez más desestructurada y a la fragmentación del sistema de clases que se expresa en el concepto técnico de "sociedad compleja"[137]. El problema estriba en verificar si será capaz de "vertebrar" la pluralidad de intereses de esa sociedad "pluriconflictual" y al mismo tiempo responder adecuadamente a las crecientes aspiraciones de participación de los ciudadanos y grupos sociales en los procesos de regulación social. Bajo el prisma resultante de la crisis de la racionalidad centralizada ("vertical") de tipo maxweberiano, el Derecho, en sus distintas ramas o sectores, aparece como un sistema jurídico fragmentado, presidido por una lógica más horizontal de encuadramiento e interconexión Estado-Sociedad, es decir, de autorregulación social con cobertura y apoyo en el Derecho público.

El tránsito de la modernidad "sólida" a la modernidad "líquida" (basada en grandes relativos, la creencia en el progreso…), inestable e individualizada –que Weber intuyó- en la época actual está planteando nuevos dilemas[138].

En esta línea de pensamiento, la lógica de la "razón funcionalista" del Derecho actual, influida por las construcciones luhmannianas, debe ser desplazada por la lógica de la "funcionalidad crítica" de un sistema jurídico no degradado a simple instrumento de control de las complejas relaciones sociales, sino también en su condición de institución para conseguir la integración social del sistema de clases (del pluralismo política y social realmente existente); aceptando la dimensión integradora como definitoria de la función político-jurídica esencial al Derecho propio del constitucionalismo democrático-social, como estadio de civilización alcanzado, pero en constante desarrollo dinámico[139].

El derecho a la negociación colectiva y el convenio colectivo una manifestación típica y cualificada del Derecho reflexivo y flexible, que encuentra su base en el garantismo constitucional de carácter promocional y no dirigista por parte del Estado. Un Derecho reflexivo que en sí resulta necesario no sólo por dar cumplimiento al mandato expreso de la Constitución ex art. 37, sino también por la exigencia de medidas legislativas de fomento y garantía efectiva para el funcionamiento de un sistema evolucionado y complejo de negociación colectiva.

---

[135] Habermas, J.: "Law as Medium and Law as Institution", en Teubner, G. (ed.).: *Dilemas of Law the Welfare State*, Berlin, 1985; Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, *passim.*

[136] Weber, M.: *Economía y sociedad*, México, FCE, 1964; Weber, M.: *Sociología del Derecho,* edición, que incluye la "Sociología del poder" (Parte II, pp. 241-249), y estudio preliminar, "La racionalidad del Derecho en el pensamiento de Max Weber: teoría e ideología" (pp. IX-CLII), a cargo de J.L. Monereo Pérez , Granada, Ed. Comares , 2001 (Colección Crítica del Derecho), WEBER, M.: *Sociología del Derecho*, cit., Parte I, *passim;* Polanyi, K.: *La gran transformación,* Madrid, La Piqueta, 1989, pág.26.

[137] Véase Pasquino, G. (Comp.): *La societá complesse*, Bolonia, Ed. Il Mulino, 1983.

[138] Véase Berman, M.: *Todo lo sólido se desvanece en el aire,* Madrid, México, Siglo XXI, 1988; Baumann, Z.: *Modernidad líquida,* Buenos Aires, FCE, 11ª ed., 2009. Abundando en esa dirección de pensamiento en el desarrollo histórico-cultural, véase Monereo Pérez, J.: "Crisis de la modernidad y cuestión social: el pensamiento crítico de Tönnies", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 144, 2009, págs. 793-862.

[139] En este sentido Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs.178 y sigs.