



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y TRABAJO SOCIAL

TESIS DOCTORAL

**EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PARTICIPACIÓN EN LA  
EMPRESA. (Un estudio bajo la perspectiva de la reorganización del Derecho  
del Trabajo)**

Autor: Rui de Melo Cabral

Director: Jesús Baz Rodríguez

Salamanca, 2012



TESIS DOCTORAL

**EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PARTICIPACIÓN EN LA  
EMPRESA. (Un estudio bajo la perspectiva de la reorganización del Derecho  
del Trabajo)**

Autor: Rui de Melo Cabral

Director: Jesús Baz Rodríguez

Firma del Tribunal Calificador:

Nombre y apellidos

Firma

Presidente:

Vocal:

Vocal:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Salamanca, de

de 2012



*“(...) la dignidad humana puede ser realizada, o al menos podemos aproximarnos a su realización a lo largo de la vida humana, en sus dimensiones fundamentales, que son las que nos distinguen de los restantes animales: nuestra capacidad de elegir; de construir conceptos generales y de razonar, que está en la raíz del pensamiento filosófico, científico y técnico; de crear belleza desde plurales cánones estéticos, que está en el origen del arte y de la literatura; de comunicarnos y de dialogar, que está en el origen del lenguaje y de la cultura; de vivir bajo un sofisticado sistema de normas para afrontar la escasez, el egoísmo y la violencia, que es el origen del Derecho; y, por fin, de buscar el sentido último de la existencia, el bien, la virtud, la felicidad o la salvación, que es el fundamento de la ética privada de cada uno.(...)”*

Gregorio Peces-Barba Martínez

*“(...) Kant formalizará esta tradición moderna e ilustrada cuando sostiene que nuestra dignidad, que es nuestra autonomía y nuestra capacidad de autodeterminación, consiste en que somos seres de fines, que no podemos ser utilizados como medios y que no tenemos precio. La dignidad es individual y es también del conjunto de la humanidad, por lo que debemos hablar de igual dignidad de todos los seres humanos. Al pasar de la posible facticidad a su carácter normativo, al deber ser que suponen para realizarnos como personas, encontramos las razones para la procura existencial, para la acción positiva de los poderes públicos, que utilizan, entre otros, el instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de la dignidad de esas personas. (...)”*

Ahora que alcanzo el fin de esta redacción:

- rendo homenaje a mis padres por sus ejemplos de perseverancia;

- reconozco y agradezco la inconmensurable ayuda que mi querida esposa Isabel me ha propiciado, con su incondicional compañía y el sacrificio de tantas horas de absoluta dedicación a mi y a esto trabajo, a quien considero coautora por su paciente y diligente digitación y sugerencias presentadas;

- a mis hijos Gisele, Marcelo y Helena fuentes inagotables de inspiración que supieran respetar mi necesidad de aislamiento para el trabajo intelectual, incluso la ausencia de su madre, pero no han dejado de siempre renovar su apoyo y cariño, incluso con las contribuciones para formatear este trabajo.

A todos ellos dedico este trabajo de tesis doctoral.

## **Agradecimientos**

De inicio deseo agradecer a mi Director de tesis Profesor Dr. Jesús Baz por el estímulo, la segura orientación, las aportaciones precisas, las sugerencias oportunas, las rigurosas correcciones incluso de rumbo de mi tesis doctoral.

Bajo su dirección atravesamos periodos de muchos cambios, pero que por su firme dirección ha tornado mi trabajo un poco más fácil.

Acredito, tener razón mi Director de tesis cuando en un determinado momento afirmó, ser este un trabajo valiente, que no tengo duda será avaluado en la dimensión de la dificultad y del desafío que para mi representó. Los defectos e inconsistencias que por cierto tiene este trabajo, se debe a su amplitud y complejidad por lo que han escapado al diligente examine de mi Director y que se debe a mis imperfecciones.

Agradezco también a mi Universidad Católica de Brasilia que me ha propiciado esta oportunidad con la beca en la primera fase de docencia e investigación.

Por fin, agradezco a los parientes y amigos por el apoyo y en especial a los brasileños Ceres, Nelson y Flavio (in memoriam), y a los españoles Julián Ongay y Ada Calvo que nos han ayudado por pura amistad, tornando nuestra permanencia en Salamanca mucho más agradable, a ellos nuestra eterna gratitud.

A Dios doy gracias por la protección y por esta oportunidad.

## ABREVIATURAS

AEIE	- Agrupaciones Europeas de Interés Económico
AIE	- Agrupaciones de Interés Económico
AIEE	- Acuerdo Interconfederal para la estabilidad del empleo
AINC	- Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
APIE	- Agrupaciones Portuarias de Interés Económico
CCOO	- Confederación Sindical de Comisiones Obreras
CCNCC	- Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
CE	- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CEE	- Comunidad Económica Europea
CEOE	- Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	- Comisión Europea de Pequeñas y Medias Empresas
CGT	- Confederação Geral dos Trabalhadoras (Brasil)
CLT	- Consolidación de las Leyes del Trabajo de Brasil
CNPF	- Confederación Nacional Patronal Francesa
COM	- Comunicación de la Comisión o Consejo Europeo
CPCC	- Comisión Paritaria del Convenio Colectivo
CSC	- Confederación de Sindicatos Cristianos
CRS o RSE	- Responsabilidad Social de la Empresa
DGB	- Confederación de Sindicatos Alemanes
DLRT/RDLRT	- Real Decreto-ley sobre Relaciones de Trabajo
DOCE	- Diario Oficial de las Comunidades Europeas/DOUE/2003
EE.MM.	- Estados Miembros
EE.UU.	- Estados Unidos de América
EFQM	- <i>European Foundation for Quality Management</i>
EM	- Exposición de Motivos



ERE	- Expedientes de Regulación de Empleo
ESOP	- <i>Employee Share-Ownership and Profit-Sharing</i>
ET	- Estatuto de los Trabajadores
ETT	- Empresa de Trabajo Temporario
EWC	- Comité de Empresa Europeo
FGTB	- Federación General del Trabajo de Bélgica
INE	- Instituto Nacional de Estadística
INI-TENEO	- Acuerdo para las empresas públicas del sector metalúrgico
L	- Ley
LET	- Ley del Estatuto de los Trabajadores – RD Legislativo 1/1995, de 24-III por él que se aprueba el Texto refundido de la Ley.
LETA	- Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo
LGSS	- Ley General de la Seguridad Social
LISOS	- Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LO-SAF	- Organización y Servicio – Facilidad de la Autenticación de la Seguridad
LOLS	- Ley Orgánica de Libertades Sindicales, Ley 11/1985 de 2-VIII
LPL	- Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	- Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995 de 8-XI
OCDE	- Organización de Economía Cooperación y Desarrollo
OIT	- Organización Internacional del Trabajo
PSOE	- Partido Social Obrero de España
PYMES	- Pequeñas y medias empresas
RDL/RDLRT	- Real Decreto Ley
RR.HH.	- Recursos Humanos
SC	- Sociedad Cooperativa
SE	- Sociedad Anónima Europea o Sociedad Europea

STC	- Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	- Sentencia del Tribunal Supremo
TAED	- Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TC	- Tribunal Constitucional
TCE	- Tribunal Constitucional de España
TJE	- Tribunal de Justicia Europeo
UCD	- Unión de Centro Democrático
UE	- Unión Europea
UGT	- Unión General de los Trabajadores
UTES	- Uniones Temporales de Empresas

## Resumen

Se presenta el derecho de los trabajadores a la participación en la gestión de la empresa como la forma más depurada de implicación de los trabajadores que contempla el ordenamiento jurídico laboral español.

La Constitución trae en el precepto del art. 129.2 de entre las otras formas imperativas de participación de los trabajadores en la empresa también el de gestión participativa, pero no ha sido desarrollado de forma a tornarse real y efectivo y el motivo es que falta el apoyo en el principio del debido valor al trabajo humano asalariado y el desarrollo del mandato a los poderes públicos.

El debido valor al trabajo humano no es más ni menos que el corolario de los principios inscritos como derechos fundamentales, o mejor, como enunciados pre-ambulares y síntesis de los derechos constitucionales fundamentales de la dignidad de la persona, del libre desarrollo de la personalidad y de la ciudadanía en y del trabajo.

Está superada la idea de incompatibilidad entre el derecho de participación en la gestión de la empresa y el derecho de propiedad y la libertad de empresa, mismo cuando es en su gobierno, por no afectar el poder de organización y dirección de la empresa que permanece con el empleador.

Para tornar real y efectiva la participación de todos los trabajadores asalariados en estos tiempos de modernidades donde el Derecho del Trabajo es cuestionado a cada crisis económica y de empleo, el que torna imperativa la reestructuración de este Derecho, para después alcanzar la participación en la gestión de la empresa. De ahí la propuesta de reorganización del Derecho del Trabajo en esta tesis, cambiando el foco de la protección que recae sobre la clase de los trabajadores subordinados para incidir sobre todo y cualquier trabajador asalariado, cuyo producto de su trabajo resulte ajeno, la propuesta es para que la protección del paradigma tuitivo recaiga sobre la persona.

En resumen, el articulado constitucional español, como ocurre en el Derecho comparado, contempla la participación en la gestión juntamente con las demás formas como se queda demostrado en la exegesis del art. 129.2 y 35.1 CE y sus conexiones con 9.2, 10.1 CE y otros, allá del establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Por su vez el Derecho del Trabajo que ha, al largo de su existencia, institucionalizado el conflicto y garantido la paz social, hoy no consigue expandir sus fronteras para abarcar las nuevas situaciones por esto, está a requerir una reorganización que lo estructure de forma modulada tal y cual la participación fundados en el debido valor al trabajo humano.

## Abstract

This research presents the workers' right to participate in the enterprise management decisions as the finest way for their implication that is set down in the Spanish labour legislation.

Although article 129.2 of the constitution includes the precept of participatory management amongst the other imperative ways of workers' participation in the enterprise, it has not been developed to become real and effective due to the lack of reliance upon the principle of the fair value of human paid work and the implementation of the mandate to public authorities.

The fair value of human work is, in fact, nothing less than the corollary of the principles enshrined as fundamental rights or, better, as preambular paragraphs and synthesis of the fundamental constitutional rights of the human dignity and the free development of personality and citizenship in both employment and work settings.

The idea of incompatibility between the right of participation in the enterprise management and the right of ownership and entrepreneurial freedom has been superseded; even in the governing body of the enterprise, it does not affect the right of enterprise organisation and management, which remains with the employer.

For the participation of all workers to be real and effective in these modern times, when the labour law is questioned in every economic and employment crisis, this thesis proposes a restructuring of that law which changes the focus of protection enjoyed by subordinate workers to emphasize any and all paid workers whose production is not related to them; the proposal suggests that the protection of the tutelary paradigm falls on the individual.

In summary, Spanish constitutional articles, as it happens in comparative law, provide for a participation in management as it is stated in the exegesis of articles 129.2 and 35.1 and their connections with articles 9.2, 10.1 and others, apart from what the Statute of Workers Rights establishes. As for the labour law, that has institutionalized the conflict and guaranteed social peace throughout its existence, nowadays it seems unable to expand its borders to deal with the new situations and, that is why, it requires reorganization in a modulating way so that the participation is based on the fair value of human work.

## TESIS DOCTORAL

### EL DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA. (Un estudio bajo la perspectiva de la reorganización del Derecho del Trabajo)

#### ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	17
<b>CAPÍTULO I – LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SU CONTEXTO. (Cuestiones Propedéuticas).....</b>	<b>29</b>
<b>I. El mandato constitucional del artículo 129.2 CE sobre la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa. (La problemática de la titularidad y de efectividad) .....</b>	<b>29</b>
1.1. Cuestiones iniciales en torno del mandato del artículo 129.2 CE cuanto a la participación de los trabajadores en la empresa en la Constitución de un Estado Social y Democrático de Derecho.....	30
1.2. Cuestiones iniciales relativas a las implicaciones del Derecho Social Comunitario al enunciado del artículo 10.2 CE y por su conexión con el artículo 129.2 CE .....	36
1.3. Mandato Constitucional de participación de los ciudadanos en la vida económica (art. 9.2 CE) .....	40
1.4. Mandato Constitucional relativo a la participación de los trabajadores en la empresa.....	65
1.5. Garantía de los derechos del empresario a la propiedad y a la libre empresa y el derecho de participación de los trabajadores en la empresa.....	85
1.6. El principio del debido valor al trabajo humano como garantía de la participación y su inclusión entre los derechos fundamentales .....	102
<b>II. Contexto de la participación y su escenario .....</b>	<b>128</b>
2.1. Centro de trabajo y empresa.....	129
2.2. Estructura jurídica y social de la organización empresarial.....	130

2.3. Poder empresarial y democracia en la empresa visando la participación .....	133
2.4. Principios rectores de la política social y económica de contenido laboral ....	149
<b>III. Cuestiones del escenario que si tiene y del que se propone y sus elementos esenciales .....</b>	<b>151</b>
3.1. Cuestiones del actual escenario de la participación .....	151
3.2. Cuestiones del escenario que se propone para la participación .....	156
3.3. Elementos esenciales en los escenarios propios de un ambiente de participación: los sujetos, las relaciones y el objeto .....	158
 <b>CAPÍTULO II – PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN LA PERSPECTIVA DE UN DERECHO MONOLABORAL Y EL PRINCIPIO DEL DEBIDO VALOR AL TRABAJO HUMANO.....</b>	<b>203</b>
 <b>I. Configuración de los derechos y los fundamentos de la participación.....</b>	<b>204</b>
1.1. Deber de trabajar y el derecho al trabajo .....	204
1.2. Caracterización doctrinal del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa.....	235
1.3. Aspectos conceptuales de la participación de los trabajadores e institutos conexos.....	245
 <b>II. Evolución institucional y normativa de la participación de los trabajadores en la empresa .....</b>	<b>258</b>
2.1. Participación y representación de los trabajadores en las normas de la Organización Internacional del Trabajo.....	258
2.2. Origen y evolución de la participación de los trabajadores en la Unión Europea .....	260
2.3. Origen y evolución de la participación de los trabajadores en la empresa en España.....	278
 <b>III. Formas de participación de los trabajadores en la empresa .....</b>	<b>308</b>
3.1. Formas tradicionales de participación .....	308
3.2. Nuevas formas de participación .....	325
3.3. El derecho de información, consulta y participación y su reflejo en España..	341
3.4. La participación transnacional de los trabajadores en la empresa.....	355
 <b>IV. Participación de los trabajadores en el Derecho Comparado.....</b>	<b>365</b>

4.1. Participación de los representantes de los trabajadores en la empresa y el comité de empresa alemana.....	366
4.2. Representación de los trabajadores en Francia .....	387
4.3. Representación de los trabajadores en Italia .....	399
4.4. Representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa en Portugal .....	413
4.5. Representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa en el Derecho británico .....	416
4.6. Participación y representación de los trabajadores en otros países europeos	442
4.7. Representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos de América del Norte.....	446
4.8. Participación y representación de los trabajadores en América Latina.....	455

**CAPÍTULO III - LA COMPATIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA CON EL DERECHO MONOLABORAL Y LA NECESIDAD DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO VALOR AL TRABAJO HUMANO 465**

**I. Derecho del Trabajo, fronteras, inestabilidad y reorganización hacia una más efectiva participación..... 467**

1.1. El Derecho del Trabajo subordinado, dependiente y no dependiente .....	468
1.2. Debate sobre las fronteras del Derecho del Trabajo .....	472
1.3. Crisis de Derecho del Trabajo y sus efectos sobre la participación.....	488
1.4. Deconstrucción del Derecho del Trabajo y sus efectos sobre la participación	494
1.5. Refundación o redefinición del Derecho del Trabajo para la participación....	503
1.6. La necesidad de reorganización del Derecho del Trabajo para la concreción de la participación .....	509

**II. Derecho Monolaboral y la función de asegurar la efectividad de la participación ..... 517**

2.1. Reflexiones sobre nomenclatura adoptada. La taxonomía.....	518
2.2. Fundamento del cambio .....	519
2.3. Innovaciones .....	521
2.4. Vigas maestras de Derecho Monolaboral y el nuevo paradigma.....	525
2.5. La perspectiva de estabilidad del Derecho Monolaboral y la efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa .....	525

<b>III. Cambios del marco regulador laboral en el siglo XXI en España y la significativa implicación para la participación de los trabajadores en la empresa</b> .....	<b>528</b>
3.1. La larga senda de la reforma laboral, casi que permanente .....	529
3.2. Reforma laboral de 2012 en España .....	536
3.3. Desplazamiento del peso de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa y su reflejo sobre participación y representación.....	545
<b>IV. Sugerencias. La contribución para el futuro de la participación y del Derecho laboral</b> .....	<b>564</b>
4.1. Propuestas .....	564
<b>CAPÍTULO IV – CONCLUSIÓN</b> .....	<b>571</b>
<b>I. Tesis</b> .....	<b>571</b>
<b>II. Síntesis conclusiva</b> .....	<b>581</b>
1.1. Marco general de la participación en la empresa .....	581
1.2. El Derecho del Trabajo y la perspectiva de reorganización .....	596
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>601</b>



## INTRODUCCIÓN

Este trabajo de tesis doctoral como coronamiento de una intensa actividad que no se reduce tan solo al desarrollo de una investigación que empezó en 2006 buscando repostas para los siguientes cuestionamientos que afligía este investigador: ¿Cómo tornar real y efectiva la participación de los trabajadores en la empresa cuando el propio Derecho del Trabajo no lo es, o mismo deja de serlo cuanto a una considerable masa de trabajadores?; ¿Dónde esta la llave para revertir este cuadro?; Existe en la cumbre del ordenamiento jurídico laboral español las garantías al derecho de participación en la empresa?; ¿Cual instituto de derecho puede ser la garantía a la efectividad de la participación de los trabajadores y al propio tiempo del Derecho del Trabajo cuando esto mismo periclita? En verdad se sabe que el derecho para ser efectivo precisa, por lo menos, que el Derecho que lo contiene lo sea.

Todavía, motivos ajenos a la voluntad del investigador se ha extendido hasta ahora, pero tiene un recorrido más largo, que es la duda que paralela y umbilicalmente ligada aquellas indagaciones tiene dominado su espíritu por todo este tiempo, y que es traducida por una cuestión que nace del enderezamiento de la protección a ser dispensada por el Derecho del Trabajo. Sabiéndose que su intento es proteger el lado más débil del contrato para propiciar un mínimo de equilibrio en el contrato de trabajo y, por tanto, un derecho fundado en un paradigma tuitivo, que tiene en el acuerdo de voluntad individual, si es que se puede decirlo siempre así, generador de derechos y deberes para ambas las partes. Un derecho que debía proteger la persona, mismo que tenga también el objeto de institucionalizar el conflicto, pero que por primero busca equilibrar la relación laboral y contractual, y cuya duda es la siguiente, así desdoblada.

¿Por qué este derecho no está dirigido a la protección de la persona del trabajador en sí? ¿Por qué fue construyendo para protección de categorías y no del trabajador, individualmente considerado, mismo siendo el legislador consciente que quien sienta delante del empleador para negociar los términos del contrato, si es que alguna vez esto ocurrió, es el ser humano desnudo de cualquiera protección, sin cualquier poder, frágil y necesitado de un empleo, a este ser el Derecho de Trabajo no se dirige directamente?

¿Lo que impide el Derecho del Trabajo que se dirija y proteja el trabajador en el momento que más precisa, porque es en este momento que define su vida y a relación con la persona que lo contrata, el empleador y a quien se subordinará o de quien se quedará dependiente quizá por largos años?

No se puede negar que el Derecho del Trabajo no tenga tenido una función excepcional en esto más de un siglo de existencia, pero se protegiese el ser humano

también en cuanto protege la categoría, entonces suya función se podría decir que sería más completa.

Todavía es cierto que, en una visión primer, nos parece que se dirige a la persona pero no es así, se no veamos lo que dijo el Tribunal Constitucional de España: “[...] el legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto del empresario, pretende reducir mediante el adecuado establecimiento de medidas igualitarias [...]”<sup>1</sup>

Así es que se una persona que busca desarrollar un labor será protegido por medidas igualitarias por el Derecho del Trabajo, se y sólo se fuer como empleado de cualquiera actividad no prohibida por el derecho, pero en la condición de subordinado, lo que excluye el autónomo que, dígase ahora está amparado por el Estatuto del Trabajo Autónomo, pero el Derecho del Trabajo no lo alcanza sino por la vía indirecta, lo mismo ocurre con otros trabajadores, que son parcialmente protegido por un Derecho que fue erigido para proteger el trabajador subordinado. Y, que hasta hoy en España no ha promovido la efectiva y real participación de los trabajadores en la casi totalidad de las empresas españolas como medida de ciudadanía.

Acreditase que es factible ampliar la protección dirigiéndola también a toda y cualquiera persona que desarrolla un labor en provecho de otra, incluso en el sector público y no sólo en el privado. De ahí se proponer una reorganización del Derecho del Trabajo que ha de resultar en un derecho que se ajuste al perfil del trabajador en la actividad que ejerce y que podrá llamarse de Derecho Monolaboral.

El Derecho Monolaboral no es sólo una propuesta de cambio de nomenclatura, lo que se pretende es el cambio de eje en torno del cual el Derecho Laboral gravita y la razón es, quien contrata trabajo como empleado subordinado o dependiente es uno ser humano con necesidades propias, con una dignidad que, por lo más concesión que haga, cuanto a disponibilidad de su tiempo, de su esfuerzo físico e intelectual y el comprometimiento personal que le ha de consumir la savia vital por longo tiempo o no, pero que resulta en un desgaste que no se puede reponerse jamás, mismo que el trabajo le agracie como un placer, realización personal, protección para sí y su familia, no pierde su naturaleza de trabajo subordinado.

En última análisis, lo que se propone es el imperio de un principio que es el del debido valor al trabajo humano y que esté garantizado desde la Constitución Española y por el Derecho Monolaboral en toda su plenitud. Para esto se debe empezar erigiendo el principio de debido valor al trabajo humano a la condición de derecho fundamental con rango junto al de la libertad de la persona, los derechos inviolables

---

<sup>1</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia 3/1983.

que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Pues este será el fundamento del Derecho Monolaboral.

Esta nomenclatura, Derecho Monolaboral, quiere designar un derecho que pretender ser único, que alcance todas las manifestaciones del trabajo humano en provecho de otra persona y para esto, se debe estructurar en una base general que sería lo que se puede convenir de grado I, donde están los principios y derechos fundamentales que tienen carácter general para todo y cualquier trabajador, siendo estos los únicos derechos aplicados al trabajador que no es subordinado ni poseé cualquiera forma de dependencia y que trabaja por cuenta propia, pero el producto de su trabajo resulta al final ajeno; el grado II contiene los derechos que corresponden a los trabajadores no subordinados, pero económicamente dependiente como es parte de los autónomos, allá de los derechos específicos suyos, abarca también los del grado I; el grado III alcanza los trabajadores subordinados que desarrollan trabajo ajeno, pero que tienen un régimen parcial de tiempo de jornada de trabajo y comprometimiento, siendo cumulativo con los grados I y II; grado IV compuesto por los trabajadores subordinados, dependientes y ajeno, a tiempo integral y exclusivo para un único empleador, ello es cumulativo con todos os demás, o sea, con los grados I, II y III.

La estructuración del contenido del Derecho Monolaboral se hace distribuyéndolo en cinco Libros, donde se quedan definidos los perfiles de los trabajadores y los derechos que le son inherentes. Integran también ese derecho dos anexos, el Anexo I contiene las normas y procedimientos de Administración pública y el Anexo II las normas y procedimientos procesales del trabajo.

La necesidad de proponer la reorganización del Derecho del Trabajo se ha sentido después de estudiar los efectos colaterales de las crisis sobre esta rama del derecho y que han llevado doctrinadores científicos a afirmar, de entre otras cosas, dos teorías que llaman atención por sus propiedades, que no son opuestas, pero poseen vertientes distintas y que tendrán en esta tesis un estudio sencillo, con destaque para sus líneas maestras. Esta teoría es “La Deconstrucción del Derecho del Trabajo” desarrollada por el Profesor Dr. Ojeda Avilés en la obra de mismo nombre de la teoría; y la teoría de la refundación del Derecho del Trabajo desarrollada por el Profesor Dr. Palomeque López en la obra “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”.

Los paradigmas apuntados por uno y otro científico es que da cauce a la propuesta de una posible reorganización del Derecho del Trabajo, que se irá sostener como parte de la tesis sobre la participación de los trabajadores en las empresas que es un derecho inoponible de los trabajadores subordinados y dependientes pues proviene de la ley ; que es posible para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, por medio de convenio colectivo; y dispensable para los demás

autónomos y otros equiparables, pero también libre, según acuerdo con el tomador del servicio o de obra que los remunera.

Se pretende probar al final que el Derecho del Trabajo tiene futuro como lo afirman los autores de las teorías citadas y que la participación del trabajador en la empresa es un derecho que tiene que ser respetado por quien asalaria el trabajador, sea este individual, colectivo, persona física o jurídica, nacional o internacional. Y, su fundamento es que el destino de la empresa interesa tanto al empresario cuanto al trabajador, que con él tienen un vínculo laboral, un objeto en común, y hasta alguno riesgo, cuando la empresa quiebra, pues pierde el empleo y en la mayoría de las veces única fuente de sustento para él y su familia.

Las propuestas de alteración del ordenamiento jurídico son antes de más nada sugerencias, pero es el camino para sostener la tesis que se propone y lanzar una provocación a la comunidad científico laboral. Por su vez, también pretende ser una colaboración para el futuro de la ciencia del Derecho y de la paz social.

El objeto principal del presente trabajo es la participación de los trabajadores en la empresa, desde la perspectiva de un Derecho Laboral reorganizado, más concretamente con el cauce del debido valor al trabajo humano, que privilegia la dignidad de la persona.

La tesis que se argumenta e se intenta defender consiste resumidamente en que por primero el ordenamiento jurídico laboral español contempla el derecho de participación de los trabajadores en la empresa y de forma imperativa, pero no asegura su real efectividad por la ausencia del debido valor al trabajo humano; por segundo que en el actual Derecho del Trabajo la dignidad del ser humano que trabaja vino ganando afirmación al largo del desarrollo de la consolidación del ordenamiento laboral, sin todavía llegar a alcanzar el paradigma del debido valor al trabajo humano, garantizador de la participación, que relativiza y modula el poder de decisión como potestad genérica inherente a la propiedad y la libre empresa, bien como, tomando en consideración otros intereses constitucionalmente protegidos y que confluyen con los de la propiedad en el estatuto jurídico de la empresa y del propio contrato de trabajo, en cuanto corolario de la relación laboral.

Más aún, se considera que en el caso concreto de la participación de los trabajadores en las decisiones o gobierno de la empresa, en el supuesto del poder absoluto promovido por el derecho de propiedad, así entendido por el estatuto privilegiado dentro de la Constitución económica, pero que con el ejercicio que se le da hasta hoy envilece principios consagrados como los de la dignidad de la persona, de los derechos que le son inherentes y del libre desarrollo de la personalidad del trabajador asalariado, en cuanto derechos fundamentales esenciales, a los cuales se debe adjuntar el principio del debido valor al trabajo humano.

La propiedad de la empresa que esté diluida en acciones, es decir, sus propietarios simples inversores de una sociedad anónima, carece del elemento personal que otorga a la propiedad un dicho estatus, así también en la sociedad de responsabilidad limitada, con la ruptura, en ambos los casos y en grados diferentes, del arquetipo de propietario-empresario que compromete gravemente su patrimonio, y que por esto ha de ser sopesado en su debida medida al dividir el poder empresarial en un mecanismo de participación de las decisiones en la empresa.

En situación opuesta u otro extreme, en las empresas personalistas donde la propiedad posee ese elemento personal, en razón del propietario-empresario tener una responsabilidad ilimitada que arriesga en su actividad la totalidad de su patrimonio, elemento personal que puede legitimar la eventual atribución unilateral del poder decisorio en ese tipo de empresa, sin embargo, esto no exenta, bajo el argumento de aumentar el riesgo que piensa representar la participación mismo que minoritaria de los trabajadores en la empresa, en respecto al debido valor que debe al trabajo humano y por vía de consecuencia su dignidad, al tener por lo mínimo, una representación o derecho de información y consulta que de forma alguna compromete el poder directivo y organizativo del empresario.

Todavía en una posición intermedia la propiedad en la empresa de responsabilidad limitada sufre la ruptura del arquetipo de propietario-empresario de la empresa personalista, cediendo lugar a un criterio de modulación de poder decisorio que tenga en cuenta otros intereses constitucionalmente protegidos, junto con el de la propiedad en el seno de la empresa, también en respecto a la dignidad del trabajador ciudadano.

La argumentación que al largo de este trabajo se desarrolla, a la medida que se presenta los importantes recorridos históricos, la situación presente con ciertas dosis de angustia por las polifacéticas crisis que afectan el empleo, y por la reorganización que se proyecta para el futuro, defendiendo la participación de los trabajadores, incluso en sus perfiles más extremos de cogestión paritaria, que no es de forma alguna incompatible con la Constitución económica española y, más concretamente, con la regulación constitucional de derecho de propiedad que debe atender a su función social y de la libre empresa, en el marco de la economía de mercado por un lado, y el derecho al trabajo de otro. Por más razón aún, cuanto al deber de asegurar la promoción a través del trabajo y la dignidad en el nivel más alto que les aseguran los derechos fundamentales, atendiendo incluso al mandato contenido en el art. 129.2 de la Constitución, de la promoción de las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa.

No se tiene intención de incurrir en excesos, pero es inevitable una argumentación en torno de la necesidad de una reorganización del Derecho del Trabajo

en el momento actual, en que él no solo ha perdido la capacidad de expandir sus fronteras para abarcar nuevas situaciones de mercado laboral, pero que viene en un proceso de contracción o cesión de espacios propiciando zona de nadie, antes ocupado por él y que deja para ocupación por otras ramas como el Derecho Civil, Mercantil y Administrativo, en perjuicio del trabajador asalariado, mismo ante la nueva legislación del trabajo autónomo, y más, el peligro que representa para la paz social y los derechos de ciudadanía, las formas de trabajo al margen de cualquier ley, ante a procesos de deconstrucción como reconoce la doctrina, al tiempo en que, también se desarrollo la defensa de una refundación del actual Derecho del Trabajo.

Antes de presentar el método y estructura del trabajo, conviene hacer algunas advertencias. En primer lugar se constata que el derecho de participación de los trabajadores en la empresa es uno de los aspectos de la Constitución económica española que solo ha recibido alguna atención de parte de la doctrina en los últimos diez años y por alguno tiempo. Para tanto, es probable que haya contribuido el hecho de que las propuestas relativas a la participación en la empresa no hayan tenido gran protagonismo en el debate político y en la concertación social en España, desde la promulgación de la actual Constitución. La atención por parte del legislador ha sido mayor en periodos de excepción democrática, mismo que por una legislación paternalista y de nivel y constitucionalismo cuestionado, como ha ocurrido incluso en el derecho comparado, donde la atención no ha sido mayor, a excepción de Alemania, por su influencia inclusive en el Derecho Social europeo, de donde han partido algunos imputes de armonización o reglamentación.

La segunda advertencia es para aclarar que el cerne de esta tesis y toda la construcción argumentativa que parte del estado de la arte, con apoyo en el acervo doctrinal científico y jurisprudencial específico, bien como en la legislación laboral, está en la participación de los trabajadores en la empresa, que se fundamenta en un nuevo paradigma, el debido valor al trabajo humano.

Así es que la tesis trata de la participación de los trabajadores en la empresa, todavía unas cuestiones de hondo y otra de forma precisan ser planteadas en relación al propio Derecho del Trabajo y que se espera tenga acogida por la doctrina y se posible por el legislador, incluso para que sea exequible la participación propuesta.

La necesidad de reorganización del Derecho del Trabajo de que se ocupa en la investigación también es solo como medio o instrumento para asegurar la efectiva y real participación.

En tercero lugar como el autor de este trabajo de tesis no tiene ciudadanía española y sin brasileña ha optado por una construcción de lenguaje argumentativa en la tercera persona, o de forma impersonal y que también no utiliza la expresión nuestro

país o nuestra Constitución por aquello motivo. Esto también es el motivo de citar situaciones inherentes al Brasil al largo del trabajo.

Por último es más una constatación que advertencia, las experiencias más importantes de participación en el proceso decisorio en la empresa han tenido una mayor incidencia histórica en el sector público, incluso la cogestión alemana que ha afectado a todas las grandes empresas de aquel país, independientemente de su titularidad, por el que la participación se aplica a los dos sectores público e privado.

Estas aclaraciones anteriores no pretenden sino acotar el objeto de estudio y justificar la imposibilidad de abordar toda la vasta problemática, así siguiendo un hilo que parte desde el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Social europeo y en España investigase el derecho legislado, la doctrina y la jurisprudencia, para a final contrastar con el Derecho Comparado.

Es imperativo también se apuntar algunas reflexiones de orden metodológica que para empezar en principio parece paradójico pretender una investigación jurídica sobre un instituto que carece, al menos en el ordenamiento jurídico español, de suficiente concreción positiva constitucional, ya que esta se limita hasta el presente, según buena parte de la doctrina, al abstracto enunciado del art. 129.2 de la Constitución y a un limitadísimo desarrollo legislativo.

Puesto así, esta investigación no convierte automáticamente la materia en puro estudio de Derecho Constitucional y Laboral comparado, si bien se recurre por veces al Derecho extranjero y, en concreto, al derecho alemán, no sólo por el amplísimo desarrollo legislativo de aquella, sino también por su engarce constitucional, que ha permitido elaborar una importante jurisprudencia al respecto. Por otro lado el frecuente llamado y mismo un sencillo estudio del Derecho Social europeo permite un examen del desarrollo legislativo del tema participación en la empresa en el ámbito comunitario e interno en España y la recíproca influencia.

Por lo tanto, no se trata de una mera reflexión de *lege ferenda*, aunque también, es que si se parte como Bobbio de “la divergencia entre lo que el derecho es y lo que el derecho debe ser en el interior de un mismo ordenamiento jurídico”<sup>2</sup>, es decir, entre efectividad y normatividad del derecho, considerase que la participación en la empresa, en los términos que se desarrollan en el trabajo, pertenece al ámbito normativo del Derecho Constitucional español, aunque carezca de efectividad, salvo excepciones casi anecdóticas. El que se intenta evitar es las limitaciones de un cierto sociologismo jurídico, que no admite más derecho que el que efectivamente se aplica y para ello conviene partir de una visión más comprensiva del universo jurídico, que

---

<sup>2</sup> BOBBIO, N., Prólogo a la obra de FERRAJOLI, L., Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (trad.), Madrid 1995, p. 17.

considera como derecho vigente tanto al “derecho válido”<sup>3</sup> como al “derecho efectivo”<sup>4</sup>.

En el desarrollo de este trabajo otro de los errores metodológicos en los que se intenta no incurrir es el que provoca muchas veces la defensa a ultranza de la autonomía y de la lógica diferenciada de cada disciplina, con el encastillamiento de cada una de las ciencias del hombre, estableciendo “fronteras inexpugnables”<sup>5</sup> entre ellas investigada con el debido cuidado cuando se trata de las huidas en las fronteras del Derecho del Trabajo y otras ramas. El resultado de dicha incomunicación es la desintegración de la investigación social, tendiéndose al mero empirismo en cada rama del saber y quedando relegada la teorización abstracta al ámbito de la filosofía.

La estrategia para evitar tales males consiste en introducir una cierta dosis de interdisciplinariedad en la investigación social, de forma que el prurito de la autonomía no impida recoger aportaciones de otras disciplinas, como la historia, la sociología, la ciencia política de entre otras. Sin embargo, probablemente sea más sencillo a este respecto realizar el diagnóstico e incluso recetar la terapia que aplicarla luego en la práctica.

Las anteriores consideraciones metodológicas resultan de especial aplicación al ámbito de investigación del presente trabajo, que es el de la participación del trabajador en la empresa, que tiene su piedra angular en el debido valor al trabajo humano. Así es que, no se puede realizar una crítica del actual poder empresarial, ni plantear reflexiones de *lege ferenda* sobre eventuales reformas sin intentar aprehender en su complejidad el instituto de la participación ante al fenómeno jurídico de la propiedad y la libertad de empresa.

Si por un lado la dificultad de este proceso reside en la indefinición de una cierta “ambigüedad y vaporosidad”<sup>6</sup> que ha dado el constituyente a las diversas formas de participación en la empresa estaría bien, pero es que existen dos otros aspectos relevantes, primero es que se cuestiona estar la participación de los trabajadores en la empresa contemplado por la Constitución como derecho del trabajador y una obligación del empleador, y también, que hoy, hay toda una suerte de

---

<sup>3</sup> Aquí se decanta por quienes consideran que el problema de la validez del derecho queda profundamente replanteado, aunque por supuesto no del todo solventado, a partir de la formulación de las normas constitucionales sustanciales en forma de principios. En este sentido son importantes las aportaciones de: ALEX, R., *El concepto y la validez del derecho*, ed. Esp., Barcelona 1997. Para una perspectiva crítica, PIETRO SANCHIS, L., *Constitucionalismo*, México 1997.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad.), Madrid 1995, p. 17.

<sup>5</sup> LÓPEZ GARRIDO, D., *La crisis no resulta de las ciencias jurídicas y el método en Derecho Constitucional*. En *Rev. Vasca de Administración Pública*, nº 15, 1986, p. 68.

<sup>6</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 14.



cuestionamientos sobre el propio Derecho del Trabajo, levantado en el Capítulo I, que ha influenciado fuertemente en la metodología de abordaje de este trabajo de investigación y estructura de esta tesis.

Hechas estas observaciones de orden metodológica, se va intentar exponer brevemente el argumento que se pretende defender en este trabajo. Él consiste en el debido valor al trabajo humano, condición de dignidad de la persona en el trabajo a ser tornado efectivo y real por la participación en la empresa, con cauce en la amplísima habilitación constitucional enunciado en el art. 129.2 de la Constitución española, pero no solo por él, más por todo el aparato del Estado Social y Democrático de Derecho que preside todo el sistema de protección constitucional dispensado a los ciudadanos españoles.

Bajo esta perspectiva si va a desarrollar estos argumentos desde tres perspectivas, abordando cada una de ellas en un capítulo específico.

En el primer capítulo, si va a presentar las cuestiones propedéuticas que dimanar del enunciado en el ordenamiento jurídico español a partir del mandato constitucional del art. 129.2, que determina la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa, en un Estado social y democrático de Derecho y sus implicaciones con el Derecho social comunitario, en razón del art. 10.2 CE y su conexión con aquel artículo.

Este estudio contextualiza en el escenario donde se desarrolla o debería desarrollar el derecho a la participación y los aspectos intervinientes, incluso el poder en presencia de una democracia empresarial a la luz de los principios rectores de la política social y económica previstos en la Constitución, en un escenario que existe y el que se propone.

Cerrando el capítulo investigase los elementos esenciales que deben estar presentes en un ambiente de participación de los trabajadores en la empresa, involucrando los sujetos que actúan en tal régimen, la relación que se establece entre los sujetos y el objeto de esta relación, identificados desde los intereses de cada involucrado en vista de la participación.

En el segundo capítulo, el más largo de ellos en el cual se examina los aspectos específicos de la participación de los trabajadores en la empresa en toda su amplitud, incluso en la perspectiva de un Derecho del Trabajo reestructurado y del principio del debido valor al trabajo humano.

Para sustentar la tesis que se pretende defender, de inicio, se trata de la configuración de los derechos y los fundamentos de la participación, incluso en relación al propio derecho al trabajo, condición primera de cualquier forma del ejercicio del derecho de participación y del correlato deber de trabajar previstos en el

art. 35.1 CE, tanto más, en razón del mandato de participación de los ciudadanos en la vida económica del art. 9.2 CE.

La investigación que se hace desde la origen del derecho examinado que coloca bajo la lente la evolución institucional y normativa la participación de los trabajadores en el ámbito internacional con la construcción normativa emprendida por la OIT, seguida por un estudio realizado en el Derecho social europeo, y su influencia en la aplicación directa, armonización o transposición de normas y después la concreción de la participación de los trabajadores en el orden jurídico, la doctrina y jurisprudencia en España.

Sigue la investigación con el estudio de las diversas formas de participación en la empresa focalizando las tradicionales y las nuevas formas extrayendo las lecciones del pasado, avaluando la eficiencia del presente y proyectando las propuestas para el futuro.

Al final del capítulo para una visión y análisis comparativa se desarrolla un estudio del derecho de participación en la empresa y la forma de su expresión en los ordenamientos jurídicos de países como Alemania, Francia, Italia, Portugal, Inglaterra y de forma más sencilla Holanda, Luxemburgo, Suecia, Dinamarca y Bélgica por la influencia y el interés paralelo de sus características más tajantes. Estudiase también otros países como Estados Unidos por su importancia e influencia en el mercado económico y también algunos países de raíz y modelo latino de derecho de mayor expresión para este trabajo. Por las limitaciones propias de esta tesis, no fueran examinados ordenamientos jurídicos de otros países que parecieran tener menor correlación en este estudio.

En el tercer capítulo se procura demostrar, de inicio, la constatación de que el Derecho del Trabajo ha perdido una de sus características más singular que es la capacidad de expandir sus fronteras para alcanzar nuevos tipos de relación y sujetos en un mercado de trabajo cambiante, e incluso, con retracción de sus fronteras criando zonas gris y cediendo espacio para otras ramas del derecho que no ofrecen al trabajador asalariado la misma protección en el campo laboral. El que se constata es que el derecho reconocido por del art. 35.1 y la orden de protección en el 35.2, solo abriga el trabajador ajeno y subordinado del Estatuto de los Trabajadores y más recientemente el trabajo autónomo con el Estatuto del Trabajo Autónomo, dejando sin amparo alguno una parcela considerable de trabajadores.

Investigase, no solo los efectos principales sobre el ordenamiento laboral de las crisis económica, financiera, de comunicación, tecnológica, técnica, robótica y de la mundialización de los mercados, de entre otros, como también el que se tiene afirmado como crisis de propio Derecho del Trabajo.

El estudio del proceso de culpabilización de la legislación laboral como desencadenador de las crisis tan frecuentes y cíclicas en los tiempos modernos, ha llevado la investigación de los procesos de deconstrucción del Derecho del Trabajo y la sustitución de viejo paradigma tuitivo y del nuevo de la equidad y eficiencia y de refundación o redefinición de ese derecho. El estudio de la deconstrucción se basa en la teoría que delimita su análisis a un núcleo compuesto por el empresario, el trabajador y el contrato y sus idiosincrasias; y las teorías de refundación o redefinición como propuesta de reforma o revisión morfológica del Derecho del Trabajo. En este trabajo las dichas teorías sirven para reforzar el argumento de una necesidad de reorganización del Derecho del Trabajo, objeto de propuesta en esta tesis por su imperiosidad para la efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa.

Resulta de la investigación el estudio de la posibilidad de reorganización del Derecho del Trabajo que implicaría en una propuesta de un Derecho Monolaboral que encerraría, desde su nomenclatura, la idea de un derecho único, que ampare a todos los trabajadores asalariado indistintamente en su relación laboral, que tiene como fundamento la dignidad de la persona en el trabajo y que se manifiesta por el debido valor al trabajo humano, cuya una de sus más importante manifestaciones es la participación del trabajador en las decisiones de la empresa.

Las innovaciones propuestas preservan el contenido de las normas estatutarias existentes, es decir, de la LET y LETA en todo que fuera compatible, y acrecienta las no existentes pero necesarias que se criarían con relación a las actividades laborales, garantizando la sistematización en una unidad sistémica. La nueva reorganización vendría en un Estatuto previsto en el art. 35.2 CE, que se compondría de cinco libros y el derecho modulado por grados, con las normas pertinentes, y dos anexos, un anexo tendría las normas y procedimientos administrativos y el otro anexo todos los procedimientos procesales del Trabajo.

Los desafíos económico, financiero y social impuestos a España están a requerir osadía de todos cuantos puedan aportar caminos y salidas que ayuden, con la más mínima contribución que sea, para la superación de los problemas de cada sector de la más compleja y profunda crisis de empleo. Si es verdad que el Derecho del Trabajo tiene algo a ver con ella entonces se ofrece este modesto estudio con las sugerencias que se puede presentar al universo científico, incluso al Tribunal que más cedo o más tarde ha de jugarlas.

Por último, cerrando el capítulo se ofrece a título de sugerencia como aportaciones para el futuro y provocación a la doctrina, si es que merece esta clasificación, una serie de reflexiones y propuestas, incluso de alteraciones del ordenamiento jurídico laboral desde la Constitución española.

Ahora bien, finalizando el contenido del trabajo viene el capítulo cuarto, donde se presenta el sostenimiento de la tesis, en sus aspectos más relevantes, en treinta y dos formulaciones y conclusiones parciales que tiene el propósito de reforzar el sustento de la tesis.

Este último capítulo es seguido de una bibliografía de las fuentes que embazaran la formación del contenido de este trabajo y que ayudan a sostener la tesis y presentar el trabajo, el más próximo posible de la lengua española para este investigador.

## **CAPÍTULO I – LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y SU CONTEXTO. (Cuestiones Propedéuticas)**

Teniendo en cuenta que para este estudio sobre la participación de los trabajadores en la empresa pueda ser avaluado como un trabajo fundado en bases científicas es preciso que se le busque los fundamentos construidos en el pasado y que son ofrecidos por la historia.

Es claro que esto sólo no es suficiente, es preciso también contextualizarlo en el presente, no sólo identificando la realidad, pero también el estado de la arte y por fin proyectarlo para el futuro, demostrando su utilidad.

Así es que para empezar se va situar a la raíz del derecho de participación en la empresa en España y de ella examinar el instituto en todos los aspectos que lleve a confirmación de que es un derecho de todo trabajador asalariado, enfocando por primero algunas cuestiones propedéuticas del mandato constitucional.

### **I. El mandato constitucional del artículo 129.2 CE sobre la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa. (La problemática de la titularidad y de efectividad)**

La tesis que se pretende defender no es un trabajo de discusión científica en el campo del Derecho Constitucional, pero si sobre lo ejercicio de los poderes públicos en el particular cumplimiento del mandato impuesto en la Constitución, también no lo es del Derecho Administrativo, si no algunos aspectos que le toca en relación a la Administración Pública y los servidores públicos; menos aún de Derecho Mercantil o la Economía, pero si ha de preocupar con la empresa, la participación, la producción y el mercado; tampoco es un trabajo sobre el Derecho Civil, todavía se ha de atender a la propiedad privada, la persona y las garantías, derecho y deberes, que les son inherentes.

Ahora si, él es un estudio en el ámbito del Derecho relativo a la persona del trabajador y sobre el Derecho del Trabajo, donde se busca la confirmación que el derecho de participación en la empresa inscripto en la Constitución Española es un derecho que debe acudir todas las personas que trabajan de forma libre y asalariada, esté o no alcanzado por el Estatuto de los Trabajadores, el Estatuto del Trabajo Autónomo y otras normas referentes al labor, y para esto se ha de buscar apoyo en las ramas citadas y quizás también en otras ciencias como la Política y la Sociología para

que se pueda afirmar la efectividad del mandato constitucional de promoción del derecho en estudio.

### 1.1. Cuestiones iniciales en torno del mandato del artículo 129.2 CE cuanto a la participación de los trabajadores en la empresa en la Constitución de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Este trabajo de tesis está anclado en un proceso de relectura que tiene como cauce dos fundamentos doctrinales, la “deconstrucción”<sup>1</sup> de algunos conceptos como es ejemplo el del propio tema central sobre el cual se plantearán inicialmente las cuestiones y entorno del que se desarrollará el análisis que es la participación de los trabajadores en la empresa, para en un segundo momento buscar una “refundación”<sup>2</sup> que necesariamente pasa por algunos otros institutos del Derecho del Trabajo y hasta la propia reorganización de este.

Cualquier que sea el estudio que se haga del dicho tema central aquí enfocado, es decir el derecho a la participación de los trabajadores en la empresa, debe empezar por su raíz que está en el artículo 129.2 de la Constitución española y que no es nada pacífico en su redacción y posición estructural “extrasistemático”<sup>3</sup>, sea por la doctrina científica que lo clasifica como “el ambiguo y problemático derecho a la participación en la empresa”<sup>4</sup>, reforzado el entendimiento por ser “el art. 129.2 CE una norma en blanco, precepto abierto, lo deja todo en manos del poder legislativo”<sup>5</sup>, sea por la interpretación jurisprudencial, como ocurre en aclaraciones del Tribunal Constitucional.

Por él

(...) no se trata como es manifiesta, de un derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado, que la Ley puede, en tal caso organizar (...) Sentencia 51/1984 de 25 de abril, BOE nº. 128/1984, de 24 de mayo.

---

<sup>1</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 16.

<sup>2</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 37.

<sup>3</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 389.

<sup>4</sup> Ídem., p. 101.

<sup>5</sup> LANDA ZAPIRAIN, J.P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre el tema Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca 2006, p. 311.

En la Sentencia 129/1989 el Tribunal Constitucional se ha pronunciado que

(...) En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconocido, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repute a tal fin necesarias (...).

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional del art. 129.2,

(...) el pretendido y extrasistemático derecho de los trabajadores a la participación en la empresa (...) no deja de ser técnicamente otra cosa que un singular compromiso legislativo situado extramuros del Título I CE relativo a los derechos y deberes y, por ello, del punto de mira garantista del artículo 53 CE. Y que el legislador ordinario lo haya configurado finalmente como ‘derecho básico’ de los trabajadores (art. 4.1.g) LET”<sup>6</sup>.

Por la gran dosis de “ambigüedad conceptual e ideológica”<sup>7</sup> que contiene la noción de participación en la empresa, es importante en este estudio por primero el levantamiento de las cuestiones que plantean el art. 129.2 CE y, por segundo una exégesis del contenido del artículo centrada en la idea de una participación para todos los que tienen un trabajo libre y asalariado.

En un “Estado Social y Democrático de Derecho” art. 1.1 CE, una importante entidad privada como es la empresa, en algún de sus importantes aspectos como es el de su gobierno o demás formas de participación de los trabajadores, ¿puede quedarse fuera del propósito de “establecer una sociedad democrática avanzada”, Preámbulo de la CE? No, sin sombra de duda, no puede.

En este mismo Estado ¿es concebible que se pueda “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”, Preámbulo CE, sin que esté sancionada por la ley suprema de forma expresa el derecho y se haga real y efectiva la participación en la empresa por los trabajadores? No es concebible y las razones se explican a seguir.

O mismo ¿es posible que en el mismo Estado Social y Democrático de Derecho se pueda “promover el progreso (...) de la economía para asegurar a todos una digna

<sup>6</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 101.

<sup>7</sup> Ídem, p. 388.

calidad de vida”, Preámbulo CE, sin que esté de forma meridiana constituido el derecho en la misma Constitución que le defiere la promoción de “las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa”? El progreso de la economía exige calidad de vida que es fruto del desarrollo de la personalidad que solo se alcanza con participación, como se verá a seguir

Muchas de las dudas que plantea la doctrina para definir cual es el criterio de legitimación del pretendido derecho de los trabajadores en relación a la gestión de la empresa, inclusive la propia forma de plantearse del cual es ejemplo “¿Por qué los ciudadanos de un país democrático avanzado deberían preocuparse por el gobierno interno de las empresas? Mejor es formular la pregunta así: ¿Cómo es posible que no se preocupen de eso?”<sup>8</sup> La participación en la toma de decisiones en la empresa es cuestión de dignidad y ciudadanía.

Más aún, ahí duda cuando el análisis es hecho en la perspectiva de que “la empresa siendo una entidad privada y sus decisiones corresponden a sus titulares, ya que forma parte esencial de la cultura democrática la idea de separación entre los poderes públicos y privados y de inadmisibilidad de conflictos de intereses entre ambas esferas”<sup>9</sup>. Pero la separación entre los poderes público y privado no ha de comprometer las exigencias democráticas de los gobiernos, incluso del de la empresa.

Todavía es pertinente preguntar, “¿Podemos considerar que el gobierno de la economía y más en concreto el gobierno de la empresa constituye una cuestión básicamente privada? Si no es así y existe algún tipo de implicación pública, ¿su mera constatación legitima la introducción de instrumentos legales de participación o se requiere algún otro tipo de habilitación?”<sup>10</sup> Mismo las cuestiones privadas no están exentas de la impregnación de los postulados democráticos afirmados por la participación ciudadana en el gobierno de la empresa.

¿Es posible afirmarse que el régimen constitucional español contiene una habilitación expresa para la extensión del principio de participación del trabajador ciudadano al ámbito económico y al de la empresa, especialmente a partir de la definición social del Estado en el art. 1.1 y de su concreción en los artículos 9.2 y 129.2? Sin duda que sí.

Esto autoriza a decir que, de forma más amplia, los derechos de participación de los trabajadores en la empresa tienen un reconocimiento constitucional y que lo tienen no sólo en el artículo 129.2, sino en el conjunto de preceptos que conforman el estatuto constitucional de la empresa y también que dicho reconocimiento preserva un

<sup>8</sup> DAHL, R., *La democracia y sus críticos*, Editorial Paidós, Barcelona 1992, p. 392.

<sup>9</sup> MONEREO, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid 1996, p. 161.

<sup>10</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 23.



contenido mínimo, aunque variable según la modalidad societaria, de derechos de participación, que incluyen tanto la información, como en algunos casos la codecisión.

Ese núcleo esencial de derechos de participación de la forma que se presenta ¿es bastante para definir y garantizar la efectividad actual del instituto de la participación en la empresa? Para la real efectividad no, y la prueba es el número ínfimo de empresas donde se ha instalado alguno sistema de participación o implicación del trabajador en ella.

¿No es preferible que al envés de la forma difusa se lo tenga una definición llena y precisa entre los derechos fundamentales que torne no solo exequible, pero también inexcusable el cumplimiento del art. 129.2, sea por los poderes públicos sea por la empresa? Esto es el ideal.

¿Aquel núcleo esencial puede tener la facultad de introducir entre los miembros de una empresa el “Principio categórico de la igualdad”<sup>11</sup> para propiciar un proceso democrático de participación en la empresa propio de un Estado democrático que propugna por la justicia y la igualdad? Para que así se torne efectivo es preciso introducirse el principio del debido valor al trabajo humano.

¿Es posible con el núcleo esencial de la participación en la empresa llegarse a la garantía de el “derecho efectivo de ejercer la oposición”<sup>12</sup> al poder empresarial de dirección en las decisiones en un “orden económica y social” Preámbulo CE y los principios de “libertad e igualdad” art. 1.1 consagrados por la Constitución? El contra poder ejercido en un ambiente de participación tendrá mejor desarrollo con el dicho principio.

¿Sabido que la democratización en la empresa “demanda condiciones favorables, que no surgen en forma espontánea, inevitable o ‘natural’: deben ser creadas”<sup>13</sup>, es posible afirmar que el núcleo esencial constitucional del derecho de participación en la empresa tiene esta propiedad, mismo cuando se sabe que el objetivo es la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE? Es que sólo con la participación en la toma de decisión en la empresa es que estos principios se concretizan.

¿El núcleo esencial del derecho de participación, como ha quien niegue o discuta su existencia en la Constitución, es suficiente para asegurar el derecho que se pretende garantizar al trabajador dentro de un “orden político y de paz social”, art. 10.1 CE? Es posible interpretarlo así, incluso con el refuerzo del art. 9.2 CE, pero no dejaría duda si se introduce el principio del debido valor al trabajo humano.

---

<sup>11</sup> DAHL, R. A., *La democracia y sus críticos*, Editorial Paidós, Barcelona 1992, p. 396.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ibídem, p. 397.

¿El derecho al trabajo y la promoción a través del trabajo art. 35 CE podría contemplar la garantía a la participación de los trabajadores en la empresa, asimilando en su redacción la concretización efectiva al ejercicio de tal derecho? Sí, pero tendría que introducirse en su enunciado el dicho principio.

De la misma forma, podría ser incluido entre los derechos fundamentales del artículo 10.1 CE, el debido valor al trabajo humano, lo que posibilitaría la elevación de la dignidad y ciudadanía en el trabajo de todos aquellos que desarrollan una actividad laboral asalariado.

¿El instituto de la participación puede tener un concepto unívoco y cual es su verdadera identidad en razón al enunciado de “las diversas formas de participación en la empresa” art. 129.2 CE? Si puede, y su verdadera identidad esta en el debido valor al trabajo humano que modula la participación conforme el comprometimiento del trabajador en su labor, en cara al empresario.

Así es que, dentro de una comprensión de que el enunciado del artículo 129.2 CE, que será objeto de una exegesis en este Capítulo, no se basta segundo la doctrina predominante como dispositivo introductor del concepto de participación en la empresa, tampoco atiende la comprensión de que se agota en su enunciado el precepto del derecho a la participación que sirva de “matriz normativa común”<sup>14</sup> a las diversas formas anunciadas, que forman el labirinto propuesto por la norma constitucional en su redacción actual, dejando al juicio del legislador ordinario la anclaje del precepto constitucional en relación al derecho a una de las formas singulares de la participación de los trabajadores en la empresa.

Por esto se ha de concluir que sólo la ley ordinaria atribuye a la participación en la empresa la condición de derecho básico de los trabajadores del que es ejemplo el art. 4.1 LET, como “derecho laboral”, convirtiendo el mandato dirigido a los poderes públicos para la “promoción eficaz” de “las diversas formas de participación en la empresa” (art. 129.2 CE) “en un derecho subjetivo de los trabajadores asalariados”<sup>15</sup>.

A no ser así, ¿se podría argüir, donde está en la Constitución española el contenido esencial del derecho de participación que no sea por el dispuesto en el art. 129.2 CE que trata de un conjunto de facultades que componen el poder jurídico que consiste en la dicha situación subjetiva, donde esta anclada su matriz? ¿O el legislador constituyente se ha contentado en delegar su determinación a otras esferas de decisión

---

<sup>14</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 46.

<sup>15</sup> Ídem, p. 47.

normativa? Acreditase que estén en los arts. 35.1 y 9.2 por lo menos. Todavía para grande parte de la doctrina el constituyente se ha contentado con la dicha delegación.

Así puesto, como ya lo viene reconociendo la doctrina, se si busca el derecho básico del trabajador a la participación en la empresa no se recomienda hacer una lectura aislada del art. 129.2 CE, pues ahí no está su esencia,

(...) considero que se trata de concreciones del genérico derecho fundamental a la participación, de forma que lo que el art. 129 hace no es sino incidir en las proyecciones concretas en el ámbito de la 'Economía y Hacienda' de dicho derecho; derecho que, como se ha mencionado, viene predeterminado en la definición social del Estado art. 1.1 y en el mandato participativo del art. 9.2. Desde esta perspectiva, al igual que el art. 23 constituiría la principal proyección en el ámbito político de dicho derecho, el art. 129 sería su 'alter ego' en el ámbito socioeconómico<sup>16</sup>.

Más aun,

La Constitución dedica principalmente su artículo 53 a establecer la lista o relación de instrumentos a través de los que se manifiesta la tutela singular para los derechos constitucionales, que permite contemplar, por lo tanto, el vigor o papel relativos de cada una de ellos dentro de la tabla general de derechos (...). El precepto agrupa (...) los derechos fundamentales y libertades públicas [sección 2ª del capítulo II], y los principios rectores de la política social y económica [capítulo III]<sup>17</sup>.

La participación en la empresa, entendida aislada en el Título VII le priva de las garantías que posee la participación política (art. 23), como consecuencia de lo cual la eficacia del derecho queda seriamente condicionada. ¿Qué sucede si los poderes públicos desoyen el mandato del constituyente? "Pues, desgraciadamente en la actualidad no existe formas de reacción eficaz frente al incumplimiento y esto constituye, como advertía Bidart Campos, 'uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones y específicamente de sus cláusulas económico-sociales'."<sup>18</sup>

¿La imposición y limitación a los problemas de información y consulta de los trabajadores, establecida en la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo, Directiva 94/45/CE y ahora Directiva 2009/38/CE, u otra reglamentación marco de la Comunidad, pueden ser consideradas contempladas satisfactoriamente por la participación de los trabajadores en empresa que pretende el legislador español? No, si contemplado solo el art. 129.2 CE, se queda vago, todavía la conexión con otros

<sup>16</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 104.

<sup>17</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 121.

<sup>18</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución...*, Op. Cit. p. 108.

artículos de los derechos fundamentales de la misma Constitución, puede mejorar, pero sólo con el principio del debido valor al trabajo humano y su desarrollo legislativo se completa.

Estas cuestiones que se completarán con las implicaciones que resultan de la política social de la Comunidad Europea a ser tratada a seguir y que serán todas desarrolladas en este mismo Capítulo I, en el II y de forma indirecta en el III también, donde se profundizará el estudio y se procurará responder mejor a estos planteamientos.

Una pequeña digresión es necesaria para que se establezca el hilo que vincula el artículo 129.2 CE al propósito del art. 10.2 CE en el que concierne a “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a despecho de ser pacífico el compromiso de adopción por los países miembros de la UE no solo del derecho legislado pero, también, las políticas sociales, él que presume un más amplio compromiso. Entonces, se el derecho a la participación de los trabajadores en la empresa en su esencia se puede decir que esté entre los derechos y libertades fundamentales, es también cierto que se aplica el dispuesto en el art. 10.2 CE a este instituto. De ahí por más razón se debe preocupar con las normas internacionales, más específicamente con las que proceden de la Comunidad Europea.

## 1.2. Cuestiones iniciales relativas a las implicaciones del Derecho Social Comunitario al enunciado del artículo 10.2 CE y por su conexión con el artículo 129.2 CE

Sabiéndose que en la raíz del inicial programa de acción social en los primeros años de la década de setenta del siglo pasado, con la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 decidía él por la adopción inmediata de medidas específicas para asegurar la participación de los trabajadores o de sus representantes en la vida de las empresas dentro de la Comunidad Europea.

La actuación normativa, después de sobresaltos y vaivenes de aquellas medidas, sigue con la acción que se estructura en dos líneas principales diferenciadas, aunque convergentes, donde una ha seguido la línea de la armonización de las legislaciones nacionales sobre derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores y, la otra línea se encajaba, por su parte, dentro del propósito comunitario de creación de un derecho europeo de sociedades y de la tipificación institucional de la sociedad anónima.

El propósito por ahora es levantar las dudas que provienen del impulso comunitario a la configuración institucional y regulación jurídica de la participación de los trabajadores en la empresa.

¿Se puede afirmar que los derechos fundamentales de carácter económico y social instituidos en el ámbito de la UE bajo la genérica denominación de solidaridad como es el caso del derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa previstos en el art. 27, que “tiene conexión con los artículos 138 y 139 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y con las Directivas 2002/14/CE (información y consulta a los trabajadores), 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos)”<sup>19</sup>, obedece en la Constitución española al mismo sentido de solidaridad? Puede se decir que de forma indirecta si, pero no en toda suya amplitud.

La denominada implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas construidas con arreglo al Reglamento de aprobación de su Estatuto, habrá de resultar normativamente de un procedimiento de negociación formalizado entre los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados en la constitución de la sociedad europea, cuyo acuerdo final “determinará la modalidad de aquélla [la implicación de los trabajadores], esto es del ‘mecanismo [información, consulta, participación propiamente dicha o cualquier otro] mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que adopten las empresas’ [art. 2 h) Directiva 2001/86/CE del Consejo]”<sup>20</sup>.

El modelo de implicación citada al final queda descartada en el ámbito de la Unión, en cuanto solución normativa unitaria de modalidades participativas por causa de la “gran diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas”<sup>21</sup>.

La explicación viene del propio legislador comunitario que “no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las SE”, y que así lo hace en el preámbulo, en el número 5, de la Directiva 2001/86/CE del Consejo Europeo. ¿Es la misma línea seguida en España por su Constitución? Se puede afirmar que sí, con sus “diversas formas” de participación, art. 129.2 CE.

---

<sup>19</sup> DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Editorial Thomson Reuters, Pamplona 2009, p. 183.

<sup>20</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 35.

<sup>21</sup> Ídem, p. 36.

Justificase la preocupación en el ámbito de la Comunidad Europea donde el desafío del modelo social europeo, para conseguir un desarrollo económico y social equilibrado, tiene enfrentado grandes problemas por la diversidad de experiencias históricas de sus países miembros que van desde condiciones y características de modelos regionales que identifican y agrupan los países en: los nórdicos, los anglosajones, los continentales y los mediterráneos. En esta diversidad se adoptan, sobre el tema participación, formas de cogestión, codecisión, participación negociada, participación conflictiva o la falta absoluta de reconocimiento de cualquier forma de participación en la empresa a despecho del esfuerzo comunitario. Siendo España un país mediterráneo con gastos sociales bajo, centrado principalmente en pensiones, y mercado laboral muy rígido, de baja eficacia y equidad, se quedando “entre los regímenes ‘bismarckiano’ de mantenimiento de renda ocupacionales y los ‘beveridgeanos’ de cobertura universal”<sup>22</sup>.

¿La participación constitucional que ofrece el art. 129.2 CE, cuanto a la participación de los trabajadores en la empresa, es compatible con el modelo que si intenta desarrollar en la Comunidad Europea? Sí lo es. Él va más allá, contiene una norma en blanco, que atribuye una discrecionalidad muy gran al legislador infra constitucional.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ya había establecido en 2000, como reiteración de los reconocimientos contenidos en el art. 21 de la “Carta Social Europea de 1961”<sup>23</sup>, el derecho de los trabajadores o a sus representantes a la “información y consulta” en la empresa, “con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales” (art. 27). Idéntica fórmula contempla en bajo el título relativo a los derechos de “solidaridad”, en el art. II-87 del tratado por el que se establece una Constitución para Europa en 2004, de ratificación interrumpida.

El legislador constituyente de 1978, cuando España aún no pertenecía a la Unión Europea ya tenia desde 1961 una perspectiva del tratamiento dispensado en la UE, para inspirarse al introducir en el texto el instituto del derecho de participación en la empresa. ¿Por qué ha hecho la opción de la redacción del art. 129.2? Muchas pueden ser las respuestas que van desde la falta de osadía hasta la prudencia exagerada.

---

<sup>22</sup> SARGADOY BENGOCHE, J. A., *Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo*, en Crisis, Reforma y futuro del Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), en AA.VV., Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 56.

<sup>23</sup> Derecho de los trabajadores a información y consulta en la empresa reconocida por la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1988, y de los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989 y después reiterados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 2000.

¿Era posible redactarlo junto con “(...) el deber de trabajar y el derecho al trabajo (...)” del art. 35 CE? Añadiendo a seguir “(...) con derecho a la participación en la empresa (...)”. ¿O el derecho al trabajo ya presume el derecho de participar en el emprendimiento, no solo con la fuerza del trabajo, más también en las decisiones? Si esta fuera la lectura que se hiciera de forma general, pero no es así, por esto acreditase que sería mejor la primera solución.

Todavía, otros tantos artículos de la Constitución relativo a los derechos fundamentales podrían ter servido de base para el expreso reconocimiento del derecho, mantenida la disposición de norma en blanco de las diversas formas de participación en la empresa expreso en el art. 129.2 CE.

¿Se puede decir que, el contenido preceptuado por el art. 129.2 CE, imponiendo a los poderes públicos la “promoción eficaz” de las “diversas formas de participación en la empresa”, que no identifica explícitamente, ni siquiera ser la participación un derecho relativo a los trabajadores, esté en consonancia con el espíritu de su sustrato último, la práctica democrática y como “cupos de poder empresarial delegable y participado”<sup>24</sup> como fue siendo trabajado en la Comunidad Europea a partir del libro Verde que aborda la participación como un “imperativo democrático”<sup>25</sup> dentro de una dimensión social de la UE? No necesariamente presenta una consonancia fuerte, ha huido de un posicionamiento absoluto o mismo más firme.

¿El instituto de la participación en su recepción por la Constitución en el art. 129.2, incluso en cara del proyecto social de la Unión Europea no está a requerir una labor de reconstrucción incluso de su configuración institucional a nivel de Constitución? Entendiendo que la clave de las formas de participación esté en el art. 129.2 CE, podría estar a requerir una adecuación, que se puede resolver con el principio del debido valor al trabajo humano que se sugiere introducir en la CE.

¿Será que el temor de los empresarios de utilizar las diferentes formas democráticas de participación de los trabajadores, principalmente en el gobierno de la empresa, o la exagerada cautela que tiene el legislador en tratar del instituto o mismo el recelo de los diferentes países a ver alteradas sus prácticas tradicionales no tenga sido el motivo determinante de la forma de la Constitución española recepcionar el instituto en el art. 129.2? Acreditase que sí, incluso por suponer que los trabajadores no estén preparados para tales funciones.

---

<sup>24</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el Plano Internacional y Comunitario*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre el Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca 2006, p. 69.

<sup>25</sup> Ídem, pp. 71 y 72.

En última análisis ¿la redacción del art. 129.2 CE no es resultado de los temores de aquellos cuya naturaleza es semejante de los recelos que tenían los sindicatos que en el inicio de la cogestión alemana se posicionaban en contra a la participación de los trabajadores en la empresa o su representación en las decisiones, mismo que en las más sencillas por suponer, de entre otras cosas, que el trabajador sería cooptado en su sentido más perverso? Sí, de la parte del sindicato, allá de su pérdida de poder.

Planteados así algunas cuestiones de fondo y forma en relación al acogimiento del tema participación de los trabajadores en la empresa en razón de las dificultades generadas por la forma adoptada por la Constitución española en el art. 129.2. Todavía otros cuestionamientos precisan ser levantados aún, como los a seguir.

### 1.3. Mandato Constitucional de participación de los ciudadanos en la vida económica (art. 9.2 CE)

Este estudio está enmarcado desde su configuración inicial por la más estrecha y biunívoca implicación entre los dos institutos, que a despecho de considerados polémicos por la doctrina, son en verdad la más genuina manifestación de la actividad vital para y del ser humano: el trabajo humano y la participación en la empresa. Tener derecho al trabajo es elemental al desarrollo de la personalidad del ciudadano e inevitablemente importante para la vida social, bajo el amparo de la Ley; y tener garantizada la participación en la empresa es dignificar la labor, promovido en última análisis por los poderes públicos, en cumplimiento al mandato constitucional.

Después de haber identificado los institutos y las relaciones entre el derecho al trabajo y a la participación en la empresa, cabe un análisis más criteriosa del segundo más importante instituto enunciado por el legislador constituyente para asegurar la real y efectiva participación prevista en el art. 9.2 CE que en conexión con los arts. 35.2 y 129.2 forman el trípode que permite erigir un instituto de derecho que toma cuerpo en la Constitución y por él es traído para el círculo de los derechos fundamentales, efectivo y exigible en razón de la dignidad que incorpora, incluso como expresión de ciudadanía.

El legislador constituyente, al contrario del que ocurre en el entorno de España, pero más tímido que el establecido por el ordenamiento jurídico portugués, ha elegido el camino de la fijación expresa de la participación, que reduce y simplifica la construcción interpretativa y conjugación para tener reconocida la existencia del derecho al trabajador como ocurre en Alemania, que en el caso español no se ha contentando tan sólo con el reconocimiento, fornece los instrumentos para su implantación y ejecución, con el art. 35.2 CE del cual nasce el Estatuto de los Trabajadores, culminando a final con la atribución a los poderes públicos, es decir,



determina al Legislativo, Ejecutivo y Judicial para que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa previstas en el art. 129.2 CE.

La participación que encarga a los poderes públicos no se limita a la gestión, sino también por el establecimiento de “medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”, art. 129.2. Es claro que este acceso a la propiedad cuando alcanza un dominio de la mayoría del capital, hay una abducción del trabajador de su clase para tornarlo dueño y como tal empleador, ahora partícipe de la gestión pero no más como trabajador y sí como empresario, perdiendo el amparo de los artículos citados, tratado en esta tesis como contra punto del derecho a la participación de los trabajadores.

Una lectura aislada de la participación de los trabajadores en la empresa lleva por lo menos a dos entendimientos iniciales. Por primero, que el enunciado del art. 129.2 no contiene la raíz del derecho a la participación, ella está en otro sitio, por lo máximo, que existe un derecho ya sancionado por el constituyente, sea cuando reconoce el derecho al trabajo y del trabajo en el art. 35.2, sea cuando manda a los poderes públicos “facilitar la participación de los ciudadanos en la vida (...) económica (...)” art. 9.2, o los dos al propio tiempo.

Por segundo, que la ubicación en el Título VII de la ley fundamental bajo el epígrafe de “Economía y Hacienda”, ya señalado, deja de relieve que el instituto de la participación de los trabajadores en la empresa es un problema de actuación del sector público, “en el marco de la economía de mercado (...) de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, prevista en el art. 38 CE, en la hora de “promover eficazmente las diversas formas de participación” art. 129.2. Además, existe una vinculación substancial con los elementos estructurales de la Constitución económica.

Otro aspecto relevante, abordado antes, es que el precepto del art. 129 al tratar de participación contiene dos mandatos, un es el de la participación en la empresa art. 129.2 y el otro art. 129.1 que trata de la “participación en el sector público”<sup>26</sup>.

Los dos mandatos hasta por su ubicación lejos de los derechos fundamentales “no deben entenderse en ningún caso como cuestiones anecdóticas, como meras declaraciones de intención, ni mucho menos como un capricho del legislador constituyente”<sup>27</sup>. Muy por el contrario es un elemento de concreción del mandato general de participación del art. 9.2 de la Constitución, precepto este que, a su vez, “no

---

<sup>26</sup> Art. 129.1 La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

<sup>27</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 271.

hace sino tipificar un criterio fuerte de participación, propio de un Estado que se configura como Estado-Social y que aspira a establecer una ‘sociedad democrática avanzada’, como se afirma en el preámbulo constitucional”<sup>28</sup>.

La exigencia de una implicación ciudadana en todos los ámbitos vitales y, en concreto, en la vida económica, es la clave para el análisis del contenido del mandato constitucional de participación de los trabajadores en la empresa del art. 9.2, más allá de la participación política, alcanzando las formas de participación del art. 129.2 CE.

#### a) El concepto fuerte de participación en un Estado Social

El profundo calado ideológico, que subyace a la tipificación del Estado como social, hace con que ni todos los autores otorguen el mismo alcance a la tipificación, el que no trae grandes consecuencias, pero proyecta su sombra sobre una variedad amplia de institutos contemplados por el texto constitucional, sin embargo, de forma especial sobre los contenidos de los derechos y deberes de carácter económico, social y cultural.

Confirmando la desfasaje de opinión a respecto de la tipificación algunos autores advierten del relativo sinsentido que supone caracterizar como social a una realidad que, como la que sucede con el Estado de derecho, no puede ser más que social, revelando “imprecisión y el pleonismo”<sup>29</sup> de la expresión.

Todavía, el Estado social es una expresión que desde su “origen”<sup>30</sup> sobre todo a partir de su recepción en la “constituyente alemana de la segunda posguerra”<sup>31</sup> ha trascendido con éxito, generalizándose su utilización en el seno de la doctrina constitucional y así tipificada en varios textos de constituciones, de entre ellas la italiana, la francesa y la española.

En que pese la dicha fórmula haber sido utilizada para referirse a distintos contenidos, ha servido para condensar muy diversas lecturas de diferentes “cuestiones sociales”<sup>32</sup> y aún que, ni todos los Estados sociales lo son por imperativo constitucional, “ha conseguido caracterizar efectivamente el constitucionalismo moderno, cuyos orígenes se remontan a 1917, respecto de su predecesor decimonónico”<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 271.

<sup>29</sup> PÉREZ ROYO, *Estado social de derecho*, Enciclopedia Jurídica Básica, p. 2924.

<sup>30</sup> A pesar del entendimiento que le acuñó H. Heller en 1929, su origen más remota está en el “Estado de Derecho democrático y social” usada por Louis Blanc en 1848.

<sup>31</sup> Leyes fundamentales de algunos Länder hicieron suya la expresión antes de que lo hiciera la de Bonn.

<sup>32</sup> GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid 2002, p.36.

<sup>33</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 272.

El Estado social se caracteriza por su “configuración interclasista”<sup>34</sup>, como consecuencia del proceso de universalización del sufragio, una conquista ocurrida en el final del siglo XIX y que de entre otras virtudes permite el acceso a ámbitos de poder de las distintas clases sociales.

Manteniendo el primado del derecho, el nuevo modelo de Estado abandona las premisas de neutralidad e individualismo y asume el papel de interventor directo en los procesos socioeconómicos, es el sometimiento de la economía al Estado de Derecho”<sup>35</sup> y lo hace a partir de principios heterónomos, frente a la autonomía caracterizadora del Estado de Derecho.

La más importante y profunda transformación se pasa en los intereses representados en el consenso constitucional, con la irrupción de los intereses del trabajador, que van a trascender posteriormente al texto de la Constitución en forma de redefinición en clave social del Estado y en la forma más concreta de la tipificación de los derechos sociales, cuyo núcleo básico pasa a ser constituido por los derechos del trabajo, que van a cohabitar, aunque frecuentemente con diferentes tutelas, con los derechos tradicionales, más vinculados a la propiedad, que cede espacio para el derecho social y en su caso el derecho al trabajo.

La primera teorización del Estado social, por Louis Blanc en la revolución de 1848, ha surgido vinculada a la idea del derecho al trabajo considerado como derecho fundamental y tiene como objetivo “la extensión del pensamiento del Estado de Derecho material al orden del trabajo y de los bienes”<sup>36</sup>.

Mismo teniendo surgido en el seno del movimiento obrero y del socialismo democrático la idea de Estado social, recibe influencia de un cierto liberalismo keynesiano por el que adquiere un carácter híbrido, fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares. Por cuenta de los compromisos que asume, en constitucionalismo social va a producir un efecto fundamentalmente integrador de sectores anteriormente excluidos, incluso con “asunción parcial de los intereses de estos”<sup>37</sup> y que nadie cuestiona.

Todavía, no resulta tan pacífico, el tema de la entidad que se le confiere dicho reconocimiento constitucional, “su virtualidad o eficacia jurídica, sobre lo cual pervive una diferencia enorme entre el sector doctrinal que niega prácticamente toda relevancia

---

<sup>34</sup> El principio mismo del Estado social es el de un pacto histórico que “está en el origen mismo de la Constitución normativa en Europa y supuso el reconocimiento del pluralismo social y político y la aceptación de que no se podía imponer una sola ideología o un solo interés político en la acción del Estado...” BALAGUER, F., *EL Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social*, en AA.VV. (MONEREO dir.) Comentario a la Unión Europea, Madrid 2002, p. 91.

<sup>35</sup> SÉLLER, H., *¿Estado de Derecho o dictadura? Escritos Políticos*, Madrid 1985, p. 301.

<sup>36</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid 1991, p. 224.

<sup>37</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., *Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, Quaderni fiorentini, nº 25, 1996, p. 430.

jurídica a la tipificación constitucional del Estado social y el que le atribuye un contenido transformador máximo<sup>38</sup>.

La tipificación social del Estado allá del derecho al trabajo como derecho social juntamente con otros elementos estructurales de la fórmula "Estado social y democrático de derecho"<sup>39</sup>, cuya caracterización social supone la adscripción de una serie de objetivos sociales a la acción del Estado que viene enmarcada con comandos indicados por verbos como fomentar, promover, facilitar, alejar y otros más. Todavía la realización de estos objetivos quedan relativamente condicionados, por primero a imperativos democráticos y en concreto, a la acción de mayorías parlamentarias coyunturales.

Por segundo, supone la necesaria compatibilización de dichos objetivos con el principio de legalidad y de seguridad jurídica y con respecto a los derechos civiles y políticos básicos que subyacen al "contrato social"<sup>40</sup>.

Por tercero, el Estado para concretizar algunos de estos derechos hay que reunir algunas condiciones de orden económica o de graves reflejos en la economía, o aún, porque no depende la realización del propio Estado y si de ajenos.

Un importante condicionamiento del logro de los objetivos del Estado social es la acción democrática que encuentra su límite en la salvaguarda institucional de los derechos civiles y políticos, condición indispensable de una vida con dignidad humana, sino que "es también la base de cualquier lucha democrática por un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales"<sup>41</sup>.

El Estado social así caracterizado condiciona la interpretación del entramado constitucional, en cuanto punto de partida del constituyente que lo desarrolló cuya principal expresión es el art. 9.2 y otros como el Capítulo III del Título I con los principios rectores de la política social y económica, bien como el Título VII de la Economía y Hacienda, pero la virtualidad del Estado social no se limita a estos preceptos, en los cuales incide generalmente la doctrina, sino también "afecta a la generalidad del ámbito constitucional y especialmente al entramado de derechos y deberes constitucionales"<sup>42</sup>.

A respecto de los derechos fundamentales el Estado social opera un cambio cualitativo en su articulación, tanto en la dimensión individual como en la

---

<sup>38</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 273.

<sup>39</sup> POSADA, A., *La crisis del Estado y del Derecho Político*, Madrid 1934, pp. 59-61.

<sup>40</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid 1991, p. 228.

<sup>41</sup> KRIELE, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona 1982, p. 69.

<sup>42</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 274.

institucional, como consecuencia, en la perspectiva subjetiva esta transformación implica un cambio del estatuto del ciudadano, que no debe ser ya tan sólo una persona integrada política y jurídicamente en un país, sino también económica, social y culturalmente. En la dimensión institucional, implica un cambio del estatuto jurídico-político del poder público, que, de ser básicamente vigilante y represor, pasa a ser “ordenador, conformador de la sociedad, promoviendo la emergencia de ese nuevo ciudadano-partícipe”<sup>43</sup>.

Una relación dialéctica se establece entre la configuración social del Estado y la participación de forma que, por una parte, el advenimiento del Estado social, se por un lado vino impulsado por la ampliación de la participación política, por otra, la caracterización social del Estado lleva a su vez implícito y promueve un nuevo criterio, más amplio, de participación, que no se limita a la participación electoral. El supone una “relegitimación del Estado en base a un criterio reforzado de participación que desborda los límites de la tradicional participación delegada y circunscrita casi exclusivamente a las instituciones políticas”<sup>44</sup>.

De otra parte el “Estado social atribuye a los derechos fundamentales una función no sólo de límite, sino también de control de la actividad positiva del Estado, que se orienta a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder”<sup>45</sup>, que resulta concretamente en la posibilidad de participación de los ciudadanos en las diversas esferas de la vida social, económica y cultural, evidenciando la estrecha vinculación que existe entre el Estado social y la participación ciudadana en los diversos ámbitos.

El modelo centralista, rígido y monolítico de Estado es superado por el actual estadio que permite una “lectura conjunta de lo social y de lo democrático, como calificativo del Estado”<sup>46</sup> que debe ser bien articulado sobre la participación de las personas y de los grupos en el proceso político, económico, social y cultural.

La caracterización del “Estado social en su faceta asistencial o redistributiva, de eliminación de la necesidad material de los grupos no privilegiados”<sup>47</sup> no constituye el elemento esencial de ello, tampoco le es exclusiva. El que realmente es esencial del Estado social es la articulación pluralista de los valores y opciones sociales, ya que debe entender lo social como “establecimiento de la oportunidad de libre desarrollo del

---

<sup>43</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid p. 47.

<sup>44</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 275.

<sup>45</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid 1991, p. 228.

<sup>46</sup> GARRORENA, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid 1984, p.203.

<sup>47</sup> DOEHRING, K., *Estado social, Estado de Derecho y orden democrático*, en ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado social*, Madrid 1986, p. 158.

ciudadano en la sociedad”<sup>48</sup>, mediante “cauces que propicien y estimulen las formas autogestionarias y autoorganizativas de la economía y la estructura social”<sup>49</sup>.

El intervencionismo a ultranza de los poderes públicos no consiste en medio idóneo para que el Estado social realice el mandato constitucional de igualdad efectiva, al contrario, el derecho queda “doblemente garantizado cuando se posibilita un marco de relaciones sociales que tiende a hacerla posible sin necesidad de emplear, como recurso único, la acción redistributiva de la Administración, ejercida a posteriori”<sup>50</sup>, pues el Estado social se queda reducido a mero Estado asistencial, en cuanto los derechos sociales sufren una pérdida de potencia y de virtualidad en el modelo constitucional.

Por su vez, no es aconsejable una interpretación comprensiva del Estado social únicamente basada en el principio de igualdad, lo que se debe hacer es una necesaria consideración conjunta de este principio con el de la dignidad de la persona y con los derechos conexos a la dignidad y al desarrollo de la personalidad.

Las dudas que se plantean sobre virtualidad del contenido de la fórmula del Estado social no se sustentan ante la centralidad del precepto en el sistema jurídico español que lo configura como “principio estructural”<sup>51</sup> del orden constitucional desde el art. 1.1 CE. Todavía la efectividad de dicha fórmula se halla condicionada por la realidad socio-económica en medida bien mayor que la que atañe al Estado democrático de derecho, a pesar de las condiciones fácticas de este.

El hecho de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria considerar que de dicha fórmula no se pueden deducir pretensiones jurídicas inmediatas por parte de los ciudadanos, no significa necesariamente que carezca de trascendencia, o que se limita a ser una apelación con virtualidad limitada al ámbito infraconstitucional. De otra parte, reconocer que la virtualidad práctica de los derechos sociales está profundamente condicionada por el sistema económico y en concreto, por las “disponibilidades financieras no puede implicar de ninguna forma la afirmación del nulo-carácter vinculante de los derechos fundamentales sociales”<sup>52</sup>, sino, en todo caso, al revés,

---

<sup>48</sup> DOEHRING, K., *Estado social, Estado de Derecho y orden democrático*, en ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado social*, Madrid 1986, p. 228.

<sup>49</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 276.

<sup>50</sup> VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E., *Artículo 9º. El Estado de Derecho y la Constitución*, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1996.

<sup>51</sup> Tal es la calificación que le atribuye la jurisprudencia constitucional alemana, más que susceptible de ser importada a nuestro caso, teniendo en cuenta su ubicación hiperprivilegiada en el art. 1 CE. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 277, citación nº 1097.

<sup>52</sup> GOMES CANOTHILHO, J. J., *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista Derechos y Libertades, nº 6, 1998, p. 45.

“debe conllevar exigencias añadidas para los poderes públicos en materia presupuestaria”<sup>53</sup>.

En el ámbito jurídico la fórmula del Estado social posee una indiscutible eficacia práctica en el nivel infraconstitucional y no solo como criterio de orientación de la actividad de los poderes públicos, sino también como referente para la interpretación de las normas de rango ordinario, esa fórmula despliega también cierta eficacia en el propio ámbito constitucional donde va a constituir un criterio hermenéutico del resto de los preceptos constitucionales y en concreto, de los derechos fundamentales, alcanzando también derechos estructuralmente conexos al Estado social (derechos sociales) como afirma el Tribunal Constitucional cuando asienta que “la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 de la Constitución (...) entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes”<sup>54</sup>.

Allá de la virtualidad de legitimación de dichos derechos e intereses, también va a operar una transformación de aquellos otros derechos clásicos del primer liberalismo que son redefinidos, adquiriendo un nuevo significado mediante la potenciación de la función social a ellos atribuida y mediante la internalización de dicha función, que va a pasar de ser un mero límite externo del derecho a ser un elemento de delimitación interna, o sea “integrante del derecho mismo”<sup>55</sup>, como ocurre con la propiedad hoy que tiene que cumplir su función social.

No hay duda que “el art. 1.1 CE posee eficacia jurídico-constitucional como criterio hermenéutico e incluso habilitador, en el sentido de que su mera enunciación supone el reconocimiento de un núcleo mínimo de derechos con carácter previo a su específica tipificación constitucional”<sup>56</sup>, pues una de la significación del Estado social es la de “otorgar reconocimiento constitucional a determinados derechos”<sup>57</sup>. El Tribunal Constitucional ha recurrido frecuentemente a la cláusula del Estado social reconociendo su plena eficacia jurídica como criterio delimitador de la legislación ordinaria, siempre que instado a apreciar si las finalidades que persiguen las normas se adecuan no sólo a los derechos constitucionales concretos, sino también a la definición social del Estado.

---

<sup>53</sup> BALAGUER, F., *El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social*, en AA.VV. (MONERO dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002, p. 101.

<sup>54</sup> STC nº 11/1981, de 8 de abril, BOE, nº 99/1981, de 25 de abril, fundamento jurídico 9.

<sup>55</sup> STC nº 89/1994, de 17 de marzo de 1994, BOE 89, de 14 de abril de 1994, fundamento jurídico 4: “(...) la fijación del contenido esencial de la propiedad privada (...) debe incluir igualmente la necesaria referencia a la utilidad social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo.

<sup>56</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 278.

<sup>57</sup> STC nº 89/1994, BOE de 14 de abril. En el f. j. 4 otorga reconocimiento constitucional al derecho de huelga, independiente del art. 28.2 CE.

Teniendo en mira el objeto específico de este estudio, concluyese que la consagración constitucional de la fórmula del Estado social incide necesariamente en el contenido concreto asignado en dicha sede a la participación, a pesar de la tradicional vinculación casi exclusiva que se hace de la participación con la tipificación democrática del Estado, aquella asignación al derecho de participación es de un contenido más amplio que de esta, por otras instancias socio-económicas.

El texto de la Constitución española de 1978, refleja una vinculación entre socialización y participación por las variadas previsiones de esta, donde el Estado social debe constituir, por una parte, un criterio de interpretación de la participación y por otra, como criterio habilitador y delimitador de los correspondientes desarrollos legislativos.

El fuerte concepto de participación se plasma en la conjugación de una amplia participación tipificada en el art. 9.2 CE, que viene prefigurada y reforzada por la definición del Estado como Estado social y democrático de Derecho que realiza el art. 1.1 CE.

#### b) Democratización de la vida económica

Para empezar una exégesis del "art. 9.2"<sup>58</sup> la constatación inicial que se hace es de que el precepto posee dos mandatos vinculados entre si. "El primero de ellos es un mandato que tiene un objetivo de igualdad efectiva y posee, por tanto un contenido material. El segundo en cambio, es un mandato que posee un contenido procedimental: su objetivo es la participación"<sup>59</sup>. Los dos mandatos enunciados constituyen concretas materializaciones de Estado social y así se revela en el criterio de igualdad que no es sólo de igualdad jurídica, pero también el de la igualdad efectiva, con el que aquella se debe armonizar.

Los mandatos están vinculados dialécticamente a razón de que en cada un de ellos es, en parte causa y efecto del otro, así es que la "relativa igualdad favorece la participación y la participación promueve la igualdad"<sup>60</sup>, realimentando una a la otra, "ya que es difícil que una sociedad con profundas desigualdades sea participativa, al

---

<sup>58</sup> Art. 9.2 CE "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sea reales y efectivos; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

<sup>59</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 280.

<sup>60</sup> MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Madrid, 2003, p. 130.



igual que es difícil que, no mediando representación suficiente de determinados sectores, puedan tomarse medidas favorables a ellos”<sup>61</sup>.

Este binomio de realimentación proyectado de forma negativa crea un círculo vicioso donde no podemos lograr más participación democrática sin un cambio previo de la desigualdad social y la conciencia, pero no podemos lograr los cambios de la desigualdad social y la conciencia si antes no aumenta la participación democrática. Por esto, a seguir profundizase el estudio de la igualdad y de la participación prevista en el art. 9.2.

### 1) El mandato de igualdad real y efectiva

Admitir la necesidad de promoción de la igualdad es reconocer que por lo menos ella no está presente en muchas realidades donde debería existir y ser efectiva, para tanto el Estado-social y democrático de Derecho abandona su neutralidad para intervenir por medio de los poderes públicos obedeciendo al comando constitucional, con el objetivo de corregir las desigualdades sociales. Y, ¿Cuál es el contenido concreto de este concepto de igualdad efectiva dirigido a la totalidad de los poderes públicos?

Todavía, y por primero, hay que cuidar que no se trata de una igualdad formal o jurídica, sino vinculada a la idea de Estado social, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional cuando se pronuncia que con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1, que constituye a España como un “Estado democrático y social de Derecho”<sup>62</sup>.

Por segundo la igualdad de que habla el tribunal no se trata de una igualdad absoluta, sino aquella “compatible con la toma en consideración de causas objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento real”<sup>63</sup>, es decir la igualdad efectiva puede exigir un “mínimo de desigualdad formal”<sup>64</sup>.

El entendimiento que se debe tener del art. 9.2 es de ser un principio que matiza la igualdad formal del art. 14, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la “igualdad material”<sup>65</sup>, así es que queda claro la desigualdad entre los destinatarios de la norma puede justificar una cierta desigualdad en el trato por parte de esta.

<sup>61</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 281.

<sup>62</sup> STC 3/1983, de 25 de enero, BOE 41/1983 de 17 de febrero, f. j. 3.

<sup>63</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 281.

<sup>64</sup> STC 114/1983, de 6 de diciembre, BOE 9/1984, de 11 de enero, f.j.2). “(...) el art. 9.2 de la CE exige en este campo un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial”.

<sup>65</sup> STC 98/1985, de 29 de julio, BOE 194/1985 de 14 de agosto, f. j. 9.

Además se puede afirmar que la desigualdad de base no sólo justifica, sino que incluso exige ese tratamiento legal desigual, mientras que a esto respecto la jurisprudencia del TC parece contradictoria, pues en muchas sentencias se admite implícitamente este principio, afirmando que no se puede dejar de tomar en consideración la existencia de “razones objetivas que exijan el trato desigual”<sup>66</sup>; que la “diferencia de régimen jurídico”<sup>67</sup> no sólo no se opone a la igualdad sino que aparece exigida por dicho principio, además de que constituye un instrumento ineludible para su debida efectividad; que el art. 9.2 puede “imponer la adopción de normas especiales”<sup>68</sup> que tiendan a corregir los efectos dispares, por esto puede exigir un mínimo de desigualdad formal.

En varias ocasiones el Tribunal ha descartado expresamente que del art. 9.2 pueda derivarse “ningún derecho subjetivo genérico al trato desigual”<sup>69</sup> entendiendo que “esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos”<sup>70</sup>, afirmando al final que “no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real”<sup>71</sup>.

Así es que parece “existir una neta contradicción entre los primeros pronunciamientos, en los que se afirma que el precepto no sólo no excluye, sino que impone en algunos casos un determinado tratamiento diferenciado y los segundos, en los que se niegan las consecuencias de dicha exigencia”<sup>72</sup>.

Sabiéndose que muchas veces esta aparente contradicción aparece en una misma sentencia el que ha llevado a algunos “autores a se cuestionar a respecto”<sup>73</sup>, es que la dicha aparente contradicción se resuelve cuando se considera que la afirmación del Tribunal por la que la igualdad no opera como límite concreto, lo que quiere decir es que no actúa como límite para destinatarios concretos tomados individualmente por la norma, sino para colectivos discriminados, al margen de la condición singular que pueda poseer un miembro de dicho colectivo.

Sigue las mismas líneas algunas afirmaciones del TC que el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE impide tratar desigualmente a los iguales, pero no excluye

---

<sup>66</sup> STC 3/1983, de 25 de enero, BOE 41/1983 de 17 de febrero, f. j. 3.

<sup>67</sup> Ídem.

<sup>68</sup> STC 114/1983 de 6 de diciembre, BOE 9/1984, de 11 de enero, f. j. 2.

<sup>69</sup> STC 16/1994 de 20 de enero, BOE 41/1994, de 17 de febrero, f. j. 5.

<sup>70</sup> STC 98/1985 de 29 de julio, BOE 194/1985 de 14 de agosto, f. j. 9.

<sup>71</sup> Ídem.

<sup>72</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 284.

<sup>73</sup> Ídem, p. 284. Cuestiona ¿Cómo es posible que en precepto constitucional imponga un determinado comportamiento a los poderes públicos y no se pueda promover la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo contraviene? ¿Cómo es posible que el mandato a los poderes públicos contenido en un precepto constitucional privilegiado además, no suponga un límite concreto a la actuación de estos?

la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales, ya que no consagra un derecho a la desigualdad de trato. A pesar del art. 14 no contener esa obligación de comportamiento, el art. 9.2 si, lo que es indiscutible es el valor normativo de todos los preceptos de la Constitución, incluso el art. 9.2 no encomienda al legislador ordinario valorar se conviene matizar la igualdad jurídica con la efectiva, sino que le impone hacerlo.

Existe, todavía, el imponderable de las mayorías parlamentarias coyunturales para interpretar ese mandato, en atención al carácter abierto de la norma constitucional en torno de la igualdad, hasta porque estas mayorías no pueden ser suplantadas por la jurisdicción cuanto a criterios de oportunidad de la ley que huye al control judicial. Esto es una cuestión que requiere consideración, especialmente en el caso de un mandato como el de la igualdad que admite interpretaciones bien distintas relativamente a los instrumentos idóneos para hacerla efectiva. Todavía, en última instancia, el Tribunal Constitucional debe retener el control de los mínimos de razonabilidad y proporcionalidad de la norma.

Sentadas las bases de la interpretación del mandato constitucional de igualdad efectiva se pasa a los aspectos de operatividad concreta en el ámbito de ese trabajo de tesis sobre el tema participación en la empresa.

Como se ha visto el trato desigual debe basarse en causas objetivas que lo justifiquen razonablemente, esto es el que ocurre en la esfera laboral donde una de estas causas es la condición de trabajador. “De hecho, el propio principio de igualdad efectiva – al igual que la misma definición social del Estado – aparece históricamente, como se ha mencionado ya, vinculadas a la promoción de la condición subalterna”<sup>74</sup>.

Los Estados sociales han organizado una amplia legislación tuitiva en el ámbito laboral que establece una desigualdad de tratamiento legal que se basa en una desigualdad objetiva que pretende corregir la desigualdad original entre trabajador y empresario, como ya se ha pronunciado el “Tribunal Constitucional”<sup>75</sup>. El que fundamenta la desigualdad es no solo la distinta condición socioeconómica de ambos sujetos colectivos, sino también “en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro”<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 283.

<sup>75</sup> STC 3/1983 de 25 de enero, BOE 41/1983 de 17 de febrero, f. j. 10. Para quien: “El legislador, al regular las relaciones de trabajo contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socio-económica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias”.

<sup>76</sup> STC 3/1983 de 25 de enero, BOE 41/1983 de 17 de febrero, f. j. 10.

Con el tiempo se van conformando toda esa serie de normas tuitivas que darán origen a una rama específica del Derecho, el Derecho laboral, que posee un carácter específico que lo distingue del derecho que rige los contratos en general, marcando un perfil propio que “se constituye como un ordenamiento compensador e igualador, en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales”<sup>77</sup>.

Así es, porque existe una desigualdad originaria de status entre el trabajador y el empresario, la ley debe corregir esta desigualdad como ya ha tenido oportunidad de afirmar el TC, tanto en el mandato de igualdad efectiva del art. 9.2 CE, como en la definición social del Estado del art. 1. Es que la promoción de una igualdad real exige necesariamente la configuración de una situación como la que ocurre en el ámbito de las relaciones laborales que no sólo justifica, como exige un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador, o sea, el “establecimiento de medidas igualatorias”<sup>78</sup> por ley.

## 2) El mandato de participación reforzada

La clave del Estado social fue la participación mediante la universalización del voto, ahora ese Estado de cara a la realización del principio de igualdad efectiva, en que se inspira, debe promover una participación más activa y amplia de los ciudadanos tipificados en los mandatos sustantivo y procedimental del art. 9.2 CE.

De la misma forma que la igualdad del art. 9.2 rebasa los estrictos límites de la igualdad jurídica clásica de la fase liberal del Estado, consagrada en el art. 14. CE, de la misma forma se puede afirmar que la participación de ese mismo art. 9.2 tampoco se puede circunscribir a la participación política clásica del liberalismo recogida en el art. 23. La misma actuación de matizar el art. 9.2 cuanto a la igualdad también tiene la misma función en relación a la participación clásica del art. 23.

Ahora bien, es en este sentido que se va a utilizar el concepto de participación fuerte o participación reforzada: con el objetivo de caracterizar la reformulación que opera dicho precepto, sobre el principio clásico de participación, a la luz del Estado social, para llegar a la participación en la empresa.

No obstante el art. 23 CE utiliza la fórmula menos específica de participación que es “en los asuntos públicos”<sup>79</sup> y no la referencia expresa a la participación política, es a esta que la mayoría de la doctrina vincula la forma de participación que otorgaría un

---

<sup>77</sup> STC 3/1983 de 25 de enero, BOE 41/1983 de 17 de febrero, f. j. 10.

<sup>78</sup> Ídem.

<sup>79</sup> Art. 23.1 CE. “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

estatuto específico respecto de las demás formas previstas en el art. 9.2 CE, que prevé también, como ámbitos participativos, la vida económica, cultural y social.

Los registros de participación en diversos otros preceptos de la Constitución que regulan de forma más específica “ámbitos participativos concretos”<sup>80</sup>, algunos están vinculados a la vida socio-económica, especialmente los de los arts. “28”<sup>81</sup>, “37”<sup>82</sup>, “129.1”<sup>83</sup> y “131”<sup>84</sup>, que prevén los distintos ámbitos de participación de los trabajadores: sindical, empresarial y de concertación.

Las conclusiones provisionales que se pueden extraer de una lectura contextual de los mencionados preceptos constitucionales son tres:

La primera es que correspondiendo a la definición social del Estado y el contenido que abarca la participación ha asumido un status muy amplio, alcanzando todos los ámbitos de la vida social donde se halla directamente comprometido el interés público como entidad eficiente.

Por segunda, la conjunción entre la “definición social del Estado y la obligación que impone la Constitución a todos los poderes públicos de fomentar la participación en los diversos ámbitos, tiene como corolario el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que se adopten en dicho ámbitos”<sup>85</sup>. Es un derecho público subjetivo de naturaleza fundamental que al tener su objeto circunscripto al ámbito político pasa a

<sup>80</sup> Preceptos constitucionales: participación en la educación (27.5); la participación sindical (art. 28); la participación en la negociación colectiva (art. 37); la participación juvenil (art. 48); la participación de los consumidores (art. 51.2); la participación en la iniciativa legislativa (art. 87.3); la participación en el referéndum (art. 92 y conexos); la participación en la actividad administrativa (art. 105); la participación en la Administración de Justicia (art. 125); la participación en la seguridad social (art. 129.1) y en la empresa (art. 129.2); y la participación en la eventual planificación económica (art. 131.2).

<sup>81</sup> Art. 28.1 CE. “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y afiliarse al se su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. 2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

<sup>82</sup> Art. 37.1 CE. “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

<sup>83</sup> Art. 129.1 CE. “La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”.

<sup>84</sup> Art. 131.2 CE. “El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley”.

<sup>85</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 286.

tener una tutela superprivilegiada conferida pelo art. 23.1, sin que esto signifique que este derecho en otros ámbitos posea naturaleza diversa, aunque sí, más limitados instrumentos de protección.

Por tercero son las diferentes formas de ejercer la participación que reconoce la Constitución que son:

- las formas delegadas, a empezar por la propia democracia representativa;
- las formas directas, de entre las cuales el referéndum es una de sus modalidades, que se completan con las siguientes: consultiva art. 62, c) y 92; autonómica arts. 151 y 152.2 y D.T. 4<sup>a</sup>; constitucional arts. 149.1, 167.3 y 168; la iniciativa legislativa popular art. 87.3 y el derecho de petición art. 29;
- o aún múltiples formas de participación directa sectorial sea en la Administración de Justicia, en la Seguridad Social, en la enseñanza, o en la empresa, tratados al largo del texto constitucional.

Además, se trata, sin embargo, de “fórmulas de muy diverso alcance”<sup>86</sup> ya que la “Constitución española privilegia sin duda y por diversas razones, la participación política y sindical respecto de las demás formas y dentro de todas ellas la democracia representativa sobre la directa”<sup>87</sup>.

Por todo esto, la “Constitución española es pródiga en preceptos reconocedores de formas de participación política directa, ya es menos generosa en cuanto a su extensión e intensidad”<sup>88</sup>, todavía, por su conjunto autoriza una lectura de que “establece un sistema político que se puede caracterizar como una democracia participativa”<sup>89</sup>, sin embargo, advirtiéndose que no son pocos los autores que entienden lo contrario, e incluso “consideran que el propio concepto de democracia participativa constituye un mito que conviene abandonar”<sup>90</sup>, aún más, opinan que a pesar de sus pretendidos objetivos transformadores, actuaría en realidad como un instrumento de perpetuación de “*status quo social*”<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> AGUIAR DE LUQUE, L. y GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El derecho a participación en los asuntos públicos*, en AA.VV. (ALZAGA dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid 1996, p. 650.

<sup>87</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2004, p. 287. Justifica que “el contexto histórico de la Constitución, caracterizado por la reticencia que generaba la forma en que el régimen franquista había utilizado el referéndum y por la necesidad de reforzar los partidos sólidos de la clandestinidad”.

<sup>88</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid 1998, p. 78.

<sup>89</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 287.

<sup>90</sup> DE VEGA, P., *La crisis de la democracia representativa*, en AA.VV. *La democracia post-liberal*, Madrid 1996, p. 110.

<sup>91</sup> Ídem, p. 109.

Mismo considerando que la oposición a la idea de democracia participativa se hacen en general por prevención ante su utilización demagógica, tanto por parte de regímenes autocráticos, como en el seno de los sistemas democráticos, resulta razonable, que parten de una base un poco equívoca, que consiste en la identificación mimética que frecuentemente se realiza entre democracia participativa y democracia directa.

Una democracia más o menos participativa depende de “múltiples factores”<sup>92</sup> sobre los cuales no se va a alongar allá de la nota de pie de página, por huir a su objeto en este trabajo.

La Constitución española de 1978 ha hecho una apuesta decidida a favor de un modelo de democracia participativa, como se evidencia a todo lo largo del texto constitucional y que, ya en el preámbulo se proclama la voluntad de “establecer una sociedad democrática avanzada” lo que supone, sin duda, no sólo un modelo institucional, sino también social en sentido participativo.

Desde el art. 1 CE el constituyente demuestra verdadera obsesión por el pluralismo que no sólo es “requisito funcional”<sup>93</sup>, sino también objetivo del régimen constitucional, elevado a la “categoría de valor superior del ordenamiento jurídico”<sup>94</sup>.

Proclamada en la Constitución los diferentes llamados a la participación aparece por doquier en el texto fundamental principalmente en los arts. 1, 9, 23, 28, 37, 48, 51, 87.3, 92, 105, 125, 129 y 131.

La opción por una “sociedad democrática avanzada” del preámbulo de la Constitución se afirma por un modelo de democracia participativa, única concepción compatible con la tipificación social y democrática del Estado que tiene el pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, que plasma de entre otras por la extensión de la participación a todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social que opera el art. 9.2 y que se deduce en última instancia, de la prolija regulación de formas de participación a lo largo del texto constitucional antes mencionados.

---

<sup>92</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 288. Compara “una democracia consolidada con unos niveles amplios de pluralismo político y social, con una distribución relativamente equitativa de recursos políticos entre la población, con partidos políticos y sindicatos de fuerte implantación y control, con medios de comunicación desconectados y plurales y con amplios niveles de implicación ciudadana en la ‘sociedad civil’ y en los procesos electorales, aunque no se prodigue en la utilización de instrumentos de democracia directa, se acercará, sin duda, mucho más al modelo ideal de democracia participativa, que una democracia formal de limitado pluralismo, profunda desigualdad en los recursos y manipulación de la población a través de instrumentos asamblearios y/o plebiscitarios”.

<sup>93</sup> STC 12/1982, de 31 marzo, BOE 95 de 21 de abril de 1982.

<sup>94</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid 1998, p. 80.

La participación prevista en el texto constitucional más allá de las virtudes ya apuntadas “contiene un proyecto de ciudadanía activa y participativa, partiendo del hecho de que el pluralismo no sólo se concibe en clave liberal, como un límite, sino también en clave social, como un valor y del rango más elevado”<sup>95</sup>.

El proyecto de ciudadanía que incorpora la Constitución por medio de la participación no es sólo civil o política, sino y principalmente para el trabajo de esa tesis, también social, esto todo en el sentido de que la pertenencia a la comunidad va vinculada al disfrute de tres grupos de derechos: los civiles, políticos y sociales, de la “concepción clásica de la ciudadanía social”<sup>96</sup>. Así es que “el disfrute de dichos derechos es a la vez causa y consecuencia de la plena pertenencia a la comunidad”<sup>97</sup>, lo que confirma el nexo inextricable entre la “ciudadanía social y el Estado de Bienestar”<sup>98</sup>.

Diferente de la tradicional ciudadanía social de Marshall que es reconocida por una enunciación básicamente pasiva representada por el derecho a tener derechos, la ciudadanía social activa y responsable, de naturaleza política, económica y civil, en la que las distintas formas de participación ciudadana poseen una entidad central, en cuanto valor sistémico, en torno del cual las demás formas de participación gravitan.

Así, dentro de un “contexto de un pluralismo que se concibe no como límite sino como valor superior; con una proyección sobre los distintos ámbitos de la vida social y con un carácter activo. Y son estos caracteres, por tanto, los que debe poseer el derecho de los ciudadanos a la participación”<sup>99</sup> que conlleva dicho mandato constitucional del art. 9.2 CE, con alcance también a la vida en la empresa y en las relaciones de trabajo.

### c) Objeto del derecho a la participación

Sin contrastar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional cuando interpreta el art. 9.2 CE en el sentido de que “refleja la dimensión social del Estado de

<sup>95</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, Madrid 1998, p. 78.

<sup>96</sup> MARSHALL, T. H., *Citizenship and social class*, En *Class, Citizenship and social development*, Chicago, 1977. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 290.

<sup>97</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos fundamentales*, en AA.VV., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid 2001, p. 42. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 291.

<sup>98</sup> BELLAMY, R., *Tre modelli di cittadinanza.*, en *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritto*, Roma, 1994, p. 231. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 291.

<sup>99</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 291.



Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo”<sup>100</sup> o cuando entiende que el art. 23 CE constituye sólo una de las plasmaciones del genérico derecho de participación reconocido en los arts. 1 y 9.2 de la Constitución, al afirmar, “un derecho fundamental en que se encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1º”<sup>101</sup>, muy por el contrario extrayendo de estos pronunciamientos el sentido más neto.

En este sentido el doctrinador afirma:

que la Constitución reconoce un solo derecho a la participación, del cual son titulares los ciudadanos y cuyo ámbito de ejercicio comprende la vida política, económica, cultural y social y que este derecho posee el instrumento del amparo constitucional, para la garantía de sólo algunos de sus contenidos y respecto de algunos de sus titulares, circunscritos al ámbito político tradicional, a través del enunciado concreto del art. 23 CE y al ámbito de la participación sindical, a través del art. 28<sup>102</sup>.

Es posible un ejercicio de sostenimiento como hacen muchos autores en un sentido de una interpretación expansiva en relación al art. 23 CE, en relación a los asuntos públicos o las formas de participación que asiste a los trabajadores y el ejercicio del pluralismo social del art. 28 CE, todavía, va de en contra la doctrina del Tribunal Constitucional, para quien se trata de un “derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición, pues para participar en los asuntos concretos se requiere un especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado”<sup>103</sup>.

Se debe resaltar que ese mismo derecho a la participación en ejercicio del pluralismo social, cuya naturaleza fundamental no se discute, asiste a los empresarios en virtud del art. 37 CE, como instrumentos de democracia directa expresos por el derecho de conflicto, representación y negociación colectiva, y que también carece de protección del recurso de amparo, al hallarse fuera de la cobertura de la sección primera, por lo que no se considera para aquello efecto procesalmente fundamental.

Así, es coherente discrepar de la doctrina mayoritaria, que analiza las distintas formas de participación “como comportamientos estancos, como derechos

<sup>100</sup> STC 120/ 1990, BOE de 30 de julio de 1990, f. j. 4.

<sup>101</sup> STC 51/1984, de 25 de abril, BOE 128/1984, de 29 de mayo, f. j. 2.

<sup>102</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 294.

<sup>103</sup> STC 51/1984, de 25 de abril, BOE 128/1984, de 29 de mayo, f. j. 2.

autónomos”<sup>104</sup>. Siguiendo la misma lógica, discrepar también de los intentos de realizar una interpretación expansiva de la participación política del art. 23 que busca englobar en el dicho precepto cualquier forma de participación en los asuntos públicos, entendido estos de la forma más amplia.

Cabe ahora asumir una posición que considera, en cambio, que en el sistema constitucional español

existe un único derecho a la participación en los asuntos públicos; un derecho que viene implícitamente enunciado en los arts. 1.1 y 9.2 de la norma fundamental; que se desarrolla en multitud de preceptos específicos a lo largo de su texto; pero que tiene un tratamiento privilegiado en el ámbito de la participación política y en el de la participación sindical, previstos respectivamente en los arts. 23 y 28; y que dicho tratamiento se deriva necesariamente del reconocimiento de los partidos políticos y de los sindicatos como instituciones básicas del Estado que se realiza en los arts. 6 y 7 CE<sup>105</sup>.

Los objetivos señalados de la participación del art. 129.2 y su virtualidad efectiva en relación a las diversas formas de participación no definidas por el legislador constituyente, pero ya reconocidas por la norma infraconstitucional y por la doctrina, la más polémica es sin duda a de la gestión de la empresa o su gobierno, pues fijados los objetivos de esta ellos ya inducen a las demás formas.

En este sentido se tiene que todo los partidarios como los detractores de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa atribuyen a esta, “en mi opinión (...) ya sea para bien o para mal, unos efectos superiores a los que realmente produce, aunque no se trata de un fenómeno que se pueda predicar únicamente de esta forma de participación, ya que lo mismo sucede también con otros ámbitos participativos”<sup>106</sup>, o sea, la “idea de gobierno democrático de las empresas genera demasiada expectativas. Tanto los defensores como los opositores de la democratización, ya sea del Estado o de cualquier otra entidad, suelen exagerar sus probables efectos”<sup>107</sup>.

Como premisa de ese estudio se tiene que situar la complejidad de la problemática, pues se ha de especular sobre hipótesis de difícil contraste en la práctica.

En esta línea, en primer lugar, se analizará cómo incide la introducción de medidas imperativas de participación sobre el estatus del trabajador, sin perder de

<sup>104</sup> Tesis compartida pelo TC cuando afirma que “el constituyente ha previsto formas de participación en ámbitos concretos, algunas de las cuales se convierten en verdaderos derechos subjetivos, bien ‘ex Constitutione’, bien como consecuencia del posterior desarrollo por parte del legislador” (STC 119/1995) f j 4.

<sup>105</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 296.

<sup>106</sup> Ídem, p. 264.

<sup>107</sup> DAHL, R.A., *La democracia y sus críticos*, Paidós, Madrid 1992, p. 398.

vista que, por un lado, las circunstancias que se dan en aquellos países que poseen formas de cogestión donde, por una parte, la participación se articula, no desde la base como es común, sino desde las jerarquías empresariales y por otra, que no se canaliza a través de movimientos sociales espontáneos sino sobre instrumentos de representación de los intereses de los trabajadores muy normativizados.

El punto de partida es que la principal función de la participación “no reside ni en la atribución de ventajas individuales a los trabajadores singulares ni en una mejora de su status político”<sup>108</sup>. El supuesto de el efecto especial de atribuir a “la participación de antídoto contra la alienación o compensación de la subordinación social del trabajador, de forma que este se vería convertido en un ‘ciudadano económico’, lo que conllevaría la promoción de su dignidad humana y la humanización de su trabajo”<sup>109</sup>, la realidad no es bien así, pero el ideal era que fuera.

Resulta que el mayor impacto de la participación no se produce, como puede parecer, sobre el status individual del trabajadores que, en verdad no experimenta una variación excesiva, sino en las relaciones de poder dentro de la empresa, donde la “nueva forma de cogestión entre capital y elites sindicales refuerza el nivel de neocorporativismo”<sup>110</sup>.

Tanto la redistribución de poder cuanto los cambios en los objetivos de la organización se opera de forma imperceptible, es que en la práctica todo el complejo sistema de reglas y mecanismos de resolución de conflictos que las leyes de participación prevén, no llega a ser normalmente utilizado en razón de no se evidenciar el conflicto de intereses, incluso porque las decisiones en su mayoría son tomadas por el consejo de vigilancia por unanimidad, el que aleja la posibilidad de conflicto.

Esto no quiere decir que no haya intereses divergentes en la hora de tomar decisiones, es que opera automáticamente un mecanismo sutil evitando que se evidencie el conflicto que tiene como recurso el voto, es que las partes “negocian, tratan recíprocamente, para anticipar la distribución de poder en los conflictos abiertos”<sup>111</sup>.

A despecho de la ley ofrecer una serie de mecanismos para dirimir el conflicto que en la práctica no llega a plantearse formalmente, casi siempre resolviéndose por vías informales que consisten en la “eliminación inconsciente de las alternativas

<sup>108</sup> TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge? Funzioni social della legge nelle innovazioni istituzionali: Il caso de la “Mitbestimmung”*, en AA.VV. *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milán, 1988, p. 420. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 265.

<sup>109</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 265.

<sup>110</sup> TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge? ...*, Op. Cit., p. 266.

<sup>111</sup> Ídem, p. 267.

potencialmente más conflictivas de entre las posibles por parte de la dirección, que consulta con los representantes de los trabajadores incluso cuando la consulta no está legalmente prevista”<sup>112</sup>.

Así un efecto importante es que el poder de negociación sufre mutación desde la empresa, el que provoca a su vez un reforzamiento del poder sindical, que se materializa en tres aspectos: incremento de la sindicalización en la mano de obra afectada; reforzamiento de las relaciones entre trabajadores empleados y personal sindicado; identificación entre los consejos de fábrica y el sindicato exterior.

Las tesis expuestas son confirmadas por resultado de otras “investigaciones”<sup>113</sup>, refutando la habitual pretensión en los “estudios sociológicos de minimizar el impacto de las normas jurídicas sobre la distribución del poder y ponderar preferentemente otro tipo de variables”<sup>114</sup> y “concluyen que las normas institucionales, relativas a las decisiones a término medio, parecen constituir el principal factor de distribución equitativa del poder y de democratización ulterior de las organizaciones del trabajo”<sup>115</sup>.

Otro efecto es el organizativo conexo denominado “interiorización de conflictos externos”<sup>116</sup> y consistente en que determinados intereses de los trabajadores de una empresa, en razón de la ausencia de un régimen de participación en ella, vengán ser considerados como costes externos en consecuencia de las decisiones y que como tales deberían ser minimizados, de la cual son ejemplos la seguridad en el puesto de trabajo o el endulzamiento de los procesos de racionalización.

Para estos problemas la clave es la interiorización como objetivos más prioritarios de la empresa, incluso convirtiéndose en objetivos de legitimización del propio proceso de decisión organizativa, así es que la dirección se ve compelida a asumirlos o a ponderarlos dentro de la jerarquía de los objetivos empresariales. De otra forma los problemas relativos al mercado de trabajo, por ejemplo, se considerarían costes

---

<sup>112</sup> STREECK, W., *Codeterminación: the fourth decade*, en *International Yearbook of organizational democracy*, Londres, 1984, p. 23. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 267.

<sup>113</sup> IDE Research Group: *Industrial Democracy in Europa*, Oxford, 1982. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 267.

<sup>114</sup> EVAN, J., *Hierarchy, Alienation, Commitment and Organizational effectiveness*, en *Human Relations*, 1977. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 267.

<sup>115</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 267.

<sup>116</sup> TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge? Funzioni social della legge nelle innovazioni istituzionale: Il caso de la “Mitbestimmung”*, en AA.VV. *Diritto de lavoro e corporativismi in Europe: ieri e oggi*, Milán, 1988, p. 426. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 268.

externos y se analizarían, en todo caso, a través de los mecanismos de la negociación colectiva en busca de solventarlos.

La participación desempeñaría una función importante ayudando a interiorizar, como objetivos propios de la empresa, intereses distintos de los que normalmente representa y que son fundamentalmente los de los grandes accionistas y los de la banca, que son quienes indudablemente poseen una mayor influencia en las decisiones que adoptan los directivos en el ámbito de la empresa.

Así es que la participación se constituye un instrumento “necesario y adecuado (teniendo en cuenta a demás las insuficiencias de otras formas de participación, como los Comités de empresa y los Convenios colectivos) para defender dichos intereses sociales en la política de la empresa”<sup>117</sup>. Interese este cuya protección no garantiza de por sí “ni el marco institucional en el que se desenvuelve el sistema de economía de mercado (competencia y rentabilidad según las leyes del mercado) ni las relaciones entre la dirección y los grupos de influencia dentro de la empresa”<sup>118</sup> ya citado.

Es posible que la participación carezca de mayor trascendencia en situaciones cercanas al pleno empleo en algunas economías. Todavía, a partir de la generalización del proceso de destrucción de empleo que atinge varios países de Europa el argumento pasa a tener prioridad y relevancia, de forma que los sindicatos tiendan a considerar “no sólo a la cogestión, sino a otros instrumentos de democracia industrial relacionados con la información como básicos, en cuanto que van a permitir incidir con antelación en las políticas de la empresa, con especial incidencia en el mantenimiento o en la creación de puestos de trabajo”<sup>119</sup>.

Una otra consecuencia de tipo organizativo de la participación, al tiempo en que el trabajo se convierte en bien escaso, es la que consiste en la modificación y atenuación de los términos del conflicto capital-trabajo, en razón de la profundización de las relaciones del día a día entre los representantes de ambos intereses que, al estar integrados en órganos de decisión de composición mixta, interiorizan personalmente el conflicto de interés y se ven obligados a actuar bajo una doble lealtad.

Este hecho muchas veces apuntado como generador de frustraciones y alienaciones para ambas partes, sin embargo los análisis tienen dejado de considerar otros efectos positivos allá de los inmediatos y evidentes citados. Los efectos positivos

---

<sup>117</sup> TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge? Funzioni social della legge nelle innovazioni istituzionale: Il caso de la “Mitbestimmung”*, en AA.VV. Diritto de lavoro e corporativismi in Europe: ieri e oggi, Milán, 1988, p. 600. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 268.

<sup>118</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas*, Madrid 1982, p. 600.

<sup>119</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 268.

de una norma que fuerza a interiorización del conflicto, imponiendo a las partes “buscar soluciones (socialmente y psicológicamente) tolerables, compromisos y ajustes temporales, transformando, en último término, las fisionomía de la dirección de encuentro antagónico en compromiso estabilizado”<sup>120</sup>.

Aunque los efectos de la norma muchas veces no aparezcan de inmediato, no es así a largo plazo pues resulta que los trabajadores dejan de actuar simplemente como un grupo de presión que condiciona la gestión a través de la negociación colectiva y de la amenaza de medidas conflictivas. El que sucede con las prácticas de participación es una interiorización recíproca de los intereses del capital y del trabajo con resultado positivo para los dos lados con carácter integrado y diferenciado.

Así es que los efectos de la norma cuanto al status individual del trabajador resultan casi imperceptibles, todavía, se producen importantes efectos organizativos de equilibrio de poder en el seno de la empresa a favor de los trabajadores, cuya asunción de los intereses no resulta “como costes externos, sino dentro de los objetivos de la empresa y en una nueva forma de gestión conjunta, con asunción por las partes de los intereses de la contraparte y de una doble fidelidad”<sup>121</sup>.

Allá de estas consecuencias organizativas que se producen dentro de la empresa no se puede olvidar de efectos que estas producen fuera del ámbito de la empresa, es decir, sobre el modelo socio-económico. Como ya se ha analizado la participación de los trabajadores o cogestión constituye, en los países donde se ha introducido por ley, un mecanismo típicamente neocorporativista y como tal, al converger con otros instrumentos del mismo tipo, pero que operan a distintos niveles, acrecienta el nivel de corporativismo de un determinado país.

A partir de esa perspectiva algunos autores partidarios de dicha participación en países con profundo grado de integración neocorporativista como los situados al norte de Europa, entienden ser contra productores en países de precario nivel de integración neocorporativa, sin que se haya introducido las debidas garantías. En verdad es contraproducente en un contexto de limitada concertación nacional y donde haga falta de un sindicato fuerte, capaz de hacer que las empresas interioricen los objetivos económicos generales, el riesgo es que “la participación a nivel de la empresa podría derivar en mero colaboracionismo por parte de los trabajadores, que limitarían su capacidad de presión sin contraprestación alguna”<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge...*, Op. Cit., p. 269.

<sup>121</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 269.

<sup>122</sup> CAVAZZUTI, F., *Democrazia industriale e intervento pubblico nell'Economia*, en *Revista Mondoperaio*, nº 6, 1983, p. 21 y ss. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 270.

Ahora bien, de todo que se ha visto se puede concluir que la participación puede producir unos efectos relativamente importantes sobre el sistema económico, mismo que en algunos países no tenga los mismos efectos que en aquellos de elevado nivel de neocorporativismo social, ya que es donde la participación adquiere su verdadera dimensión, cuando confluye con otros instrumentos típicos del Estado social en el cual constituye el peldaño más bajo de la concertación que empieza en la empresa.

La participación actuando con otros instrumentos de los demás niveles puede contribuir a la limitación de un poder económico que suele ser excesivamente concentrado en los países más desarrollados de modo general. El que ocurre es la inclusión en el proceso decisorio de grupos con intereses diversos de los grandes accionistas y la banca, como ya se ha dicho, “pero sin recurrir para ello al intervencionismo directo estatal, sino mediante un procedimiento típicamente neocorporativista, que, respetando el mercado, introduce objetivos sociales en el funcionamiento del sistema económico”<sup>123</sup>.

En un Estado social y democrático de Derecho como España tanto la acción de los poderes públicos puede contribuir para una más real y efectiva participación, como también esta puede producir importantes efectos sobre el sistema económico, la concertación nacional y el pluralismo social y que puede ser visible en el estudio de su contenido a seguir.

#### d) Contenido del derecho a la participación

Como se ha afirmado anteriormente la participación formulada sobre nuevas bases por el Estado social, amplía el ámbito sobre el cual se ejerce y redimensiona su contenido, con la correspondiente exigencia de una estructura estatal pluralista que promueva la participación de las personas y de los grupos, de forma que el pluralismo se convierte así no sólo en requisito institucional de la participación, sino también en objetivo de la acción del Estado y objeto de la tutela constitucional, que en el caso español es expresa cuando reconoce la pluralidad y se garantiza su preservación.

Este modelo de Estado pluralista tiene como atributo suyo “legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes”<sup>124</sup>, por esto “la consagración constitucional del pluralismo social exige que el logro del objetivo de la igualdad efectiva se realice precisamente mediante la participación de los sectores perjudicados por la desigualdad implícita en la subordinación”<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 270.

<sup>124</sup> STC 11/1981, BOE de 25 de abril de 1981, f. j. 9.

<sup>125</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 297.

El “pluralismo social”<sup>126</sup>, reconocido por la Constitución, tiene su expresión preferente, como ya se ha mencionado, en el art. 7 CE, donde otorga a las organizaciones sindicales y patronales el status de instituciones básicas del Estado complementado por la consagración de libertades y derechos de los arts. 28 y 37, así les confiere, por medio del reconocimiento de la autonomía colectiva, una potestad reguladora en el ámbito de las relaciones laborales.

Las relaciones laborales en el sistema constitucional español están asentadas sobre un equilibrio derivado del reconocimiento conjunto de ese pluralismo social, por una parte y de la libertad de empresa, por otra. Por su vez la igualdad efectiva del art. 9.2 es un objetivo que tiene en el ámbito laboral unas implicaciones específicas como consecuencia de la subordinación implícita en el contrato de trabajo, el que ha llevado al constituyente a considerar necesario garantizar ese objetivo de igualdad, mediante la participación de los trabajadores en los procesos y que tienen implicación con el propósito de igualdad. Así es que requiere la articulación colectiva del interés de los trabajadores, de forma que “la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva”<sup>127</sup>.

Las organizaciones sindicales y patronales, que tienen atribuida la representación de los intereses de la respectiva clase, son expresión de la autonomía colectiva que asume la defensa de un interés que no es el general sino particular, aunque articulado colectivamente en la participación de los trabajadores en la empresa.

Sin embargo, uno de los contenidos constitucionalmente atribuidos a la participación de los trabajadores es la acción colectiva prefigurada en el art. 7 y configurada en los arts. 28 y 37. La acción colectiva es la que, sin duda, posee un mayor desarrollo legislativo, y también, la que mayor atención ha merecido por parte de la doctrina, principalmente laboralista, aunque también constitucional. Todavía no es el único contenido de la participación.

Otros dos contenidos de la participación de los trabajadores que han despertado un menor interés de la doctrina, a despecho de su plasmación en el texto constitucional, es el de la participación en la empresa del art. 129 y en la administración económica del art. 131.

Para el estudio que se desarrolla en este trabajo de tesis se ha de centrar el estudio a seguir en la participación en la empresa que enmarca el cenit del análisis.

---

<sup>126</sup> VALDÉS DAL RE, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid 1996.

<sup>127</sup> STC 58/1985, de 5 de abril, BOE 134/1985 de 5 de junio, f. j. 3.



#### 1.4. Mandato Constitucional relativo a la participación de los trabajadores en la empresa

##### a) Exégesis del precepto

Art. 129.2. “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”.

La participación prevista en el art. 129 es un de los dos mandatos constitucionales que hacen parte de esa “proyección de futuro”<sup>128</sup> junto con el relativo a la participación en la seguridad social.

Una adecuada exégesis del precepto desde el inicio muestra varias dificultades que tendrá el intérprete, sistematizando las razones son: en primer lugar la falta de concreción del enunciado; en segundo, que no constituye un encargo clásico en el constitucionalismo democrático, sino más bien excepcional, el que significa no se poder recorrer a algunos referentes en el ámbito del derecho comparado de por lo menos a países del entorno; en tercero lugar, el enunciado del artículo ha sido, hasta el presente momento, objeto de una razonable atención por parte de la doctrina constitucional y no excesiva por la especializada, la laboralista.

De pronto si tiene que el “labor exegético resulte especialmente difícil y que resulte también elevado el riesgo de incurrir en interpretación ‘creativa’, extremo que”<sup>129</sup> se intentará dentro del posible minimizar.

La dicción del texto es el primer acercamiento a la comprensión del precepto, por ello se tiene en cuenta que el artículo contiene un mandato constitucional que resulta en la exigencia explícita de eficacia en su ejecución, el que conlleva a la comprensión de que no se trata simplemente de legitimar una opción legislativa o política, para despejar hipotéticas dudas sobre su admisibilidad constitucional, como sucede con la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales del “art. 128.2”<sup>130</sup>, o mismo la planificación de la actividad económica general prevista en el “art.

<sup>128</sup> RODRIGUES SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO, J. L. dir.), *Comentarios a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 700.

<sup>129</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 322.

<sup>130</sup> Art. 128.2 CE. “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”.

131”<sup>131</sup>, esto sólo considerando como algunos ejemplos que se puede pinzar en el mismo Título VII (Economía y Hacienda).

El importante es que “el art. 129.2 CE no se limita a legitimar la participación en la empresa como opción, ni siquiera a realizar una recomendación genérica, otorgando un margen de arbitrio al legislador para ponderar circunstancias coyunturales”<sup>132</sup>. El que él contiene es un mandato efectivo de promoción de la participación en la empresa, es decir, un mandato que, al contrario de lo que sucede con otros contenidos en la Constitución, no se condiciona expresamente a su compatibilidad con algún otro objetivo constitucional, “como sucede con el art. 38 CE”<sup>133</sup>, por lo que no posee otros condicionamientos del que aquellos que genéricamente se impone, la lectura contextual del precepto.

Ahora bien, los destinatarios de dicho mandato impuesto por el constituyente son “los poderes públicos”<sup>134</sup>, como expresamente afirma el precepto, que “en relación a las sociedades cooperativas, concreta este mandato en relación al legislador, exigiéndole una legislación adecuada de fomento. ¿Se debe deducir de ello que la obligación para el legislador se limita a dicho ámbito societario? En absoluto”<sup>135</sup>.

De inicio el que quiere el constituyente en relación a la exigencia explícita de una legislación promocional es otorgar a las cooperativas carta constitucional a este tipo de empresa en atención a su evidente función social, pero en ningún caso puede interpretarse, a contrario sensu, como se fuera una exención del mandato al legislador respecto a todo el resto de ámbitos participativos previstos. “Porque el mandato se dirige a los poderes públicos sin excepción y exige, por tanto, la intervención legislativa habilitadora tanto de la participación en la gestión de la empresa en general, como del acceso de los trabajadores a la propiedad”<sup>136</sup>.

Sin olvidar que el mandato va dirigido también por una parte al Gobierno y a la Administración, para que, en él ámbito de sus competencias, promuevan medidas que tornen esa participación eficaz; de su parte, el mandato al Poder Judicial, para que interprete las normas infraconstitucionales en el sentido más favorable a la dicha promoción objetivada por el constituyente. Incluso, también va dirigida al Tribunal

---

<sup>131</sup> Art. 131 CE. Al tratar de la planificación en el apartado relativo a “la participación en el gobierno económico” de este Título VII.

<sup>132</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 323.

<sup>133</sup> El que sucede con el art. 38 CE, es que la protección pública del ejercicio de la libertad de empresa se condiciona a la planificación o la redistribución regional y personal de la renta (art. 40 CE) que se vincula a una política de estabilidad económica.

<sup>134</sup> RODRIGUES SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO, J. L. dir.), *Comentarios a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 700. Citado por URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación...*, Op. Cit., p. 323.

<sup>135</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 323.

<sup>136</sup> Ídem, p. 323.

Constitucional, para que, en última instancia, garantice el cumplimiento del mandato del poder constituyente en la actividad del legislador ordinario, sin dejar margen a duda cuanto a la extensión del mandato.

Teniendo en cuenta el contenido de la obligación que el art. 129 apartado 2 impone a los poderes públicos en el mandato de participación, del examen de su enunciado se proyectan, por su vez, tres mandatos específicos: el primer y el más importante para esta tesis, es el de la participación eficaz de las diversas formas de participación en la empresa; el segundo es el mandato del fomento, “mediante una legislación adecuada”<sup>137</sup>, de las sociedades cooperativa; y el tercero es el de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

A pesar del mismo aliento la participación en el precepto inspira las tres obligaciones y estas obligaciones poseen una naturaleza bien distinta. Mientras que la primera y la tercera de ellas contienen dos mandatos genéricos, o sea, dirigidos a las empresas en general, la segunda, de forma diversa, consiste en la exigencia de otorgar un estatuto jurídico específico a una modalidad societaria concreta, la cooperativa. Así es que el objetivo de aquellos mandatos, es decir del primero y tercero, es el de promover la participación en la empresa ya el del segundo consiste en promover una modalidad de empresa preexistente que se caracteriza por poseer como requisito necesario el nivel más alto de participación e incluso, la identificación relativa entre capital y trabajo.

El significado de esta dicha identificación relativa es de que sobre un mismo destinatario de los derechos que conforman básicamente el estatuto jurídico de la empresa incide, tanto los derechos relativos a la propiedad privada y la libre empresa, por un lado y el derecho al trabajo, por otro. Todavía en el ámbito de la empresa típica, estos derechos poseen una naturaleza antagónica y actúan como límites recíprocos, al tiempo que despliegan conflictos de interés. Sin embargo, estos derechos en el ámbito de la cooperativa, adquieren una nueva dimensión al limitarse la tensión entre ellos, la cual no significa que pierdan su naturaleza independiente, que es consecuencia necesaria de la diversidad de los bienes jurídicos que protegen, al margen de quien sea su titular.

La sociedad cooperativa por sus peculiaridades recibe un tratamiento específico de reconocimiento otorgado por la Constitución, bien diferente de lo que sucede con otros modelos societarios, tal reconocimiento traduce en la exigencia de su existencia, de tal forma que su regulación deja de ser una opción del legislador ordinario para convertirse en una obligación de producir una legislación adecuada a su fomento.

---

<sup>137</sup> CABERO MORÁN, E. A., *El complejo panorama legislativo español: la ley estatal y las leyes autónomas*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P., dir.), *Economía social e cooperativismo*, Editorial Lex Nova, Salamanca 2006, p. 51.

La articulación de un estatuto jurídico para las empresas cooperativas privilegiado sobre el resto de las empresas representa “el ‘impacto valorativo’ de la Constitución sobre las sociedades cooperativas y que se traduce, por una parte, en una ‘reserva de institución’ y por otra en la imposición a los poderes públicos del deber de fomento”<sup>138</sup>.

En este sentido y sólo en ello “cabe interpretar en mi opinión el tenor del precepto, que exige su fomento mediante una legislación adecuada. Y crear una legislación adecuada para que se fomente una modalidad societaria frente a las otras con las que compite, sólo puede entenderse en el sentido de conferirle un trato de excepción”<sup>139</sup>.

Dentro de unos límites ese trato de excepción no tiene porqué ser incompatible con el principio de igualdad de trato entre las empresas que impone el art. 38, por lo menos entre las del sector privado ya que la Constitución española no impone estrictamente este principio en relación a las empresas públicas.

No existe incompatibilidad, primero porque es un estatuto de ejercicio empresarial a cuyas prerrogativas puede acogerse todos los agentes que quieran adaptarse a sus requisitos y prerrogativas; por segundo, la especificidad que en dicho estatuto poseen los derechos constitucionales concurrentes determinantes de una función social específica, que a su vez permite un trato diferenciado por parte del legislador sin que esto signifique herir el principio de igualdad de trato.

Las cooperativas por poseyeren un proceso de autogestión no será objeto de tratamiento profundizado en este capítulo, ya que en ella el poder empresarial es compartido entre los socios.

Por ser el más impreciso de los mandatos del art. 129.2 CE, por el cual los poderes públicos reciben el encargo de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, existe una natural inducción a argüir. “¿Qué significan las diversas formas de participación? La respuesta dista mucho de ser evidente y exige mayores concreciones”<sup>140</sup>.

Por ahora se enfatiza que habrá más adelante, en el capítulo siguiente, un estudio específico de las diversas formas de participación que se plantea en esta tesis. Todavía se hace un sencillo registro de las formas originalmente conocidas y aquí tratadas por la doctrina, donde tradicionalmente se considera que existen dos formas de participación en la empresa: la participación en la gestión y la participación en la

<sup>138</sup> VICENT CHULIA, *El tercer sector: Las sociedades cooperativas y otras formas de economía social*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 719.

<sup>139</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 325.

<sup>140</sup> Ídem, p. 325.

propiedad. Siendo así, no cabe entender en este sentido la expresión constitucional de diversas formas de participación, ya que el tercero de los mandatos se refiere al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, es decir, a la participación en la propiedad.

Como consecuencia natural de esta interpretación textual, “cuando el art. 129.2 se refiere a la ‘participación en la empresa’, hay que interpretarla en el sentido de ‘participación en la gestión de la empresa’, por lo que el contenido del mandato incluye no sólo las diversas formas de participación en la empresa, sino también las diversas formas de participación en la gestión de la empresa”<sup>141</sup>.

Ahora bien, alertando que desde la dicción textual del precepto a esta primera aproximación al contenido del mandato es recomendable aderezarla con otras consideraciones relativas al contexto histórico en el que surge y al contexto normativo en que se inserta, alertando, todavía, que esta es sólo una primera aproximación de entre otras en el estudio específico del instituto de la participación.

De todos los preceptos constitucionales relativos a la participación, ya se ha dicho, el art. 129.2 es un de los más importantes de ellos, así es que buscando responder la primera cuestión, están “inspirados en una concepción de ‘democracia participativa’ muy en boga en los años inmediatamente precedentes al periodo constituyente”<sup>142</sup> y que atribuye a la participación un contenido muy amplio que ya se ha tratado en el mandato de participación reforzada, visto anteriormente.

No es posible una precisión en cualquiera aproximación de interpretación que se haga de la participación del art. 129.2 CE sin tener que considerar que el precepto se sitúa fuera del Título I de la Constitución, donde se encuentran enunciados los derechos y libertades de los ciudadanos y más concretamente, de los trabajadores, por lo que se debe entender que “la participación ha quedado fuera del sistema de garantías establecidas por el art. 53”<sup>143</sup>.

Bajo el epígrafe Economía y Hacienda el Título VII de la Constitución abarca una serie de preceptos de “naturaleza heterogénea”<sup>144</sup>, a pesar de todos ellos se encuadraren dentro de la Constitución económica. El que tienen en común los dichos preceptos es el hecho de atribuir a los poderes públicos habilitaciones una de carácter

---

<sup>141</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 325.

<sup>142</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *Participación, Neocorporativismo y Administración Económica*, en AA.VV. (ALGAZA dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1996, p. 3943.

<sup>143</sup> RODRIGUEZ SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 701.

<sup>144</sup> Es una serie de previsiones relativas a cuestiones tan dispares como la iniciativa pública económica, el mandato de fomento del desarrollo económico, la potestad tributaria y presupuestaria, etc.

general y otras competencias específicas, pero reconociéndoles la potestad para realizar determinadas intervenciones en el ámbito económico.

A pesar de algunos de estos preceptos poseer un objeto relativamente autónomo, otros no, son sino concreciones, regulaciones de aspectos parciales, de derechos, obligaciones o mandatos a los poderes públicos, que encuentran contenido en muchos preceptos del propio texto constitucional. Es el que parece suceder con el art. 129 CE, partiéndose de su ubicación en el dicho Título, con habilitación de los poderes públicos para intervenir en la materia.

Además se exige, en una interpretación comprensiva, que no se olvide que el mandato de participación tiene íntima conexión con otros preceptos que regulan el mismo ámbito material y que lo hacen de forma más genérica, mientras que más privilegiada.

Esta interpretación comprensiva enlazada con las reflexiones relativas a la naturaleza del derecho a la participación, autoriza considerar que los registros participativos enunciados en el art. 129 que incluye, “además de la participación en la empresa, el acceso a la propiedad de los medios de producción y la participación en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a calidad de la vida o al bienestar general”<sup>145</sup> no constituyen aquellos registros compartimentos estancos tampoco mandatos inconexos que se acumulan en un precepto sin obedecer lógica alguna.

El doctrinador considera, al contrario,

que se trata de concreciones de genérico derecho fundamental a la participación, de forma que lo que el art. 129 hace no es sino incidir en las proyecciones concretas en el ámbito de la Economía y Hacienda de dicho derecho; derecho que, como se ha mencionado, viene predeterminado en la definición social del Estado del art. 1.1 y en el mandato participativo del art. 9.2. Desde esta perspectiva, al igual que el art. 23 constituiría la principal proyección en el ámbito político de dicho derecho, el art. 129 sería su alter ego en el ámbito socioeconómico<sup>146</sup>.

Así la participación ciudadana es garantizada en todas las instancias que afectan directamente a la calidad de vida o al bienestar general, sean ellas en las instancias públicas art. 129.1, o privadas art. 129.2.

La principal consecuencia de la inserción contextual del precepto en el art. 129 del Título VII de la Constitución dice respecto a su estatus, pues, al contrario de los que sucede con la proyección de la participación política, económica, cultural y social

---

<sup>145</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 327.

<sup>146</sup> Ídem, p. 327.

ubicadas en la Sección primera del Capítulo segundo del Título Primero que han recibido un estatus privilegiado muy diferente es de la proyección económica que recibe en el Título VII.

Sin duda alguna el tratamiento diferenciado resulta del hecho de que se trata de derechos de distintas generaciones, por lo que el constituyente por cautela no se consideró en condiciones de garantizar con el amparo la participación ciudadana en el ámbito económico y sí en cambio, en el ámbito político. Esto no autoriza, segundo el doctrinador reconocer “la distinta naturaleza de ambas, ni la autonomía de estos preceptos y del resto de los abundantes registros participativos que posee el texto constitucional y mucho menos la incomunicación entre ellos”<sup>147</sup>.

Sin embargo esa interpretación contextual de art. 129.2 como concreción de la participación en la vida económica prevista en el art. 9.2, resulta perfectamente compatible con la libertad sindical del art. 28 y con la autonomía de las partes arts. 7 y 37, ya que, como se ha expuesto en el apartado 1.3 de este capítulo. Por esto, se concibe en todo caso este subsistema de participación únicamente como contrapoder y no como alternativa de dirección. Así es que bajo esta misma perspectiva y límite resulta también compatible con el derecho al trabajo del art. 35.1 y el derecho a la propiedad privada art. 33.1, ya la libre empresa del art. 38, como ya se ha expuesto en este capítulo y que aún se irá tratar con más énfasis adelante.

#### b) Naturaleza del derecho a la participación

En los varios enfoques de la doctrina y del propio Tribunal Constitucional que se han mencionado con anterioridad en relación a la propia naturaleza del derecho a la participación persisten dudas, es que el art. 129.2 establece una obligación jurídica en el sentido estricto y de naturaleza incondicional de promoción de la participación de los trabajadores en la gestión y en la propiedad de la empresa. El constituyente no ha legitimado la participación en la empresa como una opción, ni siquiera a realizar una recomendación genérica, lo que ha hecho es instituir carta de naturaleza constitucional de derecho subjetivo con el mandato de promoción eficaz de participación del trabajador en la empresa y también en la propiedad.

Todavía por se haber quedado fuera del alcance del art. 53 no tiene reconocido mecanismo reactivo ante el incumplimiento que es limitado en el sistema constitucional español.

---

<sup>147</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 327.

Ahora bien, teniendo en cuenta el indubitado “carácter normativo de la Constitución”<sup>148</sup>, reconocido explícitamente por el art. 9.1, esta “posee un efecto vinculante para los poderes públicos”<sup>149</sup>, de forma que sus mandatos no pueden ser ignorados por estos desde una perspectiva jurídica, resultando, en consecuencia, la omisión activa o pasiva alegables directamente ante los tribunales”<sup>150</sup>. Sin embargo, aunque “todos y cada uno de los preceptos de la Constitución enuncien auténticas normas jurídicas, resulta evidente que su respectiva vigencia admite grados y tiempos diversos”<sup>151</sup>.

Algunos preceptos constitucionales como los derechos fundamentales, cuya aplicabilidad directa de su contenido mínimo resulta incuestionable aún “antes de que se haya procedido a su desarrollo legislativo”<sup>152</sup>, contenido mínimo cuyo respecto garantiza en todo caso el Tribunal Constitucional cuando expresamente afirma que “los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediata de derechos y obligaciones”<sup>153</sup> y complementa que sin “más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”<sup>154</sup>.

Es posible todavía afirmar que, como mínimo todos los preceptos de la Constitución, además de estar

cubiertos por la garantía que supone la propia rigidez constitucional, tienen una serie de virtualidades, como la habilitadora (en el sentido de legitimar determinadas opciones legislativas), la interpretativa (en cuanto que todas las normas que integran el ordenamiento jurídico deben ser interpretadas de acuerdo con sus preceptos) y la limitativa y derogatoria (en el sentido de que ninguna norma, sea del rango que fuere, puede contrariar las prescripciones

<sup>148</sup> GARCÍA DE ENTERÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1982 y REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid 1995.

<sup>149</sup> ESPÍN, E. *La Constitución como norma*, en AA.VV. (LÓPEZ GUERRA dir.) *Derecho Constitucional*, Valencia 2000.

<sup>150</sup> STC 16/1982, de 28 de abril, BOE 118, de 18 de mayo, f. j. 1. “Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios que la de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella”.

<sup>151</sup> DE ESTEBAN, J., *Sistema de Derecho Constitucional*, 1999, p. 203.

<sup>152</sup> STC 18/1981, de 8 de junio, BOE 143, de 16 de junio, f. j. 5. “Tratando de la reserva de ley “no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata”.

<sup>153</sup> STC 15/1982, de 23 de abril, BOE nº 118, de 18 de mayo, f. j. 8.

<sup>154</sup> Ídem.



constitucionales y en el de que quedan automáticamente derogadas todas las disposiciones contrarias a ellos)<sup>155</sup>.

Todos estos aspectos nada más son que la consecuencia lógica del carácter sistemático y por tanto, “unitario del ordenamiento jurídico”<sup>156</sup>.

La eficacia de unos y otros preceptos constitucionales varía a partir de aquellos contenidos mínimos, y esto es el que ocurre con el art. 129 que no desenvuelve su eficacia plena hasta su desarrollo concreto por parte de legislador ordinario.

Algunos mandatos constitucionales de contenido muy genérico o abstracto, y precisamente por esta razón, su exigibilidad jurídica plantea serios problemas, como ocurre con el mandato de participación que contiene el art. 9.2 que todavía no se queda privado totalmente de virtualidad, aunque esta resulte limitada, no tanto por la falta de mecanismo de garantía, cuanto por el propio carácter abstracto del tipo.

Por su vez el art. 129 recoge un mandato explícito, o mejor dicho, varios mandatos explícitos que no son otras cosas si no la concreción en el ámbito económico de dicho mandato genérico del 9.2 así es que, en este sentido, el art. 129 crea obligaciones permanentes y concretas para todos los poderes públicos y en consecuencia, derechos subjetivos a favor de sus destinatarios, de forma que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, los trabajadores poseen, entre otros, el derecho a participar en la gestión de la empresa y de la Seguridad Social, el derecho a acceder a la propiedad de las empresas y el derecho a desempeñar su actividad en empresas cooperativas con un estatuto legal privilegiado.

El que se concreta en el comando del art. 129 no son derechos autónomos, pero si el mandato constitucional de participación en las modalidades mencionadas.

Existe una identidad substancial entre los distintos derechos de participación recogidos a lo largo de todo el texto constitucional, pues todos son plasmación de un único derecho de los ciudadanos a la participación en los asuntos públicos, derecho que posee indubitablemente naturaleza fundamental. Es cierto también, que la diferencia entre los distintos preceptos reguladores de la participación, no reside en la naturaleza del derecho regulado, pero si, en los mecanismos de garantía que varían para los distintos contenidos de aquel.

La ubicación de la participación en la empresa en el Título VII resulta primero privarla de las garantías que posee la participación política del art. 23 CE y que tiene como consecuencia que la eficacia del derecho queda seriamente condicionada, cabiendo argüir como hace el doctrinador, “¿Qué sucede si los poderes públicos

---

<sup>155</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 329.

<sup>156</sup> DE OTTO, I., *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona 1987.

desoyen el mandato del constituyente? Pues, desgraciadamente, en la actualidad no existen formas de reacción eficaz frente al incumplimiento”<sup>157</sup>. Como ya advertía otro doctrinador que esto constituye “uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las Constituciones y específicamente de sus cláusulas económico-sociales”<sup>158</sup>. El que se asemeja a una inconstitucionalidad por omisión.

La denominada inconstitucionalidad por omisión es definida como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”<sup>159</sup>.

Al igual del que sucede en los países del entorno de España, los mecanismos reactivos ante semejantes incumplimientos son ciertamente limitados en el sistema constitucional, excepción hecha a la Ley Fundamental portuguesa que prevé un procedimiento específico en el art. 283, en algunos otros países se recurre a construcciones jurisprudenciales para forzar al legislador a actuar. En España no se ha desarrollado hasta el presente una doctrina jurisprudencial específica respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

Entre otros, el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción prevista en el art. 129 CE, en relación a su mandato a los poderes públicos, y principalmente al legislador ordinario, permanece absolutamente incumplido pasados treinta y tres años de la entrada en vigor de la Constitución.

Cuanto al objeto específico de este trabajo de tesis, que es la participación de los trabajadores en la empresa, no ha resultado especialmente incisivo el desarrollo del mandato constitucional por parte de los poderes públicos, incluso el legislador ordinario, no ha obedecido tanto al impulso del constituyente, cuanto al forzado acatamiento de las directivas que en dicho ámbito han ido generando las instituciones de la Unión Europea.

Estas apreciaciones en torno a la eficacia normativa del precepto tiene el objeto de reafirmar la naturaleza del derecho de participación y su propia validez. Así se puede confirmar la naturaleza de derecho subjetivo que tiene la participación.

Concluyendo por ahora, no resulta de todo pertinente las opiniones de quienes consideran que el art. 129 CE, al igual que otros derechos socio-económicos regulados en la Constitución, sin garantías fuertes, constituye únicamente una declaración de

---

<sup>157</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 330.

<sup>158</sup> BIDART CAMPOS, G. J., *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, Anuario jurídico, nº 6, México, p. 14.

<sup>159</sup> FERNANDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; Derecho comparado; el caso español*, Madrid 1998.

intenciones no exigible jurídicamente. Aunque, “desde una perspectiva de *lege ferenda*, no cabe duda de la necesidad de reforzar los mecanismos de garantía de estos derechos mediante una adecuada legislación de desarrollo (además de lo ya mencionado sobre la conveniencia de establecer instrumentos efectivos de control ante la eventual inconstitucionalidad por omisión)”<sup>160</sup>.

En este trabajo de tesis no solo el estudio del asunto recibirá nuevas aportaciones como será objeto de sugerencias. Por ahora se hará análisis de los sujetos del derecho de participación.

### c) Los trabajadores como sujeto del derecho a la participación

Aún en este capítulo se dedica estudio a la identificación de los elementos esenciales de esta tesis, de entre ellos los sujetos que actúan en una relación de labor asalariado esté ella abarcada por el Derecho del Trabajo (LET), el Derecho del Trabajo Autónomo (LETA), por el Derecho Civil, Mercantil o aún por un Estatuto propio de los servidores del Estado y Comunidades Autónomas, excluido tan sólo los de la “carrera del Estado”<sup>161</sup> o mismo aquellos al margen de cualquiera forma de protección legal. Otra cosa es imputar a ellos los atributos del derecho a la participación en la empresa.

Así es que son sujetos del derecho a la participación todo ser humano en la condición de “ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejercita como trabajador ciudadano”<sup>162</sup> desde que su trabajo resulta en producción de bien o servicio que es apropiado a título oneroso por un ajeno; que proviene de una relación laboral de cualquiera naturaleza de derecho ejercida por “ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores”<sup>163</sup>. Pero la realidad es que solo algunos trabajadores son considerados sujetos del derecho de participación y el peor, mismo para la mayoría de estos no es real y efectiva.

Muchas especulaciones hasta argumentos ponderables se puede hacer en torno del concepto ciudadanía incluso será objeto de estudio específico aún en este Capítulo. En concreto la ciudadanía económica, en su vertiente de derecho a la participación en la vida económica remite al concepto genérico de ciudadanía política, en el sentido de que deben considerarse titulares del derecho a participar en las decisiones económicas de transcendencia pública quienes en general está legitimado para participar en los

---

<sup>160</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 332.

<sup>161</sup> Carrera de Estado es compuesta por el personal de cargos políticos electivos, magistrados y jueces, militares y altos cargos de la administración pública.

<sup>162</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos y debates nº 28. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 31.

<sup>163</sup> Ídem, p. 32.

asuntos públicos, cuyos aspectos en sede constitucional se ha examinado anteriormente.

Algunas aclaraciones son necesarias en el campo concreto de este estudio sobre la ciudadanía industrial o de empresa, así es que ya se ha mencionado que el reconocimiento genérico del derecho a la participación no implica automáticamente el derecho a que los ciudadanos participen en todos los asuntos públicos, cualquiera que sea su índole y su condición. A propósito, para participar en los asuntos concretos no es suficiente el reconocimiento genérico del derecho, sino que se requiere como ha señalado el Tribunal Constitucional, un “(...) especial llamamiento, o una especial competencia, si se trata de órganos públicos, o una especial legitimación si se trata de Entidades o sujetos de Derecho privado (...)”<sup>164</sup>.

También ya se ha mencionado que en referente al ámbito decisorio de la empresa privada el elemento de legitimación consiste en las propias condiciones de ejercicio de la relación laboral dependiente en que se concreta el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente a los ciudadanos, ya que este presupone el derecho a un trabajo digno y en la extensión de derecho establecido.

De hecho, el texto del art. 129.2 no concreta quienes sean los titulares del derecho a participar en la empresa, al contrario de lo que hace el 129.1 en relación a la participación en la Seguridad Social, que menciona la “participación de los interesados”<sup>165</sup>, término amplio pero no de difícil determinación. Todavía no cabe duda que los titulares del derecho a participar en la empresa no pueden ser otros que no los trabajadores asalariados, “llamados a participar con el titular de la organización empresarial, el empresario”<sup>166</sup>.

Resulta así, porque la ciudadanía industrial o de empresa se halla vinculada al contrato de trabajo, de forma que la pertenencia del ciudadano a la empresa es condición previa a la atribución a este de derechos de participación en aquella, derecho que sólo sobrevive en cuanto existir el contrato de trabajo.

Por veces el que resulta problemático, en muchas ocasiones, es la identificación de la empresa como ámbito participativo, incluso una especial dificultad cuando se trata de los grupos de empresas, para se establecer la definición objetiva de la empresa a la que el trabajador pertenece y de ahí determinar los distintos niveles en los que se

---

<sup>164</sup> STC 51/1984, BOE DE 29 de mayo de 1984, f. j. 2.

<sup>165</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad socia*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.) *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 700. Para este autor debe abarcar, sin dudas, las personas incluidas en el ámbito de la aplicación del sistema, pero también los beneficiarios de las prestaciones, e igualmente los empleadores, cuando los primeros sean trabajadores por cuenta ajena.

<sup>166</sup> Ídem, p. 700.

debe articular la dicha participación y que por veces no se limita al del establecimiento singular al que este se haya adscrito, incluso el centro de trabajo.

Otros aspectos relevantes es, si la prestación laboral subordinada determina la atribución de derechos de participación, en este sentido también es cierto que “estos derechos no son uniformes para todos los trabajadores dependientes, sino que su contenido es variable en función del tipo de condiciones contractuales que les vinculen con la empresa y en relación también al estatuto jurídico a que se halla sometida la empresa y en relación, en última instancia, a las dimensiones de esta”<sup>167</sup>.

En resumen, actualmente es sujeto del derecho de participación en la empresa el trabajador regido por la LET y aquello a quien le es aplicable, todavía el esfuerzo en esta tesis es extenderlo a todo trabajador asalariado.

#### d) Contenido del derecho cuanto las formas de participación del art. 129.2

El desarrollo de las diferentes formas de participación se hará en un tópico específico y en la debida profundidad y extensión, pero por este momento requiere la fijación de algunos puntos de la disciplina constitucional en análisis.

El precepto del art. 129.2 ofrece una importante apertura cuando se refiere a diversas formas de participación, el que permite desarrollos legislativos diversos, pero es una inconcreción que se puede superar desde una aproximación sistemática en el texto constitucional.

Así es que, el doctrinador considera “que en el ámbito de la empresa confluyen dos tipos de derechos de participación de naturaleza relativamente diversa, aunque interrelacionados y que pueden solaparse en el seno de un mismo órgano de representación”<sup>168</sup>.

El primer contenido posible de estos derechos estaría en la participación vinculada a la autonomía colectiva, que viene regulada en los arts. 7, 28 y 37 CE. Resulta que esta autonomía colectiva despliega sus efectos en diversas esferas, una de las cuales y no la menos importante, la constituye la esfera empresarial. En esta adquiere un protagonismo cada vez mayor como consecuencia de la “tendencia muy acusada en los Estados europeos a la descentralización de la negociación colectiva, fortaleciéndose en estas últimas décadas la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, influida entre otros factores, por la presión de la competencia y las exigencias de productividad”<sup>169</sup>. En España la dislocación de la negociación colectiva

<sup>167</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 334.

<sup>168</sup> Ídem., p. 336.

<sup>169</sup> MONEREO, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid 1992, p. 40.

preferentemente para el ámbito de la empresa como ocurrió en la última reforma laboral.

El segundo contenido posible de la participación es el relativo a los órganos a través de los cuales se articula su ejercicio. Así siguiendo un criterio “suficientemente decantado”<sup>170</sup> se puede agrupar estos en dos tipos genéricos: “los órganos unilaterales y los órganos mixtos”<sup>171</sup>.

Los órganos unilaterales formados por una unidad colectiva representativa de los trabajadores definen de forma autónoma sus intereses y la lógica para actuarlos en contraposición a los intereses de la empresa, evidenciando la dinámica “poder/contrapoder”<sup>172</sup>. Sucede que cuando la participación en la empresa del art. 129.2 se articula a través de este tipo de órganos, se solapa y tiende a confundirse con la participación sindical típica vinculada a la negociación colectiva de los arts. 28 y 37. Todavía, no significa necesariamente una dinámica conflictiva de gestión en la empresa y cuya participación se ejerce por medio de derechos de información y/o consulta.

Por su vez los órganos mixtos se forman cuando los representantes de los dos intereses contrapuestos se integran en un mismo órgano. El normal es que los representantes de los trabajadores van a acceder al consejo de administración, si se trata de una empresa de estructura monista o al consejo de vigilancia, si esta posee una estructura dualista, cuyo ejemplo más conocido de esta variante es el de la cogestión alemana en sus diversas modalidades y algunos países del norte de Europa, donde el derecho de participación se ejercita por funciones de codecisión.

Asentados estos puntos en relación a la forma se pasa a examinar el núcleo esencial del derecho a la participación del trabajador en la empresa.

#### e) Núcleo esencial del derecho de participación

En busca de aclarar muchas dudas que se han planteado por la doctrina e incluso por algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional no expresamente en relación con la articulación o el art. 129.2 de un contenido mínimo, pero sí respecto de la naturaleza de los derechos de participación de los trabajadores tipificados legalmente que, todavía afecta la afirmación de la propia existencia del contenido mínimo que posee el mandato del artículo citado. A pesar de que existen pocos

---

<sup>170</sup> BAYLOS, A., *Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles*, en AA.VV. (APARICIO y BAYLOS codir.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid 1992, p. 171.

<sup>171</sup> OJEDA, A., *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976*, Sevilla 1976.

<sup>172</sup> BAYLOS, A., *Control obrero, democracia industrial, participación:...* Op. Cit., p. 172.

comentarios doctrinales en relación a dicho precepto, “no falta quien niega expresamente tal posibilidad”<sup>173</sup>.

La importancia de afirmarse la existencia de un contenido mínimo resulta de dos implicaciones: la primera es que el art. 129 constituiría una norma en blanco y la segunda es que “ni el legislador ni los poderes públicos quedan comprometidos a ordenar o promover la participación en un determinado sentido, con un contenido determinado de facultades, con una intensidad mínima, ni nada similar”<sup>174</sup>. La consecuencia de esos aspectos es que los derechos de participación no tendrían el reconocimiento constitucional, por lo que se constituirían simples derechos de configuración legal perdiendo el rango que posee.

Así es que de los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional se pueden extraer las siguientes conclusiones: primero que los derechos de participación de los trabajadores en la empresa son derechos de creación legal y como tal “el Tribunal ha de respetar esa libertad de configuración del legislador que le permite desarrollar con mayor o menor amplitud el alcance de los derechos de información, y no le corresponde valorar la oportunidad o el acierto de la elección legislativa, sino sólo si la misma ha violado preceptos constitucionales”<sup>175</sup>, como ya se ha afirmado antes.

Por segundo, “que estos derechos se vinculan con el art. 129.2, pero que, aunque este supone un mandato constitucional, no prefigura ningún grado de participación constitucionalmente exigible”<sup>176</sup>.

Con interpretación similar al del Tribunal, algunos autores consideran los derechos de información de los representantes de los trabajadores como derechos de creación legal, aunque consideren que estos forman parte del derecho de libertad sindical, de su contenido abstracto, no de su contenido esencial propiamente dicho, en tanto “no están necesariamente impuestos por el art. 28.1 CE, pero tampoco constitucionalmente impedidos, lo que permite añadir al ámbito necesario de la libertad sindical un ámbito contingente que, una vez establecido por voluntad del legislador, se incorpora al contenido esencial de la libertad sindical”<sup>177</sup>.

En una línea más acorde con la propuesta constitucional y refiriéndose a los autores y a los pronunciamientos del Tribunal, discrepa el doctrinador de tales planteamientos, pues considera que “la problemática de la participación de los

---

<sup>173</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.) *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 700.

<sup>174</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., *Participación de los trabajadores en la empresa*, *Revista de Política Social*, nº 121, p. 429.

<sup>175</sup> STC 142/1994, de 22 de abril, BOE de 28 de mayo, f. j. 9.

<sup>176</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 342.

<sup>177</sup> MONERÉO, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1992, p. 234.

trabajadores en la empresa, aunque sin duda está sujeta a una amplia libertad de configuración por parte del legislador ordinario, no está en absoluto exenta de condicionantes constitucionales<sup>178</sup>. Añadiendo aún el doctrinador que en su opinión, resulta imprescindible englobar dicha problemática en el contexto del estatuto constitucional de la empresa, lo que lleva a la idea de que la protección constitucional de los intereses confluentes en el seno de esta debe prefigurar el conjunto de derechos y obligaciones tanto del capital como del trabajo.

Además, desde dicha perspectiva, considera el doctrinador “que una legislación que prescindiera absolutamente de cualquier forma de participación de los trabajadores, ya sea en la esfera de la negociación colectiva, ya en la empresa, resultaría incompatible con las exigencias constitucionales<sup>179</sup>. Añade aún, que tampoco cualquier regulación legal de la participación agotaría por si sola el mandato.

En oposición existen autores que piensan que “cualquier sistema de participación que respondiera mínimamente a un núcleo básico de esa idea bastará para dar cumplimiento satisfactorio a sus previsiones<sup>180</sup>. Todavía, de este se discuerda por las siguientes razones.

Primero, “porque el propio carácter normativo que poseen todos los preceptos de la Constitución nos impide considerar al art. 129.2 – e incluso el art. 9.2 del que este es concreción – como un brindis al aire o una exhortación a la virtud al estilo de algunas constituciones decimonónicas<sup>181</sup>.

Segundo, el que es más grave, es que a ser así el desarrollo legislativo resultaría inadmisibile desde la perspectiva de las libertades sindicales y del reconocimiento de la autonomía colectiva del art. 6, 28 y 27 CE, elementos constitutivos de la configuración que plasma el social del Estado. A ser así resultaría incompatible también con la previsión constitucional de un Estatuto de los trabajadores del art. 35.2, cuyo núcleo esencial viene necesariamente prefigurado por la garantía constitucional del derecho al trabajo que, en su íntima vinculación con la dignidad humana, supone necesariamente un trabajo digno y apto para el libre desarrollo de la personalidad del trabajador que también se quedaría difuminada.

Por tercero adjuntase que algunos autores consideran que el derecho a la información de los trabajadores tienen también un reconocimiento constitucional en el art. 20.1 CE, que regula las libertades de expresión e información y que asegura por el dispuesto en el epígrafe d) un derecho inalienable de los ciudadanos a “recibir

---

<sup>178</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 343.

<sup>179</sup> Ídem., p. 343.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.) *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002, p. 700.

<sup>181</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 343.



libremente información veraz”, y más que este derecho de información tendría un triple contenido: el derecho a informar, el derecho a informarse y el derecho a ser informado.

En esta perspectiva se tiene la eficacia frente a terceros que poseen “los derechos fundamentales en general”<sup>182</sup> y en concreto el que ocurriría es que el derecho a la información entendido como el derecho a la información de los trabajadores constituiría la concreción en el ámbito de la relación laboral del derecho a la información de los ciudadanos y supondría, en este sentido, una premisa de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo que vincula el empresario y el trabajador, y a la vez, un presupuesto para la participación de los trabajadores. Y más, el derecho al trabajador de ser informado como un “derecho de libertad frente al poder”<sup>183</sup>, a ser ejercitada por medio de la participación.

Por todo este análisis, desde la perspectiva sistemática, resulta inadmisibles la negación absoluta de dichos derechos y parece evidente que la Constitución prefigura al menos algunos derechos de participación de los trabajadores. Más difícil parece, en cambio, concretar cual pueda ser ese núcleo esencial o contenido mínimo de la participación indisponible para el legislador ordinario.

Mismo con las dificultades que pueda plantear la labor de concretar cual es el núcleo esencial o contenido mínimo de la participación por falta de abordaje doctrinal sobre el tema, para tal desiderata se consideraran tres aspectos.

Por primer, considera el doctrinador “que la participación en la empresa prevista constitucionalmente tiene un contenido mínimo que implica, en todo caso, el derecho de información y consulta de los trabajadores respecto de todas aquellas decisiones empresariales que tengan una trascendencia especial y directa en la prestación laboral”<sup>184</sup>. Considera aún él que este contenido forma parte del núcleo esencial del derecho porque la información es requisito y condición de cualquiera forma de participación y si el mandato del art. 129 CE habla de “diversas formas de participación”, está presumiendo necesariamente dicho contenido.

---

<sup>182</sup> Tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos de Hombre y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, reconocen y garantizan los efectos que despliegan los derechos, libertades fundamentales en las relaciones entre particulares.

<sup>183</sup> Encuentra apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional que considera al derecho a ser informado como un “(...) derecho de libertad frente al poder (...)” (STC 6/1981, de 16 de marzo, BOE 89, de 14 de abril, f. j. 4), y MONERÉO, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid 1992, p. 236. Considera que dicho carácter resulta predicable no sólo respecto del poder público, sino “también en el marco de determinadas relaciones intersubjetivas privadas, señaladamente las relaciones especiales de poder que se desenvuelven dentro de las empresas” (Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Madrid 1992).

<sup>184</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 344.

El contenido de ese derecho de información en el ámbito europeo tiene un marco general establecido y que será objeto de estudio posterior en el Capítulo II.

Se puede afirmar aún que este derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, reclamando tanto por el art. 129.2 como por otros preceptos de la Constitución española, trasciende de ella y gana rango de derecho fundamental en el ámbito comunitario con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también en el proyecto de Constitución europea, pendiente esta de ratificación, suspensa por en cuanto.

Por segundo, el entendimiento del doctrinador es de que “estos derechos de información no agotan en todos los casos el contenido mínimo del derecho a la participación de los trabajadores”<sup>185</sup>. A semejanza del que sucede con la propiedad, libre empresa y trabajo, también el derecho a la participación en el ámbito de la empresa tiene un contenido variable y que así no puede establecerse de forma uniforme porque ese derecho no tiene la misma intensidad para todos los trabajadores. Por ser así, el dicho contenido va a depender de las características de la relación contractual y del régimen jurídico al que se somete en el ejercicio profesional, pudiendo aún añadirse la dimensión de la empresa, o sea, una sociedad anónima o para la pequeña empresa personal.

De hecho la participación de los trabajadores en la empresa no viene impuesta exclusivamente por el art. 129.2, sino que se debe deducir también del estatuto constitucional de la empresa, del condicionamiento mutuo entre los derechos que conforman el estatuto del empresario, esto es, del derecho de propiedad y de la libre empresa, por una parte y por otra por el estatuto del trabajador que conforma el derecho al trabajo.

Ahora bien, los contenidos mínimos de la participación deben establecerse en cada caso y para cada tipo de empresa en una graduación inversamente proporcional a la amplitud que posee para el empresario el núcleo esencial de esos derechos a la libre empresa y cuyo eslabón mínimo lo constituiría aquella empresa de dimensión reducida y en general sometida a régimen de responsabilidad ilimitada del empresario, por otro lado siendo el más alto el correspondiente a la gran empresa de responsabilidad limitada, puesto que hay una implicación personal directa incluso con responsabilidad limitada como es el régimen de una sociedad anónima.

Por esta razón se considera que una articulación adecuada de los intereses objeto de protección constitucional exige el reconocimiento a los trabajadores no sólo de los derechos de información y consulta, sino también de derechos de codecisión.

---

<sup>185</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2004, p. 345.

En definitiva, la tradicional atribución exclusiva de las responsabilidades decisorias a los representantes de los accionistas y la correspondiente exclusión de los órganos decisorios de cualquier representación de los trabajadores constituye, segundo la doctrina, “ un régimen legal que ignora las exigencias constitucionales al respecto y en concreto, las que se derivan del primer inciso del art. 129.2 CE, y (...) que no es congruente con la ponderación que se hace a lo largo del texto constitucional de los diversos intereses que confluyen en el ámbito de la empresa<sup>186</sup>.

Por último se debe añadir también que

esa atribución unilateral no es la única posible a los efectos de la preservación de la economía de mercado constitucionalmente sancionada, ni siquiera es la más eficaz a los efectos de acomodar los objetivos que persigue la empresa a los objetivos generales que la Constitución encomienda a las instancias políticas y económicas, objetivos a cuyo logro puede ayudar (aunque sin pretender atribuirle más virtualidades que los limitados que posee) la extensión de la cultura de la participación al ámbito de la empresa, mediante instrumentos legales de participación, no sólo a través de la información y consulta, sino también a través de aquellos que supone una mayor implicación y asunción de responsabilidad en el proceso decisorio, es decir, los mecanismos de codecisión<sup>187</sup>.

Para que se quede bien asentado los derechos de participación de los trabajadores en la empresa, no son únicamente derechos de configuración legal, pero principalmente tienen reconocimiento constitucional y que lo tienen no sólo en el art. 129.2, sino también en el conjunto de preceptos que conforman el estatuto constitucional de la empresa y más aún, que dicho reconocimiento preserva un contenido mínimo, aunque variable según la modalidad societaria, y el propio derecho de participación, que incluyen tanto la información y consulta, como en algunos casos la codecisión.

A partir de un núcleo esencial compuesto por un contenido mínimo en sede constitucional es también importante enmarcar los extremos como límites de la participación.

#### f) Límites de la participación

A partir del respecto al núcleo esencial del derecho de participación estudiado en el epígrafe anterior, el legislador ordinario posee una amplia libertad de configuración que afecta no sólo a la intensidad de la participación, sino también a los mecanismos y órganos a través de los cuales se desarrolla. Más allá de la gran diversidad de

---

<sup>186</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 346.

<sup>187</sup> Ídem., p. 346.

tradiciones nacionales en cuanto a las formas de participación de los trabajadores en la empresa dentro del propio contexto Europeo, incluso porque dentro de un mismo país existen formas societarias con previsiones muy diversas al respecto.

Así es que partiéndose de la apertura del texto constitucional y de la relativa imprecisión de las previsiones constitucionales en la materia mencionada es por tanto indudable la amplísima margen de discrecionalidad que todavía no es total. Tiene, en primer lugar, el ya mencionado límite del contenido esencial que debe respetar.

El segundo límite que le es impuesto tiene origen en el “principio de proporcionalidad”<sup>188</sup> aplicable a cualquiera intervención legislativa, que alcanza las limitaciones a los derechos de propiedad y libre empresa para que sean adecuados a los fines perseguidos, que específicamente en este caso es el reforzamiento de los derechos vinculados al trabajo a través de la participación.

Por último es el límite máximo pues la regulación legal de la participación en la empresa no debe ignorar los derechos del trabajador, tampoco invadir en ningún caso los correspondientes derechos del capital.

Partiendo de la trascendencia del derecho que se plantea por medio de la participación, todavía en la actual coyuntura histórica de “afirmación de la razón económica”<sup>189</sup> y del principio de libre empresa, no es ocioso llamar a atención sobre el límite constitucional de atribución de derechos decisorios al que se halla sometido el legislador ordinario en la doctrina que sentó el Tribunal Constitucional alemán en la “sentencia”<sup>190</sup> sobre la ley de cogestión de 1976, que considera que

la atribución es admisible siempre que cumpla dos condiciones: que no puedan adoptarse decisiones contra la voluntad de todos los socios y que estos no pierdan el control sobre la elección de la dirección de la empresa. El límite de admisibilidad se situaría en la cogestión absolutamente paritaria, que no es el caso de la ley de 1976, ni siquiera de las formas más amplias de cogestión existente en Alemania, en las que los representantes de los accionistas conservan, a pesar de la composición paritaria del órgano de vigilancia, poderes que van más allá del veto<sup>191</sup>.

El que debe quedar bien asentado es que la intervención legislativa se complementa con un límite formal relativo al procedimiento decisorio empresarial, que

---

<sup>188</sup> Principio de la proporcionalidad es un requisito importado de la jurisprudencia constitucional alemana, usado también por los Tribunales españoles.

<sup>189</sup> CANTARO, A., *El declive de la Constitución Económica del Estado Social*, en AA.VV. (GARCÍA HERRERA DIR.). *El constitucionalismo en la crisis de Estado social*, Bilbao 1997, p. 154.

<sup>190</sup> STC 1/3/79. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre límite de admisibilidad de los representantes de los trabajadores en decisiones en grandes sociedades anónimas en relación a la Ley de cogestión de 1976.

<sup>191</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, pp. 347 y 348.

pueda hacerse más complejo por los requisitos participativos, sin que en hipótesis alguna se acerque a la incapacidad funcional de la empresa, es decir, la imposibilidad de adoptar decisiones.

Así entiende el doctrinador que “esta doctrina del TCF es perfectamente extensible al ámbito constitucional español, en el cual la garantía constitucional del derecho a la libre empresa exige la existencia de regímenes empresariales que permitan a los titulares de capitales el ejercicio empresarial con el control en última instancia de las decisiones empresariales”<sup>192</sup>.

En una apretada síntesis el límite del derecho a la participación está en no afectar de forma a inviabilizar o perjudicar el ejercicio del derecho del socio, empresario o de la empresa, siendo intolerable cualquier injerencia que inviabilice el emprendimiento.

El contrapunto del que si viene estudiando sobre la participación del trabajador en cuanto un derecho inalienable del empleado es importante una análisis de los derechos de propiedad y libre empresa.

Tanto en el estudio anterior como en el próximo se hace referencia al Tribunal Constitucional alemán y su doctrina por atender mejor a este estudio en relación a las tesis analizadas y por no haber sido tratado por el Tribunal Constitucional de España con las propiedades de aquél sobre algunos asuntos específicos.

#### 1.5. Garantía de los derechos del empresario a la propiedad y a la libre empresa y el derecho de participación de los trabajadores en la empresa

Es importante empezar el estudio relativo a la habilitación constitucional de un determinado derecho tratando de una cuestión fundamental que es su compatibilidad con otros derechos, que eventualmente se vean afectados en un determinado ámbito, partiéndose de que los derechos no tienen una entidad absolutamente autónoma, sino que confluyen en general con otros derechos, cuyo respecto constituye su límite.

Este trabajo sobre el derecho a la participación de los trabajadores en la empresa tiene una implicación directa y profunda en la empresa, para donde confluyen un conjunto de derechos que son objeto de protección constitucional, ya que la empresa constituye un complejo centro de imputación de relaciones jurídicas y la principal sede de los derechos laborales.

---

<sup>192</sup> URIARTE, R., *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004, p. 348.

La confluencia de derechos concurrentes afecta con limitaciones a un y refuerza o representa gano a otros.

Desde esta perspectiva, los principales derechos que convergen en el seno de la empresa son, por una parte, los que enmarcan el estatuto jurídico del empresario, es decir, los derechos a la propiedad y a la libre empresa, y por otra, los que enmarcan el estatuto jurídico del trabajador, que es configurado por el derecho al trabajo y los derechos vinculados a este. Ahora bien, la confluencia de estos derechos del capital y del trabajo prefigura el estatuto jurídico básico de la empresa, así es que este estatuto no puede derivarse exclusivamente del principio de libre empresa, por el riesgo de incurrir desde una visión meramente mercantilista de la empresa. Todavía adelantase que el estudio en el ámbito constitucional es solo episódico, para que no se venga huir del campo del Derecho del Trabajo.

Un análisis bajo una perspectiva constitucionalista de empresa, es necesario ponderar todos los intereses que confluyen en ella y los derechos que generan.

Por su vez la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa incide, sin duda, sobre ese conjunto de derechos, provocando una afectación que consiste en la constricción de algunos derechos y en la expansión de otros. Así en concreto, limita los derechos del capital y refuerza los derechos del trabajo.

Cabe por tanto analizar si esta afectación es constitucionalmente admisible y ver cuales son los límites de dicha afectación, incluso examinando algunos problemas que en consecuencia se plantean. Para empezar un de ellos es él ¿en qué medida el derecho a la propiedad privada y la libre empresa constituye un límite para el legislador ordinario de cara a la introducción de formas obligatorias de participación en la gestión? o, dicho de otra forma, ¿si la eventual decisión legislativa de imponer alguna forma de participación en el proceso decisorio resulta o no compatible y en qué términos con la garantía constitucional del derecho de propiedad privada y libre empresa?

Esta no es una cuestión pacífica en la doctrina, todavía unánimemente se admite la posibilidad de introducción de formas de participación mediante instrumentos convencionales en el ejercicio de la autonomía colectiva, pero no sucede lo mismo a respecto de los instrumentos legislativos, cuya implementación forzosa vulneraría en la opinión de muchos, los derechos constitucionalmente reconocidos y consagrados a los empresarios.

El debate sobre estos aspectos excede sin duda a las pretensiones de este trabajo de tesis por esto se centrará el análisis sobre la problemática relativa a la admisibilidad de dichos instrumentos, o sea, la constitucionalidad de una eventual legislación participativa que afecte los derechos de propiedad, libre empres y trabajo.

### a) Afectación del derecho a la propiedad

El derecho de propiedad en el ámbito de la empresa exige un examen que evidencie las condicionantes de esta forma específica de propiedad que supone una definición que se ajuste a sus peculiaridades, pues se le aplicase una definición indiferenciada y genérica de propiedad se podría llegar a unas conclusiones inaplicables al ámbito en estudio, por ser un instituto jurídico especialmente contingente, el que autoriza a descartar concepciones apriorísticas con base en el “derecho romano”<sup>193</sup> o en la “codificación napoleónica”<sup>194</sup>.

Es necesaria una redefinición del contenido del derecho partiéndose de su configuración constitucional, donde incorpora la forma de derecho subjetivo en el art. 33.

Así es que, la Constitución plasma un “derecho de propiedad que no es ilimitado”<sup>195</sup>, sino un derecho que posee, además de los límites externos ordinarios, un elemento delimitador interno específico, que es el de la “función social”<sup>196</sup> que incide sobre la propiedad.

En estos términos, la delimitación del contenido esencial de la propiedad debe hacerse fundamentalmente atendiendo a los intereses jurídicos protegidos, que son la utilidad individual y la función social. Estos dos intereses concurrentes deben ser ponderados por el legislador, que para esto posee una amplia habilitación, siempre y cuando no invada el núcleo esencial indisponible del derecho, incluso debiendo ponderar en cada caso, en atención a la intensidad que estos posean en cada tipo de propiedad, gozando el legislador de una amplia, pero no ilimitada margen de apreciación, atento todavía al principio de proporcionalidad de la intervención y de adecuación de las medidas a los fines perseguidos.

En concreto la propiedad en el ámbito de la empresa se presenta para el legislador con toda la carga de atributos que posee cada cual, con un abanico en razón de las limitaciones ya enunciadas arriba. Son emblemáticas las peculiaridades en el ámbito de las sociedades anónimas, o sea, la propiedad de cuotas societarias que

---

<sup>193</sup> ARIAS RAMOS, J. A., *Derecho Romano*, Madrid 1972, vol. I, p. 219.

<sup>194</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, en AA.VV. Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Entoría, 1991, vol. II, p. 1258.

<sup>195</sup> REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, 1994, p. 110.

<sup>196</sup> PENA LÓPEZ, J. M., *Prólogo a la obra de COLINA GAREA, R. La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona 1997, p. 11.

constituye una forma específica radicalmente diversa de la propiedad individual “arquetípica”<sup>197</sup>.

La sociedad anónima como modalidad especial es basada en la limitación de responsabilidad, surgió históricamente con carácter excepcional y posee actualmente un carácter central dentro del sistema económico. Por sus peculiaridades posee una regulación jurídica que se caracteriza por la atribución de la titularidad de bienes a una persona jurídica que se presume dotada de “voluntad propia distinta de la de los accionistas”<sup>198</sup>, respecto de los cuales constituye un tercero.

La empresa así organizada tiene como consecuencia, por la interposición de los órganos societarios, que los accionistas individualmente considerados carecen de poder de gestión, responsabilidad y disponibilidad sobre la empresa, con independencia de la dimensión que se quiera dar al fenómeno de la escisión entre el control y la propiedad.

Por esto es necesario un “replanteamiento del concepto de ‘goce’ o ‘disfrute’, considerado genéricamente como una potestad inherente a la propiedad, ya que sólo en una medida extraordinariamente relativa se puede predicar respecto de la propiedad de cuotas”<sup>199</sup>. Es que con ella se rompe la conexión personal típica de otras formas de propiedad, el que implica una pérdida para la propiedad, en este ámbito, de su valor de proyección inmediato de la personalidad, incluso se quedando el derecho de propiedad reducida prácticamente a una especie de “derecho de crédito de dividendos eventuales”<sup>200</sup>.

En esta forma de propiedad ha una preminencia del aspecto colectivo-institucional respecto del aspecto personal-individual el que configura necesariamente su estatuto constitucional, ya que el contenido del derecho se haya vinculado a la naturaleza instrumental que este posee respecto del desarrollo de la personalidad.

Estos aspectos al tiempo que habilitan el legislador, balizan su acción que, todavía es muy amplia en la configuración del estatuto de la propiedad de la empresa desde la ponderación de las utilidades atribuidas en cara de la función social privilegiada y la derivada, objeto también de protección constitucional y entre ellos con

---

<sup>197</sup> RODOTÁ, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid 1987, p. 137. Para quien “La propiedad que tipifica la codificación es una propiedad de base agraria, considerada en términos absolutamente estático y modelada e acuerdo con las exigencias de la pequeña y mediana propiedad”.

<sup>198</sup> GAMBARO, *Il diritto de proprietà*. Vol. VIII, T.2 de la obra colectiva *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán 1995, p. 579. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.132.

<sup>199</sup> URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.132.

<sup>200</sup> MAZZ, C., *Proprietà e società pluralista*, Milán, 1983, p.258. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.132.



el interés del trabajo. Así es que cualquiera análisis de constitucionalidad en esta materia debe partir necesariamente de esta especificidad que posee la propiedad de empresa, en relación a las formas arquetípicas de propiedad personal.

En esta línea la “jurisprudencia constitucional alemana”<sup>201</sup> en materia de propiedad de empresa abordó en concreto la problemática específica de la compatibilidad entre el derecho de propiedad y la cogestión en la empresa ya citada en el número 1.4 de este capítulo, sentencia que ha tenido una cierta acogida en la “doctrina española”<sup>202</sup>, especialmente en los ámbitos del derecho del trabajo y mercantil. Es una sentencia de un gran valor doctrinal no sólo porque aborda el problema de la constitucionalidad de la participación, sino porque lo hace desde una perspectiva perfectamente congruente con la caracterización del derecho de propiedad privada y la libertad de empresa.

Siguiendo la premisa adoptada por la jurisprudencia alemana de que la propiedad privada constituye un derecho fundamental estrechamente vinculado a la libertad y cuya función es asegurar a su titular una esfera de libertad en el ámbito del derecho patrimonial y posibilitar el desarrollo responsable de su vida, estando habilitado el legislador ordinario para intervenir cuando lo legitime la función social y de acuerdo con un principio de proporcionalidad, incluso que la mayor o menor amplitud de la habilitación dependerá por tanto no sólo de la función social, como también de la vinculación personal que posea esa específica forma de propiedad.

A la propiedad de las sociedades por acciones se le impone el derecho de sociedades, tanto en el que se refiere a la condición jurídica de socio, como en lo que se refiere al elemento jurídico patrimonial. Se trata de una propiedad especial cuyas potestades demaniales se hallan sometidos a previsiones específicas y cuyo estatuto no viene definido por las previsiones genéricas del código civil para las formas individuales de propiedad, sino por el derecho de sociedades.

Es este derecho de sociedad que no sólo determina y limita la organización social sino también los derechos de los socios, interponiendo ante el derecho patrimonial el conjunto de derechos que integran la condición de socio. Y que, por su vez, el ejercicio de las potestades que se derivan de esta condición de socio queda, pues, condicionado por la interposición de los órganos societarios.

Con estas aclaraciones se puede analizar en qué medida la participación en la gestión de la empresa puede afectar a cada uno de los aspectos individual y colectivo

---

<sup>201</sup> STCF, BGB1, 1976 I, 1153-1165.

<sup>202</sup> GAMILLSCHER, F., *La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979*, en *Revista Especial de Derecho del Trabajo*, 1980, p. 169 y ss.; GARCÍA MACHO, A. *Comentarios a la sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la cogestión*. En *RAP* 89, 1979, p. 451 y ss.

de la propiedad en el ámbito de la empresa, es decir, al derecho de propiedad de socio sobre la cuota social, por un lado, y al derecho de propiedad de la sociedad como persona jurídica, por otro.

La cogestión como forma más amplia de participación, como bien reconoce el Tribunal Constitucional Federal alemán incide tanto sobre las facultades de disposición indirectas de los socios como sobre el valor patrimonial de la cuota. No obstante, considera que dicha incidencia es meramente cuantitativa y no cualitativa, ya que no provoca “una alteración sustancial de la propiedad de la cuota”<sup>203</sup>. Ninguna duda de que se produce una alteración cuantitativa con la limitación de la incidencia de los socios en las decisiones de la empresa, a partir de la entrada en los órganos societarios de miembros que no representan a la propiedad, en los casos de participación por ejemplo.

Todavía, no es tan pacífico y conviene evaluar se no es una alteración cualitativa también el fato de funciones como de nombramiento y revocatoria dejar de ser exclusiva de la junta general de accionistas o una decisión societaria poder ser adoptada por una coalición en el consejo de vigilancia entre representantes de los trabajadores y representantes minoritarios de los accionistas, en contra de la voluntad mayoritaria de estos últimos, por el hecho de la empresa poseer régimen de participación de los trabajadores en la gestión, es decir, una cogestión.

Estas dudas fueran dirimidas cuando el alto tribunal germano arrojó luz sobre la cuestión, asentando al respecto una doctrina nítida y que puede perfectamente ser asumible en España u otros países, por la cual, considerada el pequeño porcentual de su cuota en relación la de los demás socios, no se produce una alteración sustancial de la propiedad de la cuota social ya que esta, a consecuencia de la interposición de la sociedad, así, “no tiene como nota estructural el que siempre sea posible a los titulares individuales imponer autónomamente su voluntad, como sucede normalmente en otras formas de propiedad. De hecho, las facultades de disposición siempre pueden ejercitarse en contra de la voluntad de los socios que quedan en minoría”.<sup>204</sup>

Aún afirma el mismo Tribunal que tampoco afecta a la esencia de la propiedad de cuotas la eliminación de la posibilidad de que los miembros del órgano representativo sean nombrados y revocados por la junta de socios, porque el traspaso de competencias de un órgano social a otro difícilmente puede considerarse en si mismo como una alteración de la esencia de la propiedad de la cuota, además la junta

---

<sup>203</sup> GOMEZ SEGADE, J. A., *Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo, p. 319 y ss, traducción de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 1/3/79.

<sup>204</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p.135.

de accionista conserva, en la sociedad, la condición de órgano supremo de la empresa, con poder para ejercitar una influencia considerable sobre su dirección.

En resumen, se puede afirmar que no se produce alteración jurídicamente relevante de la estructura o esencia de la cuota, ya que la cogestión ni elimina la utilidad privada de la propiedad de la cuota, ni afecta a la titularidad de la misma.

Una segunda cuestión, aunque no se configure una alteración sustancial, ocurre cuando es producida una limitación cuantitativa de los derechos políticos de socio en los órganos de la empresa, y el interés por el examen de dicha limitación se justifica por la preocupación de determinar se es legítima o no, lo que es lo mismo y cual es la habilitación que posee el legislador ordinario sobre la materia.

La clave, como hemos dicho, es que la habilitación legislativa para la regulación de las potestades demaniales debe examinarse caso por caso, respecto de cada forma concreta de propiedad, teniendo en cuenta la utilidad privada y la función social que posee la propiedad accionaria y que varían enormemente de unas a otras formas de propiedad.

Por su vez que la habilitación a respecto de la propiedad accionarial es muy amplia en comparación con otros tipos demaniales, y así lo es porque, en primer lugar, la función social de la propiedad tiene una entidad específica en el ámbito de la empresa, en razón de una condicionante material, es que no se puede obtener los beneficios derivados de la propiedad de la cuota sin la cooperación de los trabajadores, cuyos presupuestos vitales básicos pueden verse afectados por el ejercicio del poder de disposición de los propietarios. Por ello se evidencia la profunda función social de la propiedad de la empresa y, más en concreto de la gran empresa sometida a la forma jurídica de sociedad anónima tan acaecida en mercados como el europeo.

El segundo aspecto relevante deriva de la utilidad privada que posee un carácter más limitado, consecuencia de la escasa conexión personal de la propiedad de acciones, en comparación con las formas arquetípicas individuales de propiedad, cuya confirmación se tiene en otra parte de la sentencia del TCF antes mencionada, en que

el menor contenido personal de la propiedad de la cuota se pone de manifiesto en la desaparición del uso personal de la propiedad y de la responsabilidad por le mismo: a diferencia del empresario individual, el socio sólo indirectamente puede actuar con su propiedad; la responsabilidad patrimonial por las consecuencias económicas de decisiones equivocadas no le alcanza personalmente, sino que afecta a una parte limitada de su esfera patrimonial<sup>205</sup>.

---

<sup>205</sup> GOMEZ SEGADE, J. A. *Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo, p. 320, traducción de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 1/3/79.

Por su vez el Tribunal no establece límites de la habilitación del legislador, todavía considera lícita la determinación de contenido y de los límites de la propiedad previstos en la ley de cogestión, ya que cumple las condiciones de no se poder adoptar decisiones contra voluntad de todos los socios y más que estos no pierdan el control sobre la elección de la dirección de la empresa.

A la vez se debe examinar el tercer elemento influyente que es el relativo a la proporcionalidad a los fines pretendidos por la ley del medio utilizado. Así es que la ley tenía como finalidad introducir “una participación equitativa y equilibrada de los socios y de los trabajadores en los procesos de decisión en el seno de la empresa”<sup>206</sup>.

Todavía es entendimiento del Tribunal que la propia redacción de la ley no garantiza este objetivo, incluso que el objetivo no se alcance, pero la meta inmediata sería el de suavizar, mediante la participación institucional, la reglamentación ajena a los trabajadores que se produce en las grandes empresas, como consecuencia de su subordinación a un poder de dirección también ajeno, y así, complementar la legitimación económica de la empresa con la legitimación social por las normas de participación. Por ello es posible afirmar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, que las limitaciones impuestas a los propietarios son adecuadas a los fines perseguidos.

Ahora bien de todo lo expuesto, de forma resumida se puede “afirmar que con la cogestión sí se produce una limitación de los derechos de los socios, pero que esta no es esencial. Además, la limitación se legitima en la función social específica de esta forma de propiedad; y por último, cumple el requisito de la proporcionalidad, por todo lo cual resulta perfectamente constitucional”<sup>207</sup>.

Atendido el estudio de los aspectos individuales de la propiedad en la empresa o derecho de propiedad de los socios sobre la cuota social es imperativo un análisis sobre los aspectos colectivos de la propiedad, es decir, al derecho de propiedad de las sociedades como persona jurídica. Todavía, hay que empezar teniendo en cuenta que la participación de los trabajadores no despliega efectos sobre las relaciones externas de las sociedades, que no se ven afectadas ni en el disfrute, ni en la disposición de la propiedad. El que es afectado es la organización interna y, en concreto, al procedimiento de formación de la voluntad de ente empresarial.

---

<sup>206</sup> Exposición de motivos de la ley de cogestión de 1976, BGB1, 1976 I, 1153-1165. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.137.

<sup>207</sup> URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.137.

Resulta evidente que estas normas procedimentales producen efectos materiales, por lo que también deben respetar los mandatos de los derechos fundamentales, que se queda muy claro en el art. 10 CE, por el que “el respecto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden política y de la paz social”. Es preciso estar atento pues se podría producir una contravención del derecho de propiedad de la sociedad, como persona jurídica, si la cogestión implicara o se aproximara a lo que la corte suprema ha denominado de “incapacidad funcional de la empresa”<sup>208</sup>, es decir, comporta un procedimiento decisorio tan complejo que resultara imposible o casi imposible adoptar decisiones. La complejidad procedimental que conlleva per se la cogestión es admisible mientras no llegue a ese extremo, se justifique en la función social y sea proporcional, como de hecho sucede con la ley alemana.

Las anteriores consideraciones autorizan a plantearse la conclusión de que la habilitación que posee el legislador en la determinación del contenido del derecho de propiedad en el ámbito de las sociedades por acciones es tan amplia que admite la introducción de formas imperativas de participación de los trabajadores, sin afectar al contenido esencial del derecho, dejando margen para que el colectivo de propietarios, en conjunto, pueda condicionar la decisión última y no se llegue a la práctica a la imposibilidad de funcionamiento de la empresa, el que sería condenable en todos los aspectos.

Examinado el primer derecho relativo al poder empresarial que podría ser afectado por el derecho de participación, cabe a seguir un análisis del segundo.

#### b) Afectación del derecho a la libre empresa

Una cuestión preliminar al estudio del derecho a la libre empresa es el de que ¿son trasladable las anteriores afirmaciones sobre la afectación del derecho de propiedad al estudio que se inicia? Antes de responder a este interrogante conviene primero aclarar que se parte de la premisa de que, mismo tratándose de derechos emparentados ellos poseen una relativa autonomía, que evidencia tipificaciones diferenciadas, hasta porque el art. 38 CE no protege la titularidad de la empresa como forma específica de propiedad, aspecto que quedaría tutelado por el art. 33 CE, sino el ejercicio mismo de la actividad empresarial, al margen de su vinculación en cada caso concreto con la propiedad.

La libertad de empresa es tipificada de forma autónoma por el art. 38 CE y que desde su vertiente subjetiva garantiza la iniciativa económica de los particulares

---

<sup>208</sup> GOMEZ SEGADE, J. A. *Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima*, en Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo, p. 320. Traducción de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 1/3/79. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.138.

mientras que desde la objetiva, garantiza el funcionamiento de una economía de mercado.

Por lo tanto, también, no puede los rasgos específicos de la propiedad de empresa derivarse de una definición indiscriminada de propiedad a partir del arquetipo civil de propiedad personal y con contenido tendencialmente ilimitado, tampoco los de la libre empresa pueden obtenerse generalizando un arquetipo mercantil de empresa personalista. Allá de esto, no existe en el ordenamiento jurídico español una disciplina o régimen general para la empresa, ni esta puede ser subsumida íntegramente dentro de las categorías existentes en el derecho mercantil, por lo que se hace necesaria una redefinición del concepto desde una perspectiva constitucional.

La redefinición sólo puede hacerse desde el contexto de la Constitución económica y eludiendo la identificación reduccionista de la empresa con su elemento subjetivo, el empresario para “reconduciéndola a la idea de *'nexus of contracts'* en el que confluyen básicamente los tres derechos que constituyen el soporte de la actividad económica privada: la propiedad, la libre empresa y el trabajo”<sup>209</sup>; porque es de la ponderación conjunta de estos tres derechos de donde deriva la habilitación del legislador para regular el estatuto de la empresa. Es importante que el dicho estatuto, respete en todo caso el contenido esencial del derecho que varía sustancialmente de un tipo de empresa a otro, según la ponderación que para cada régimen empresarial realice el legislador, de los intereses confluentes objetos de protección constitucional.

Tratándose de sociedades anónimas, en cuanto forma típica de la empresa capitalista moderna, debe el legislador ponderar sobre la especificidad que en el caso de esa empresa se deriva de la limitación de responsabilidad, ya que esta constituye un privilegio que surgió bajo el auspicio del Estado y que, lo hizo en unas condiciones históricas excepcionales, mientras que, a lo largo de la historia, la responsabilidad ilimitada ha constituido un principio general del derecho. Sin embargo, dicho régimen se ha ido extendiendo con el tiempo hasta convertirse actualmente en la forma arquetípica de empresa de cierta entidad.

No cabe cualquier duda que el legislador ordinario esté habilitado para regular las sociedades anónimas, imponiendo a las personas jurídicas sometidas a dicho régimen elementos compensatorios que atemperen este privilegio de la responsabilidad limitada, respecto de quien ejercen con responsabilidad plena, es decir, con responsabilidad personal e ilimitada.

Todavía estas consideraciones no son óbices para el reconocimiento de un elemento intrínseco a la libertad de empresa que es el poder decisorio del empresario,

---

<sup>209</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p 139.

entendido como “poder de autoorganización y decisión”<sup>210</sup>, poder que el Tribunal Constitucional ha definido como “ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa”<sup>211</sup> y que incluye la llamada “gestión de personal”<sup>212</sup>. A partir de esta comprensión la sustracción pura y simple, aunque sea sólo de forma limitada de una parte de dicho poder a su titular natural, el empresario y su atribución, por imperativo legal a los representantes de los trabajadores o a cualquier otro estamento, puede considerarse sin duda como una restricción de libre del ejercicio empresarial.

Ahora bien, reconocida este tipo de restricción es imperativo dilucidar si ella puede ser considerada como legítima, incluso los “requisitos de constitucionalidad a los que se halla sometida”<sup>213</sup>. Si podría considerarse legítimas las restricciones a la libertad de empresa que se basan en la función social que tiene atribuida la propiedad de la empresa o que “responde efectivamente a objetivos de interés general”<sup>214</sup>, en terminología de TCE, y que no constituyen una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos que le son propias.

La privilegiada función social de la propiedad de empresa confiere una muy amplia habilitación al legislador, ya mencionada, incluso por su vinculación con otros derechos e intereses objeto también de protección constitucional, en este caso el derecho al trabajo. De otra parte, la utilidad personal de la libertad de empresa es mucho más limitada para los accionistas de las sociedades anónimas que para el arquetipo de empresario-propietario que interviene en el mercado en régimen de responsabilidad ilimitada.

Por su vez en relación al segundo de los requisitos que debe observar la restricción de la libertad de empresa para que pueda considerarse legítima, es la proporcionalidad de la intervención legislativa, ya analizada pero que exige nueva abordaje, esta debe entenderse en el sentido de que las “medidas sean apropiadas y necesarias para la consecución de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa de que se trate”<sup>215</sup> y también “que las cargas impuestas no deben ser desmesuradas con respecto a los objetivos perseguidos”<sup>216</sup>.

Mismo que en teoría el principio de libertad de empresa exige que cuando deba elegirse entre varias medidas apropiadas, debe recurrirse a la menos gravosa, todavía

---

<sup>210</sup> DÍEZ –PICAZO, L. M., Voto particular a la STC 49/1998. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. Editorial Comares, Granada 2005, p. 139.

<sup>211</sup> STC 208/1993, de 28 de junio, BOE 183/1993, de 2 de agosto, f. j. 4.

<sup>212</sup> Ídem.

<sup>213</sup> DAHL, R., *A preface to Economic Democracy, Berkeley y Los Angeles*, 1985, pp.73-74. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p.139.

<sup>214</sup> STJCE, de 11 de julio de 1989.

<sup>215</sup> Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 11 de julio de 1989. Punto 20.

<sup>216</sup> Ídem.

la Corte de Luxemburgo ha venido haciendo una interpretación laxa de tal criterio, de forma que en la práctica sólo se excluye la legalidad de la medida cuando se esté delante de “el carácter manifiestamente infundado de la medida dictada en este ámbito, en relación con el objetivo que la institución competente pretende lograr”<sup>217</sup>. Este posicionamiento viene a coincidir con el criterio que utiliza el Tribunal Constitucional español también, que limita el control jurisprudencial a los casos de “impropiedad manifiesta”<sup>218</sup>, pero reconociendo “una amplia discrecionalidad a la apreciación del legislador”<sup>219</sup>.

Como se ha quedado claro la dicha habilitación no es ilimitada, incluso no puede llegar al extremo de desnaturalizar la institución mediante, por ejemplo, la supresión total del poder decisorio empresarial a su titular natural o, mediante una intervención manifiestamente desproporcionada a los objetivos participativos perseguidos.

Otro aspecto relevante es que la proporcionalidad de la intervención no puede establecerse en abstracto, sino sobre la ponderación de los intereses constitucionalmente protegidos que confluyen en cada modalidad de ejercicio de actividad empresarial. El motivo que así sea es que, como se ha visto, tanto en relación a la propiedad cuanto la libre empresa, la intensidad que adquieren la función social y la utilidad individual varían notablemente, tanto en función del estatuto al que esta se halle sometida cuanto en función del “tamaño que posea la empresa o de la actividad a la que se dedique”<sup>220</sup>.

Resulta que de esa forma una restricción del poder decisorio del empresario puede considerarse apropiada por parte del legislador e incluso legítima para la jurisdicción constitucional, si la norma afecta a determinado tipo de empresa o a determinados regímenes de ejercicio empresarial y no apropiada o legítima, se afecta a otras empresas o modalidades empresariales.

Como se ha visto es pertinente recordarse la sentencia del Tribunal Constitucional alemán donde se examina la afectación por la cogestión no sólo del derecho de propiedad sino también de otros derechos, entre los que destacan la libertad de asociación, la autonomía colectiva y especialmente la libertad de empresa.

El Tribunal afirma que al igual que sucede con la propiedad privada, también se considera la libre empresa como un derecho vinculado al desarrollo de la personalidad. Por su vez la intensidad que posee la protección constitucional de cada una de las

---

<sup>217</sup> Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 11 de julio de 1989. Punto 22.

<sup>218</sup> Ídem. Punto 94.

<sup>219</sup> Ibídem. Punto 95.

<sup>220</sup> Es que el legislador puede apreciar la oportunidad de introducir formas de participación en los órganos de gestión de una empresa en atención a su naturaleza (empresa pública), a su dimensión (número de trabajadores de la plantilla fijado por la norma), o a su actividad (sector siderúrgico), o mismo varios criterios tomados en conjunto.



formas en que se desarrolla el ejercicio empresarial depende de la utilidad individual que este tiene atribuida, además de, por supuesto, su específica función social. “Concretamente, el tribunal estima que el rasgo personal que caracteriza este derecho hace que su contenido sea distinto según se trate de un pequeño o mediano empresario o del simple accionista de una gran empresa”<sup>221</sup>. Y, esto es así porque la cuota de participación en la empresa no conlleva necesariamente un ejercicio empresarial apto de ser considerado a un elemento de expresión de su personalidad humana.

Como dicho, la ausencia de ese rasgo personal en la propiedad de acciones bien como el hecho de que dicha libertad no pueda ser ejercitada sin la colaboración de los trabajadores, para el tribunal son argumentos que legitiman la restricción, es que, indudablemente impone la cogestión a la libertad de decisión del conjunto de los accionistas al variar la composición del Consejo de Vigilancia. De ahí poderse afirmar que el Tribunal Constitucional Federal alemán

considera legítima la traslación de una parte del poder decisorio en la empresa a la representación de los trabajadores en determinadas empresas, pero lo hace sobre la base de un argumento que no puede hacerse extensivo de forma indiscriminada a cualquier actividad empresarial, sino que debe modularse en función de la utilidad personal específica que el derecho desempeña para su titular en esa forma concreta de ejercicio empresarial<sup>222</sup>.

En este sencillo estudio sobre el derecho de propiedad y libre empresa, por la relación indirecta que tiene con el cimiento de este trabajo de tesis, se ha visto hasta qué punto la participación afecta al empresario y en qué medida supone una restricción legítima de sus derechos, restando analizar en qué medida aquellos derechos afectan a los derechos de la contraparte trabajadora y si interfiere en alguna medida el derecho al trabajo, objeto también de protección constitucional, ya analizado en el inicio de este capítulo y en el próximo.

### c) Afectación del derecho al trabajo

Antes de cualquiera análisis se debe aclarar que el derecho al trabajo como se ha registrado desde el inicio gana, en este trabajo de tesis, una dimensión que va más allá de la legislación ordinaria, es decir, procura alcanzar personas que ejercen labor remunerado no abarcado en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores ni tampoco por el Estatuto del Trabajo Autónomo, sino también aquellos “sin adjetivo”<sup>223</sup>. Todavía porque ningún vínculo, excepción hecha al servidor de Estado, es más fuerte que el

<sup>221</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 143.

<sup>222</sup> Ídem., p.143.

<sup>223</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 355 y ss.

establecido por la subordinación, por esta razón se centra el estudio en esta relación regida por la LET, y a partir de ella se alcanzar los demás.

Así es que la relación individual de trabajo típica se caracteriza por la ajenidad, lo que determina la subordinación de trabajador al poder directivo del empresario, poder que encuentra su causa inmediata en el contrato de trabajo y su causa remota en la garantía constitucional de la libre empresa, formando parte del contenido esencial de esta. El contrato de trabajo, tal y como se configura en la sociedad industrial, legitima esa subordinación aunque a la vez la limita en relación con formas históricas precedentes de subordinación, frutos de la "organización tayloriana y de la teoría de la dirección científica de la empresa"<sup>224</sup>.

Es muy amplio el poder directivo empresarial, todavía viene siendo sometido progresivamente a un proceso de objetivación y tipificación de la discrecionalidad empresarial originaria, de forma que actualmente y en el sistema constitucional español, ese poder posee importantes limitaciones, tanto intrínsecas por la regularidad de su ejercicio en base a criterios de buena fe y de proporcionalidad, bien como extrínsecas que puede derivar de la norma, sea esta fundamental por la concurrencia con otros derechos constitucionales u ordinaria por la legislación laboral. Es posible también derivarse del consenso, a través del ejercicio individual y colectivo de la autonomía de las partes y, a través también del ejercicio del contrapoder de los trabajadores en la empresa, de forma que la subordinación, implícita en el contrato de trabajo, requiere la atribución del poder directivo al empresario, pero no es incompatible con su limitación, como consecuencia de la existencia de ese contrapoder de los trabajadores que aspira limitar, pero no sustituir el gobierno de la empresa del empresario.

Así es que el legislador, al que cabe ponderar sobre los intereses constitucionalmente protegidos que concurren en la regulación de cada estatuto empresarial, está legitimado para establecer formas imperativas de participación orgánica de los trabajadores. En las sociedades anónimas esta legitimación posee una entidad específica, en el que la constricción del interés del trabajo por el de la libre empresa es limitada, como consecuencia de que el socio no actúa como el empresario-tipo, no asumiendo la integridad del riesgo empresarial, ni lo responde con la integridad del patrimonio. Por esta razón el sistema constitucional de derechos no impide en este caso al legislador, ni tampoco a las partes en el ejercicio de su autonomía, crear un elemento añadido de limitación del poder directivo y correlativa potenciación institucional del contrapoder del trabajador.

---

<sup>224</sup> Las formas históricas que propiciaran la expansión de eses poder directivo fueran la organización tayloriana del trabajo y la teoría de la dirección científica de la empresa.

Pasados tantos años desde la obra *El Capital*, donde el autor ya descortinaba mismo en su materialismo justificable en la época, cuando afirmaba que el trabajador vendía era su fuerza de trabajo y que este trabajo no era propiamente una mercancía, es decir, no tenía como circular, como es propio de los bienes que están en el comercio. En verdad su fuerza de trabajo es el componente extra material, o mejor, inmaterial que opera sobre la materia prima y los insumos en la producción de bienes o servicios, que de su neta y pura actividad resulta los servicios contratados por el empleador y cuya falta este nada realiza o produce, se quedando la empresa sin alcanzar sus objetivos. Desde aquellos lejanos tiempos mucho ha cambiado, pero la doctrina resiste incluso a la propia ley.

Por su vez el contrato de trabajo lejos de un acuerdo de vasallaje es un encuentro de voluntad por el cual dos personas se comprometen a juntos realizar una obra, producir bienes o realizar servicios, cada cual aportando el que tiene, bajo dos condicionantes: primer que un se quede bajo a la dirección del otro y, según que el producto directa o indirectamente se quede con el propietario del emprendimiento que remunera la otra parte, todo esto dentro de la más fuerte expresión de dignidad para ambos, a no ser así, es cualquiera cosa que no manifestación de derecho.

Todavía muchos son los autores que entienden de forma diversa y que en este trabajo de tesis cabe aportar su entendimiento también, para al final producir conclusiones.

Si la prestación de trabajo constituye una mercancía que el trabajador decide libremente enajenar, asumiendo su subordinación ante la contraparte empresarial y confiriendo a esta el poder decisorio, aparentemente dicha hipótesis resulta de difícil de casar con la pretensión de atribuir a los trabajadores algún tipo de participación en el proceso decisorio empresarial, al menos si esto se plantea imperativamente por vía legislativa, ya que se estaría, en tal caso, ignorando uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, atentando contra su naturaleza y contra el consenso básico que le subyace y desequilibrando las posiciones jurídicas de las partes. Además, si la razón que justifica la existencia de una legislación tuitiva tanto constitucional como ordinaria – e incluso, del reconocimiento de la autonomía colectiva y de la acción sindical – es precisamente la constatación de la desigualdad originaria de las partes contratantes y de la necesidad de un equilibrio desde el exterior que compense la debilidad negociadora individual del trabajador, ¿qué sentido tendría esa intervención, si se prescinde a la vez de las implicaciones de la subordinación?<sup>225</sup>

En la perspectiva expuesta, se plantea una aparente contradicción entre la democracia industrial como atribución del factor trabajo de una determinada

---

<sup>225</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, pp. 144 y 145. Este autor demuestra no seguir esta corriente doctrinal, pero en homenaje al trabajo científico registra esta posición antagónica.

participación en el poder decisorio de la empresa, por una parte, u la subordinación como condición contractual que atribuye dicho poder al factor capital, por otra. Sin embargo, se trata, como hemos dicho, de una contradicción sólo aparente.

La aparente contradicción se manifiesta de forma muy clara en razón de que en un régimen de participación se mantiene la relación de subordinación del trabajador a las decisiones empresariales, pero se constata un cambio cualitativo en la articulación del proceso de toma de decisión.

El que persigue la democracia industrial nada más es que participar de la toma de decisión, es decir, aunque manteniendo la relación de subordinación el trabajador por medio de su representación participa de las decisiones empresariales. La intención no es la de privar al empresario del poder de dirección, que inevitablemente se deriva de la libertad de empresa, sino la de delimitar el ámbito de dicho poder, que no puede llegar a los extremos de lo que se conocía como feudalismo industrial, cuando “el modelo de gobierno de la fábrica era precisamente el del monarca por derecho divino”<sup>226</sup>. Hoy se vive una realidad nueva donde, “no sólo se trata de que dicho poder del empresario deje de ser omnímodo en cuanto que se vea sometido a determinadas prescripciones legales, sino también, porque en su ejercicio se modulen las exigencias derivadas de dicho principio de libre empresa con las que derivan de los derechos fundamentales del trabajador, ya que existe una implicación de este como persona en la relación laboral”<sup>227</sup>

En consecuencia, allá donde se realiza la participación institucional, existe, y se justifica la existencia, de un instrumento genérico añadido de limitación de la discrecionalidad de la autoridad en la empresa, además de las limitaciones específicas que en todos los países democráticos posee dicha autoridad como consecuencia de la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores en la regulación constitucional y en el desarrollo legislativo, jurisprudencial y convencional.

Por lo tanto, la participación de los trabajadores, incluso la que se articula en el seno de los órganos societarios tendría la misma naturaleza de contrapoder que se asigna generalmente al poder sindical y que el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente, al afirmar que “la actividad sindical de representación y defensa de los intereses de los trabajadores es una actividad caracterizada por la autotutela de esos intereses; no puede olvidarse que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores”<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> ROMAGNOLI, U., *Weimar, ¿y después?*, en AA.VV. Autoridad y democracia en la empresa, Madrid 1992, p. 21.

<sup>227</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p.145.

<sup>228</sup> STC 94/1995, de 19 de junio, BOE 175/1995, de 24 de julio, f. j. 4.

En este sentido, la participación supone, pues, un aspecto más de la relación que enfrenta poder y contrapoder en la empresa “y que en su conjunto puede estudiarse como el régimen de ‘procedimentalización’ del poder en la misma, puesto que a través del conocimiento de los requisitos y procedimientos a los que se somete el ejercicio del poder empresarial y de los instrumentos empleados para ello, se individualiza (...) el grado de democratización de sus decisiones”<sup>229</sup>.

De todo que se ha dicho, la función de la participación imperativa consistiría en institucionalizar el contrapoder de la parte trabajadora, lo que, a su vez, “implica un incremento de la legitimación de quien detenta la titularidad del poder decisorio, mediante la participación de los implicados – trabajadores – en el proceso de adopción de las decisiones que conciernen al desempeño de su actividad y hace también que el ejercicio de dicho poder resulta más soportable para sus destinatarios”<sup>230</sup>.

De entre todos los trabajadores asalariados del sector privado, el que se vincula por el contrato de trabajo a una subordinación y ajenidad de todo que produce, por más razón que los demás trabajadores, tiene un derecho correlato que legitima “la dominación sobre las personas, tal y como se ejerce a través del poder de dirección y de decisión económica del empresario, solamente es soportable cuando la misma es legitimada (con la presencia de representantes) por los afectados”<sup>231</sup>. El deber de preservar la dignidad del trabajador asegurando el desarrollo de su personalidad, que en síntesis, es el derecho de todos los ciudadanos, derecho inviolable e inalienable, mismo en el trabajo donde el contrato de trabajo no tiene el poder de derogar, alejar o imponer concesión, que envilecen principios consagrados por ser aquellos derechos fundamentales inherentes al hombre y su dignidad. En esas condiciones la participación de los trabajadores es el único instituto que puede conciliar estos intereses y derechos contrapuestos.

El derecho de los trabajadores y el derecho del empresario en general no son excluyentes, en verdad son concurrentes en muchos aspectos, y complementarios en otros todavía y solo por excepción, excluyentes, así es desde la Constitución española y por el resto del ordenamiento jurídico. El constituyente ejerció un labor de construcción sistemática que garantizase la consecución de todos los postulados del Preámbulo constitucional, de justicia, libertad y seguridad, para garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económica y social justo, promover el progreso de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida y establecer

---

<sup>229</sup> BAYLOS, A., *Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles*, en AA.VV. (APARICIO y BAYLOS codir.) *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid 1992, p. 166.

<sup>230</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p.146.

<sup>231</sup> GAMILLSCHEG, F., *La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979*, en *Rev. Esp. De Derecho del Trabajo*, 1980, pp. 169 y ss.

una sociedad democrática avanzada, donde el económico y el individual se someten al social.

Por ello el derecho a la propiedad del art. 33.1 y 2, y de la libertad de empresa del art. 38, incluso suyas conexiones con la ciudadanía del art. 9.1 y 2, y 10.1, no sólo puede como deben sufrir restricciones o afectaciones condicionados por la propia Constitución del Estado social y democrático de Derecho, para que se realice el plasmado en los preceptos por el deber de trabajar y el derecho al trabajo, con la promoción a través del trabajo del art. 35.1, la participación de los trabajadores en la empresa por medio de las diversas formas a ser promovida con fundamento en el art. 129.2 y las conexiones con los derechos de los ciudadanos y la participación en la vida económica del art. 9.1 y 2, y la dignidad de la persona los derechos que le son inherentes y desarrollo de la personalidad del art. 10.1.

En definitivo la participación de los trabajadores en la empresa no representa pérdida del poder de organización y dirección para el empresario en su propiedad o libertad, pero si la realización y el cumplimiento de un derecho inalienable de todo ser humano que trabaja asalariado, que mismo garantizado en la Constitución ha sido olvidado por lo menos desde 1978, para muchos.

#### 1.6. El principio del debido valor al trabajo humano como garantía de la participación y su inclusión entre los derechos fundamentales

##### a) El principio del debido valor al trabajo humano

###### 1) Fundamento y finalidad del nuevo principio

En cuanto la vida en la visión técnica es una "fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee"<sup>232</sup>, o aún por la misma fuente, es el estado de actividad de los seres orgánicos, o si se desea enfocarlo por su naturaleza más humana, es aún por la Academia el "unión del alma y del cuerpo"<sup>233</sup>, pero en este trabajo, el enfoque que se le da es aquel en que, la actividad que desarrolla en el medio social y económico, es decir, en función de la actividad que genera o resulta en bienes o servicios esenciales hacia la existencia o satisfacción del colectivo, pero siendo originalmente explotado por una persona física o jurídica, que aprovecha económicamente o no, la actividad humana, en cuanto labor.

<sup>232</sup> Definición ofrecida por el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española en su vigésima edición, 2001 página 2297.

<sup>233</sup> Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 22ª ed. Internet: <http://buscon.rae.es/drae/>

Hablase del trabajo como actividad duplamente vital, tanto en su sentido de urgente y necesidad o en el sentido transcendental, de consumición de las fuerzas físicas o intelectuales substanciales del ser humano que desarrolla una actividad por expresivo tiempo de su existencia, que consume paulatinamente día a pues día el substrato que mantiene la unión entre el cuerpo y la alma, y que solo se vacía plenamente con la muerte.

Esta es la materia, substancia o mismo valor que el trabajador invierte, es el capital o patrimonio con el cual el trabajador entra para la empresa y que resulta en producción ajena, es decir, apropiado por un ajeno.

El labor que priva el ser humano de otras actividades, que consume tiempo y energía, que lo retira del convivio familiar, que lo sacrifica, pero que también lo puede realizar, darle satisfacción y placer, todavía es lo mismo que consume la fuerza o actividad interna sustancial en cuanto obra. El trabajo así comprendido como fuerza vital es lo que ha de ser amparado por un derecho fundamental, que sea ello guindado al nivel del derecho a la vida, la libertad, al honor y la igualdad, como ya se ha dicho.

En su transcendental importancia y necesidad el trabajo humano, sin pérdida de su esencia, se coloca como elemento vital en la generación de bienes y servicios, no solo como un factor de producción y por esto no debe pretender concurrir con el derecho de propiedad, tan poco con el poder empresarial pues su rango viene de la naturaleza y dignidad de ser humano, fundamento del derecho fundamental constitucional.

Así se justifica la introducción en la Constitución de más uno derecho fundamental, basado en el principio del debido valor al trabajo humano y que en consecuencia, sigue ser introducido en el ordenamiento laboral, en el nuevo y reestructurado derecho.

Se pretende con la afirmación e incorporación de un nuevo derecho fundamental, el del debido valor al trabajo humano, evitar los cuestionamientos que hoy se tiene, igualándolos cuando mucho con el de la propiedad o hasta las veces con el de libre empresa, que tienen su importancia, todavía de naturaleza diametralmente opuesta y en nivel más bajo por el interés que abriga.

El objeto del nuevo derecho fundamental pretendido es reconocer el labor como una parte esencial de la vida y dignidad del ser humano, como verdaderamente lo es, que tenga la importancia correspondiente a su propia naturaleza sea por el legislador, por la justicia, por la doctrina, y por el tomador del servicio, que nadie lo desacate o disminuía.

## 2) Importancia del nuevo principio

Para empezar y a título de argumentación cabe algunos cuestionamientos: ¿Cuánto tiempo ha llevado el trabajo humano esclavo o servil en su largo recorrido histórico? ¿Cómo ocurrió el reconocimiento de los derechos laborales por los dueños de capital y los tomadores de servicios? ¿Acaso fue de forma voluntaria y por un ato altruista? ¿Puede el Estado no apenas dejar de intervenir en la relación laboral, pero más allá hasta destruir todo el aparato jurídico-laboral, sin llevar el trabajador de vuelta la condición, en un futuro no muy lejano, de esclavitud? Para cerrar las cuestiones, ¿Lo que es más importante: el trabajo del ser humano como parte de su vida o el capital y la propiedad, estos de vida y virtud efémera en mano de quien la explota?

En muchos sitios de la tierra, hasta hoy, hay alguna forma de trabajo esclavo, como se ha dicho en el primer punto de este capítulo, pero es esencial destacar que por todo el medievo la presencia del trabajo esclavo o servil fue muy fuerte, casi lo he predominado. Solo a partir del siglo XIX, es que el Estado interventor marca su presencia con una legislación en su inicio tímida, pero a los poco se fue ampliando y fortaleciendo hasta llegar a un cuerpo de leyes y principios erigidos a la condición de derecho tutelar, tornándolo ramo autónomo del Derecho, independiente del Derecho Civil y del Mercantil.

Inicialmente como un conjunto de leyes aplicables a la mano de obra contratada en la Industria y después como Derecho del Trabajo que al consolidarse encierra, formal y definitivamente el período de esclavitud o servidumbre consentida pelo Estado. Así, esas formas perversas de explotación del ser humano, que le caza toda la dignidad, son sustituidas paulatinamente por un creciente derecho conquistado con mucho sacrificio por las clases trabajadoras y entidad asociativas. Se puede decir que el hombre dejó de ser esclavo poco más de dos siglos, lo que es muy poco, si mirarse la historia de los pueblos occidentales.

Salvo muy raras excepciones, el Derecho de Trabajo no fue reconocido sino con fuerte resistencia por el dueño del capital y los tomadores de servicios, como aún hay quien revista hasta hoy, es un Derecho impuesto de arriba para bajo por los poderes públicos, al menos hasta su consolidación, sin embargo conoció algunos periodos de desarrollo, fruto de negociación colectiva ampliando su base normativa, o hasta las nuevas medidas de reducción y flexibilización del por él garantizado.

Es justo registrar pocas, muy pocas, pero importantísimas iniciativas de dueño de capital, filósofos o políticos como Lock en el siglo XVII y Peel en Inglaterra en 1802; Bismark en 1884 y Weimar en 1919 en Alemania; Turgot en 1776 y Charles Fourier en Francia; Giugni en 1970 en Italia; Benot en 1873 en España; Robert Owen en 1824 y



Wagner en 1935 en EE.UU., y otros, que anticipándose a la iniciativa Estatal trabajaran para el reconocimiento de los derechos laborales y de ciudadanía a los trabajadores.

Hoy cuando el trabajador empleado y el autónomo pueden contar con un cuerpo de normas consolidadas en el ordenamiento jurídico-laboral o especial, es inconcebible una vuelta al tiempo, en que la ley era la voluntad del dueño del capital. El Estado debe comprometer las partes interesadas en conflicto, para que se establezca las normas que rigen y rigieron sus relaciones.

Las crisis que no es culpa del trabajador y disculpa para el empleador, está probado, son olas que de tiempos en tiempos vuelven, a veces con más o menos fuerza, pero no dejarán de venir, lo que tiene que ser hecho es garantizar que la economía y los interés de los empleadores no tórnense la tumba de un Derecho que ha probado ser tan importante hoy como ayer y más aún para el futuro.

La importancia del principio a ser transformado en derecho fundamental está en reconocerlo como intrínseco al ser humano al tiempo en que se descortina la niebla en que siempre estuvo envuelta la ánima del compromiso del trabajador en relación al contrato de trabajo, los derechos y obligaciones que contrae, para presentarse como una realidad de los nuevos tiempos, personándose en el reconocimiento del debido valor al trabajo humano, cualquier que sea la relación de labor que se establezca. El vínculo se perfecciona, como siempre ha sido, cuando alguien, persona física o jurídica, contrata un ser humano para desarrollar una actividad que resulte en la producción de un bien o servicio y que, según el comprometimiento personal del contratado se encuadre en una de las gradaciones del Derecho Monolaboral que se propone en el Capítulo III.

### 3) Recepción por la Constitución Española y por la legislación ordinaria

En verdad cuando la Constitución Española enuncia que “todos los españoles tienen [...] derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo [...]”, ya quiere garantizar el debido valor al trabajo humano, pero es preciso que quede enfatizado de forma absoluta, una garantía de que no más será afrontada su voluntad de protección, muchas veces contra la saña del dueño del capital o contratante.

Derecho al trabajo, libre elección de profesión u oficio y la promoción a través del trabajo no van al cerne o la raíz del mucho del que la persona del trabajador coloca en su labor. No es solo la actividad que resulta de la energía que del se desprende, que echa de sí, pero es el cuanto de vida le consume. Compromete el trabajador de per si y muchas veces su familia, por casi toda una existencia. Sea solo uno o muchos los contratantes del trabajo, con que el trabajador en su vida se ha comprometido al largo

de treinta, treinta y cinco o más años, cuando se ha cobrado de ello el más precioso de los bienes: su vigor físico y mental, que les disminuye en el gozo de la vida, que no sea el ocio, pero algo que le pueda dar más placer.

No si quiere decir con esto que el trabajo no promueve satisfacción al trabajador, hay muchos que son felices y se realizan en su trabajo, pero mismos estos traen para el resultado de la producción la mejor de su savia y es la protección absoluta de esto que se llama de debido valor, a ser llevado en cuenta por el tomador del trabajo.

A contrario *sensu* la más infeliz de las personas es sin duda el trabajador que, estando en edad y precisando de trabajo no lo encuentre, cualquiera que lo sea, que sale de casa día a pues día, sin que lo obtenga, para a través de su trabajo crear los medios de su sustento y de su familia. Ya se dice, el trabajo es esencial en la vida en sociedad, así la propiedad, la empresa, el empleador, el capital, la producción, ellos son muy importantes y precisan de garantías para que cumplan también su función social, pero no puede ser a la cuesta del envilecimiento de la dignidad del trabajador, como fuera en tiempos no muy lejanos.

El hombre es un ser que tiene la destinación de ser libre como señor de un “derecho neto de libertad”<sup>234</sup>, pero como poseedor de una razón que se manifiesta progresivamente con el crecimiento intelectual, pasando a conocer la primer y la más genuina de las limitaciones, e intrínseca al ser humano: la razón; y después en una escala de modulación va tomando contacto con un complejo conjunto de restricciones, deberes y limitaciones impuestos por la vida social, estos de naturaleza extrínseca por medio de los compromisos que asume libremente, o que le son impuestos.

Los compromisos que el ser humano asume, de forma espontánea o a los que se le es obligado, poseen casi que invariablemente carácter de renuncia a algún tipo de libertad, desde el punto de vista del “contrato social”<sup>235</sup> en la organización político-social, o el “matrimonio”<sup>236</sup> para la vida en familia que significaba según su autor la pérdida de la libertad e imposición de obligaciones y la correlata reducción de derechos, así lo es para el trabajo subordinado. Con el contrato de trabajo el trabajador renuncia al ocio, abre mano de su plena libertad y contrae obligaciones, sin embargo, todos estos compromisos generan derechos que muchas veces no son cumplidos, como ocurre con el de participación en la empresa.

Desde Adams Smith pasando por Marx el trabajo humano gana valor, o lo tiene reconocido por medio del valor-trabajo. Para el segundo, lo que el empresario contrata es la fuerza de trabajo del ser humano, y por el define el valor de las mercancías, pero

---

<sup>234</sup> LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Planeta-Agostini, Ensayo segundo, V, 50, Barcelona 1996.

<sup>235</sup> ROUSSEAU, J., en *El Contrato Social*.

<sup>236</sup> SCHOPENHAUER, A., célebre frase sobre el casamiento “casarse significa duplicar las sus obligaciones y reducir a mitad de sus derechos”.

no se puede olvidar que la persona humana que coloca su fuerza de trabajo a disposición del contratante es un ser humano que compromete su libertad, se subordina, asume obligaciones, desgasta energías, consume tiempo y, en última instancia coloca el destino de su trabajo presente y futuro en las manos del empresario, pues es en ellas también que se encuentra el destino de la propia empresa.

Requerir una participación efectiva, mismo que por una representación, antes de ser una cuestión de seguridad es de “justo” derecho, por esto jamás puede ser negada.

No hay como substantivar mejor, y no es preciso, la energía física e intelectual consumida durante una actividad de labor que: fuerza de trabajo; todavía es correcto que lo que el empresario contrata y remunera es la fuerza de trabajo, también no es menos verdad que tal fuerza para el trabajador no es solo la energía que se desprende de su cuerpo, ni tampoco las emisiones de informaciones intelectuales, hay una savia vital que se pierde, y que incorporase en el producto, todavía nada puede sustituirla, remunerarla o devolverla, esta no tiene precio y lo empresario no lo remunera, pero se reconoce y propicia la participación del trabajador, por lo menos la prestigia.

Cuando utiliza esta savia, él que el trabajo consume es un sustrato que es parte de la vida del ser humano que labora, es decir, junto con la energía gasta en el trabajo, en una fracción y, en las muchas fracciones de tiempo, existe un factor que no está considerado en la producción y en la retribución, y que no es pasible de medición o contraste. Él es compuesto por las limitaciones a la libertad en cuanto componente más importante de la personalidad; la sujeción o subordinación, antítesis de la libertad que coloca el hombre bajo a las órdenes de otra persona asumiendo el encargo de tener que cambiar de una actividad que le ofrezca mayor placer por otra, o sea por aquel que le da sustento, sin contar con las actividades laborales que comprometen la salud del trabajador, o lo somete a riesgo, mismo que remunerado, a este conjunto de sinergia y atribuciones es que se llama savia vital.

A partir de la perspectiva de un Derecho reorganizado el trabajador, sea ello subordinado, dependiente, por cuenta ajena, no necesita tener adjetivo para gozar de derechos que le son asegurados y a todos indistintamente, basta que ejerza un labor y de él resulte un bien o servicio para el contratante o tomador del servicio, solo por esta razón tornase sujeto de los derechos de ciudadanía, o sea los derechos fundamentales inespecíficos y los derechos fundamentales específicos también. El que irá ocurrir es que esos derechos pasan a se extender a todos los seres humanos que laboran en provecho de otro, de forma subordinada, dependiente o no, pues son “derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano”<sup>237</sup>, dejando para el

---

<sup>237</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos* (reunido en Derecho del Trabajo y razón crítica, libro dedicado al autor), p. 164.

pasado el reconocimiento que sólo era sujeto de estos derechos los trabajadores empleados y más recientemente los autónomos.

Así puesto, gana el trabajo humano una dimensión justa, nunca antes considerada, en su más completa extensión, que está a exigir la más amplia y completa cobertura por la legislación laboral. Tres pueden ser las hipótesis de alteración en la CE, y que se sitúa en el Título Preliminar de la misma, consistiendo en unas de las alternativas:

Primera, incluir al final del precepto del art. 1.1 la expresión “y el primado del trabajo en su debido valor”. Con la nueva redacción propuesta el art. 1.1. se quedaría así: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y el primado del trabajo en su debido valor”.

Segunda hipótesis, entre los Derechos y Deberes Fundamentales del Título Primero establecidos en el art. 10.1 de la CE, incluyese en su precepto “el del debido valor al trabajo humano”, entonces su enunciado se quedaría así:

Primera versión, “La dignidad de la persona entre ellas el debido valor al trabajo humano, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

Segunda versión, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes entre ellos el del debido valor al trabajo humano, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Tercera versión, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad entre ellos el del debido valor al trabajo humano, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”.

Con las adjunciones sugeridas, la Constitución, de forma incontestable y definitiva, pasa a ofrecer la protección que el trabajador precisa y merece, desde hace mucho tiempo y que llegaría no tan tardía. El capital y la propiedad, que no son fin en sí mismo, gozan de privilegios desde el inicio de la formación de un cuerpo normativo entre los hombres, pero el trabajo humano para el trabajador es, ahora si, fin en sí mismo, a ser tomado en consideración por quien lo desarrolla y por quien lo toma. Es cierto, todavía, que el tomador del trabajo ajeno desde mucho tiempo hace creer que el trabajo ajeno, no es fin en sí mismo, que es insumo de producción y, el peor es, cuando alguna norma lo trata así.

Son razones por las cuales se puede afirmar que el trabajo es fin en sí mismo:

Primero, el trabajo es una de las pocas actividades que se consume desde las menores cantidades de tiempo, de forma continuada, mismo cuando tomada y medida en fracciones mayores, horas, días, semana, quincena, mes, año, y así por delante; la energía, el ánimo, el conocimiento, la expertize, todo se difumina;

Segundo, ¿puede el tomador de la actividad ajena devolver en la misma esencia lo que fue gasto específicamente en el desarrollo de la actividad laboral por el trabajador? No puede jamás;

Tercero, ¿como se puede retribuir, de una forma absolutamente justa, la savia vital que el trabajador he consumido en su actividad física e intelectual contribuyendo para la producción de bienes y servicios? El salario, por mayor que sea no le corresponde;

Cuarto, ¿cuánto vale el tiempo que el trabajador es privado de su familia y de otras actividades que le propician placer mismo que sea el ocio? Él no tiene precio, no es pasible de valoración.

El trabajador coloca en la actividad laboral su destino y deja a cada jornada de trabajo un poco de su vida, ¿en este sentido la remuneración que recibe puede justificarse o es solo para que el tomador del servicio no sea encuadrado por enriquecerse ilícitamente? Así puesto, es posible afirmar que es para el empresario no incurrir en ilícito.

Como ya se ha afirmado el trabajo asalariado puede ser fuente de placer y realización para el trabajador y vía de regla medio de subsistencia para sí y su familia, como prevé la Constitución. Aquí también no hay posibilidad de una justa estimación debido a la naturaleza diversa de los intereses en juego.

Son estas constataciones arriba que no permiten una comparación entre derechos de propiedad, libre empresa y trabajo.

Tercera hipótesis, sugiriese adjuntar en el art. 35.1 la expresión “en su debido valor” luego después de [...] al trabajo [...], se quedaría así el art. 35.1. “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo en su debido valor como expresión de dignidad, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

En la Ley ordinaria, hasta que se dé nueva sistematización a la legislación laboral de la forma sugerida, por una reorganización de Derecho del Trabajo en un Derecho Monolaboral, es posible introducirse una alteración en el art. 4.1 de la LET incluyendo

una letra h) que traería el enunciado sobre el “derecho al debido valor al trabajo humano, con participación en la gestión de la empresa”.

La otra alternativa es incluir en el mismo Estatuto pero en el art. 4.2 la letra i) con el enunciado de “A el debido valor al trabajo humano, con participación en la gestión de la empresa”.

Con estas opciones de introducción de complemento a los preceptos actuales del ordenamiento jurídico español se garantiza, por definitivo, el fundamental derecho a dignidad del trabajador, cualquiera que sea su adjetivación y la participación del trabajador subordinado en la empresa, hasta que se haga una reorganización del Derecho del Trabajo. Estas postulaciones finales serán objeto de sugerencias en el Capítulo III.

#### 4) El desarrollo de la personalidad por medio del trabajo

El punto de partida para este estudio es el trabajo productivo que tiene cauce en el enunciado del art. 10 de la CE, en sus apartados 1 y 2, donde encontrase todo el fundamento del debido valor al trabajo humano para el desarrollo de la personalidad, por medio de la más genuina de las actividades sociales que el hombre puede concretar: la labor.

El enunciado del art. 10.1 cuando proclama que “son fundamentos del orden político y de la paz social” los siguientes derechos: “la dignidad de la persona” no está a excluir el debido valor al trabajo humano sino por el contrario; tampoco cuando afianza que tienen aquello mismo fundamento “los derechos inviolables que le son inherentes”, no está dejando de reafirmar la necesidad de aplicación del principio de debido valor al trabajo humano; o cuando consagra como derecho fundamental “el libre desarrollo de la personalidad” incluso por medio del trabajo no está dejando de afirmar que así lo sea y privilegiando el debido valor al trabajo humano. Por fin, llama el legislador constituyente a la razón para que, en una Nación que quiere ser y se constituye de facto en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) ha de tener como regla suprema “el respeto a la ley y a los derechos”, condición *sino qua non* es posible la efectividad de todo el ordenamiento jurídico.

En el segundo apartado (art. 10.2 CE) el legislador refuerza la aplicación de los derechos fundamentales y las libertades, es decir, establece la protección entre otros el derecho al desarrollo de la personalidad incluso por medio del trabajo, cuando reconoce que la interpretación de esos derechos y libertades que ha de ser hecho “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”.

La ONU en su Declaración de Derechos Humanos dispone que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho [...] y al libre desarrollo de su personalidad”<sup>238</sup> y la Organización Internacional del Trabajo en la 89ª Reunión de junio de 2001 va más allá al tratar del que ha denominado de “trabajo decente”<sup>239</sup> que de forma amplia y casi dramática examina el desarrollo mínimo de la personalidad de un ser humano por medio del trabajo.

Una forma que viene perdiendo terreno en España, antes mismo de se fortalecer en la práctica, a pesar de previsto en el ordenamiento jurídico, es el derecho de participación en la empresa, diferente del que ocurre en países donde se encuentra en la legislación laboral y en la práctica como es ejemplo Alemania y otros, a ser estudiado en el capítulo II, que tienen mantenido las conquistas, mismo en momentos de crisis, como se vive ahora, y que les viene ayudando a administrarla.

#### b) El trabajo humano y los derechos fundamentales

Allá de otras que se podría apuntar, existen tres realidades que estructuran la vida libre en sociedad: trabajo, empresa y poder, y cuyas implicaciones entre ellos presentan un incuestionable interés general para cualquier ciudadano, por más razón los involucrados en tales relaciones, es decir, trabajador y empresario, sin olvidarse del poder político organizado por sus compromisos con la vida social.

Así es que, “en el tejido que conforman esas tres realidades laten, nada menos, las posibilidades de la libertad personal en nuestra sociedad industrializada y democrática. Lo que es tanto como decir, que a todos nos importa para conservar y defender unas condiciones de vida verdaderamente humana”<sup>240</sup>, por esto crece la importancia del estudio de estos especiales derechos.

<sup>238</sup> Declaración de Derechos Humanos en su artículo 22.

<sup>239</sup> BRAVO, H.B., *La importancia de la protección de la relación laboral*, DAC – UCLA. La mejor expresión de la meta del trabajo decente es la visión que tiene de él la gente. Se trata de un puesto de trabajo y sus perspectivas futuras de sus condiciones de trabajo, del equilibrio entre el trabajo y la vida familiar, de la posibilidad de enviar a sus hijos a la escuela o retirarlos del trabajo infantil. Se trata de la igualdad de reconocimiento y de la capacitación de las mujeres para que puedan tomar decisiones y asumir el control de su vida. Se trata de las capacidades personales para competir en el mercado, de mantenerse al día con las nuevas calificaciones tecnológicas y de preservar la salud. Se trata de desarrollar las calificaciones empresariales y de recibir una parte equitativa de la riqueza que se ha ayudado a crear y de no ser objeto de discriminación; se trata de tener una vez en el lugar de trabajo y en la comunidad. En las situaciones más extremas, se trata de pasar de la subsistencia a la existencia. Para muchos es la vía fundamental para salir de la pobreza. Para muchos otros, se trata de realizar las aspiraciones personales en la existencia diaria y de manifestar solidaridad para con los demás. Y en todas partes, y para todos, el trabajo decente es un medio para garantizar la dignidad humana... El trabajo decente ofrece, pues, un medio para cambiar el empleo, los derechos, la protección social y el diálogo en las estrategias de desarrollo.

<sup>240</sup> RIVERO LAMAS, J., *La Democracia en la empresa*, Editorial COMARES, Granada 2010, p. 2.

### 1) Derechos fundamentales identificación teórica

La identificación de los derechos fundamentales en la Constitución española y su jerarquización requiere, por primero, considerar el auxilio de cierto razonamiento moral, que de forma subsidiaria sirva de referencia del razonamiento jurídico, contribuyendo a ofrecer respuestas en los casos en que los elementos institucionalizados por el derecho no formulan una solución. Por segundo, para que se pueda alcanzar aquellos objetivos es necesario establecer una concepción precisa del concepto de derechos fundamentales, y así, a través de su determinación rigurosa se puede definir la existencia y la colisión entre derechos constitucionales, o duda sobre su naturaleza.

En este sentido es preciso considerar la interpretación jurídica como marco genérico en el que se produce el conflicto iusfundamental. En este examen hermenéutico se ha de concretar qué grado de satisfacción pueden proporcionar los criterios jurídicos, que virtualidad pueden tener los elementos extrasistemáticos, primordialmente la moral. Como el primero tipo de problema que surge obedece a la existencia de numerosos términos, que junto al de derechos fundamentales, hacen referencia a la presencia de la axiología en el derecho. Perfilada cada una de las nociones de nuestro interés, acto siguiente es distinguirlas de la de derechos fundamentales, excluyendo así cualquier equivoco y que una vez clasificado estos conceptos desde el punto de vista teórico, se intenta concretarlo en el ámbito práctico-jurídico.

La determinación de que si está en presencia de un derecho fundamental empieza por dilucidar qué propiedades los caracterizan, diferenciando este concepto de otros afines, disponiendo así de una noción técnica capaz de evitar los inconvenientes que se derivan de la comparecencia de múltiples términos involucrados con la axiología que provocan en muchos casos desorientación y desconcierto. Con arreglo a un punto de vista dogmático se puede observar que la formulación del derecho fundamental, a despecho de registros anteriores, surgió en los albores de la revolución francesa y se consolidó en la tradición constitucional alemana, aludiendo a una relación específica entre Estado e individuo, con un indudable carácter técnico a la diferencia de otras nociones próximas, y que tiene como más importante y más cerca los derechos humanos, separados básicamente por el carácter positivo de los derechos fundamentales. Siendo así se puede afirmar que los derechos humanos son "las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición, reflejadas en el consenso social obtenido a partir de la realización de las



exigencias de liberación de los condicionamiento que pueden sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”<sup>241</sup>.

Por su vez los derechos fundamentales serían “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”<sup>242</sup>. De esta forma en el derecho fundamental se puede detectar una dimensión jurídica que no existe en la de derechos humanos, y que las distancian; así solo los derechos fundamentales gozan de una efectiva protección jurídica que falta en los derechos humanos que se ubican en una dimensión casi exclusivamente moral.

La “doctrina extranjera”<sup>243</sup> también hace distinción entre estos conceptos al caracterizar los derechos fundamentales en relación con el Estado constitucional occidental, menciona como notas propias su relación con la dignidad humana, con las exigencias de la vida del hombre, y su carácter fundamentalmente jurídico.

---

<sup>241</sup> ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid 1991, pp. 163. Para PÉREZ LUÑO, A. E., Delimitación conceptual de los derechos humanos. En (PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 21-51 derechos humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, los cuales deben ser reconocidos positivamente”.

<sup>242</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en (PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1986, p. 46.

<sup>243</sup> HABERLE, P., *Le libertà fondamentali nello statto costituzionale*, Traducida al italiano por A. FUSILLO y R. W. ROSSI. Edit. La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993, p. 177. Para el autor los derechos fundamentales se caracterizarían en el Estado constitucional actual porque “satisfacen exigencias previsiblemente cambiantes del hombre sea en cuanto a su existencia individual (...) o en cuanto grupo (...); los derechos fundamentales son (...) un contrapoder necesario frente a la democracia pluralista, son limitaciones al poder (...) son “derechos de posibilidad” (perspectivas de posibilidad) en la medida en que abren a los ciudadanos y a los grupos esferas de libertad de formación (...) se fundan (...) sobre un consenso de base propio (...); los derechos fundamentales son punto de partida para formar parte en los procesos políticos económicos y culturales, en tal sentido tienen un componente de integración (...); los derechos fundamentales hacen que el Estado constitucional tenga a la dignidad humana como premisa (art. 1, párrafo 1º de la Ley Fundamental de Bonn), y no a la soberanía popular; los derechos fundamentales son respuesta (reacción), según la experiencia histórica, a las fundamentales amenazas del hombre (...) y nuevos instrumentos para combatir las (...) deben ser desarrollados siempre en nombre del hombre y del ciudadano, esto significa apertura de los contenidos, de las funciones, y de sus formas de tutela. En este contexto el sentido futuro de los derechos fundamentales es doble: de un lado deben estar abiertos a nuevas situaciones, de otro, son también referencias para la actuación futura (derechos fundamentales como proyectos para el futuro) (...); el carácter abierto de las funciones y de las dimensiones de los derechos fundamentales viene indicado en el carácter incompleto de las diferentes tutelas (...); el carácter abierto de la tutela de los derechos fundamentales, en su aspecto personal o corporativo, se expresa en la multiplicidad de formas de protección jurídica en sentido estricto (...); los derechos fundamentales varían en el espacio (según el Estado constitucional) y en el tiempo (dependiendo del período histórico)”. En términos parecidos SCHNEIDER, H. P., *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*, traducido al italiano por P. RIDOLA, *Diritto e società*, 1979, pp. 197-232, p. cit. 204. Afirma que los derechos fundamentales tiene hoy en primer lugar un carácter constitutivo de estatus: ellos determinan, garantizan y delimitan las posición jurídica del individuo en sus aspectos fundamentales como también en el conjunto de sus relaciones jurídicas con los otros sujetos”; este régimen representa el núcleo del estatus jurídico general del ciudadano. Al ámbito de los derechos humanos con protección constitucional pertenecerán “todos los derechos fundamentales que valen para toda persona y no son concebidos para una esfera determina de persona”.

No existe en la doctrina un acuerdo unánime sobre el concepto y la caracterización de los derechos fundamentales, para algunos doctrinadores estos son “aquellos derechos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independencia de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar en la naturaleza humana”<sup>244</sup>.

Todavía, se ha de considerar que para el doctrinador los conceptos se identifican, derechos humanos y derechos fundamentales aparecen como sinónimos perfectos, las exigencias éticas en cuanto tales son también jurídicas. Sin embargo, esta equivalencia no parece aceptable puesto que estos dos términos se mueven en horizontes distintos. Es que los derechos humanos se ubican en un ámbito moral, como exigencias que han de ser recogidas por los ordenamientos jurídicos, al representar las necesidades morales de un momento histórico determinado. Ya el segundo, se sitúa en una esfera estrictamente jurídica, como exigencias morales relacionadas con la dignidad humana, que han sido expresamente garantizadas o tuteladas por un ordenamiento jurídico.

Así es que, la diferencia entre los dos conceptos vendría dada, pues, por el reconocimiento en un plano jurídico positivo; los derechos humanos constituyen una noción previa a la de derechos fundamentales, pues éstos se identifican con unos derechos garantizados, normalmente en la Constitución, frente a aquellos, que representan un concepto más indeterminado y genérico que expresa un consenso axiológico, y que por su relación con la dignidad del hombre deberían ser garantidos por el derecho. Su carácter positivo es entonces un requisito necesario para que se pueda afirmar el carácter *strictu sensu* de derechos fundamentales, pero ello no implica necesariamente su constitucionalización o protección más reforzada. En efecto, un derecho fundamental existe en la medida en que esté garantizado por un ordenamiento jurídico, en cuanto incorpore una protección jurídica, pero no por su ubicación en una fuente normativa determinada o por una mayor tutela.

Otros términos relacionados con los derechos fundamentales cuyos perfiles muchas veces son difíciles de individuar por aludir a nociones que se yuxtaponen con la de los derechos fundamentales y que, en la mayoría de los casos, representan su idea en un momento histórico concreto, siendo ellos las libertades públicas, los derechos naturales, los derechos públicos subjetivos o los derechos morales, esto sin adentrar en una análisis terminológica de cada uno de esos términos, pues no es objeto de este trabajo, con todo se puede extraer dos consecuencias: en primer lugar, la ya avanzada distinción del concepto derechos fundamentales de otros afines, y, en segundo, la

---

<sup>244</sup> FERNANDEZ-GALIANO, A. y CASTRO CID, B. de, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Edit. Universitas, Madrid 1995, p. 409. En sentido parecido SPADARO, A., *Il problema del “fondamento” dei diritti fondamentali*, Diritto e società, 1991, pp. 453-511, indica que los derechos fundamentales existen y son tales independientemente de que los reconozca el ordenamiento jurídico.

identificación de éstos en las tesis de las concretas tradiciones del pensamiento jurídico, prevalente en determinados momentos históricos, con una noción contextualizada.

Así parece coherente que, de acuerdo con los esquemas iusnaturalistas, se asimilen derechos fundamentales y derechos naturales, en la medida en que para los representantes de esta doctrina filosófica el único derecho es el derecho natural o también, parece evidente que para el positivismo resulten equivalentes los derechos fundamentales a los derechos públicos subjetivos, pues desde este punto de vista no hay más derecho que el creado por el Estado y los derechos de los individuos existen en cuanto autolimitación del propio Estado.

Ahora bien, hecha estas consideraciones se cree ser posible ofrecer una respuesta, desde el punto de vista teórico a cuestiones como, ¿Cuándo se podría afirmar estar delante de un derecho fundamental? Cuando hubiere la confluencia de aquellos derechos e instituciones recogidos por el ordenamiento jurídico, generalmente en la Constitución, y que suelen gozar de una especial protección por responder a lo que en cada momento histórico se entiende por dignidad humana. Es que se pretende que ello corresponda a un concepto rigurosamente jurídico y que, a su vez, esté íntimamente vinculado con la ética o la axiología, lo que hace de él una figura compleja y de gran interés en el mundo jurídico.

Es preciso, todavía, hacer algunas aclaraciones acerca del doble carácter en el que pueden ser entendidos los derechos fundamentales. En efecto, éstos derechos pueden ser considerados desde una dimensión objetiva o subjetiva. Así es que, en sentido objetivo, serían el conjunto de valores considerados esenciales en una concreta sociedad, mientras, su dimensión subjetiva estaría constituida por las facultades de los sujetos.

Para el doctrinador los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función a saber: “en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional”<sup>245</sup>, a partir de la cual su contenido debe adquirir carácter funcional para la consecución de los fines y valores que están constitucionalmente proclamados.

## 2) Determinación de los derechos fundamentales en el derecho español

A partir de la identificación teórica hecha antes, buscase determinar los derechos fundamentales en la Constitución de España desde una proyección topográfica de su concepto, y que se desarrolla a seguir.

---

<sup>245</sup> PEREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid 1988, p. 25.

Como se ha señalado los derechos fundamentales están vinculados con la Constitución de modo que “donde no hay Constitución (y habrá que ver si cualquier Constitución vale) no habrá derechos fundamentales”<sup>246</sup>. Esta vinculación es también histórica, pues estaban presentes en las primeras constituciones, que recogen los derechos fundamentales en su versión de derechos humanos positivados, como parte integrante del texto, así ha sucedido en la primera Constitución francesa de 1791 o en los textos ingleses desde la Gran Carta de Juan Sin Tierra, de 12 de junio de 1215 y en la Declaración de independencia de los EE.UU. de 4 de julio de 1776.

Todavía, no sólo se puede considerar que existen derechos fundamentales en cuanto algunos derechos fueran incorporados al texto constitucional, es que no se requiere como *conditio sine qua non* para la cualificación de un derecho como fundamental el reconocimiento en la norma fundamental, sino que le concurra una garantía jurídica. Su plasmación en el documento constitucional o su protección reforzada responde a una vinculación histórica o sociológica, pero no a una relación de necesidad, incluso existen ejemplos de ordenamiento jurídico que no contienen una tabla de derechos fundamentales en el texto constitucional, sin que ello afecte a su consideración como tales. No obstante, esto se puede encontrar en la Constitución española con situaciones también atípicas.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de España, analizado en los límites de este trabajo, para su identificación requiere de inicio dos razonamientos: primero, porque el propio texto constitucional alberga la determinación de los derechos fundamentales en la rúbrica de Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, expresa la alusión explícita más genérica que contiene el ordenamiento jurídico español, en relación con los derechos fundamentales; por segundo, porque, de acuerdo con la definición de derechos fundamentales que se ha establecido éstos habrían de concretar las exigencias de la dignidad humana. Es claro que para un estudio más apropiado sería necesario un análisis sociológico que determinaría la correspondencia o no, entre lo que socialmente se viene entendiendo por dignidad humana y los derechos allí localizados.

Apriorísticamente se podría decir, que existe una cierta equivalencia entre los derechos del Título Primero de la Constitución y los reconocidos en otras constituciones del entorno cultural de España y en instrumentos internacionales dirigidos a la protección de los derechos fundamentales. Es decir, la Constitución española en el Título Primero prevé derechos que están presentes como derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, el Pacto internacional relativo a los derechos económicos, o en algunas Constituciones con la de

---

<sup>246</sup> CRUZ VILLALON, P., *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en AA.VV., X Jornada de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Edit. Dirección general del servicio jurídico del Estado, Secretaría general de publicaciones, Madrid 1988, Vol. I, p. 162.

1946 alemana, la Constitución belga de 1831, Constitución portuguesa de 1976 de entre otras. Como reconoce el doctrinador esta asimilación señala que el texto constitucional en España “proclama detallada e individualizadamente casi todos los diversos derechos concretos que pueden identificarse hoy en el panorama total del reconocimiento intra y supranacional”<sup>247</sup>. Además está claro la incorporación, a través del art. 10.2 de la Constitución española, de la “concepción internacional o universal de estos derechos”<sup>248</sup> composta por una cierta homogeneización de la categoría derechos fundamentales.

Resulta que el sentido que generalmente se le ha venido dando a la expresión derechos fundamentales en los textos de derecho comparado, como individualización de la dignidad humana, el Título Primero de la Constitución de España proclamaría auténticos derechos fundamentales. A partir de ese conocimiento preliminar, cabe plantear cuales serían los derechos en él recogidos susceptibles de ser calificados con el epíteto de fundamentales y cuáles quedarían al margen de esta categoría.

En se partiendo de una premisa de que todos los preceptos acogidos bajo Título Primero, incluso porque acogido por la Constitución son derechos fundamentales, esto supondría que todos y cada uno de los preceptos constituirán la traducción inmediata de los valores que representan la dignidad del hombre. Una análisis así apresurada del texto constitucional llevaría a equívocos, pues mismo que contemplando disposiciones que resulten jurídicamente relevante, y por consiguiente justificadamente incorporado a norma fundamental, no constituyen la traducción de los valores que determinan su identificación como derechos fundamentales, mismo algunos que están sistemáticamente ubicados en el Título Primero, quizás los que están fuera.

Empezando por el art. 10 de la Constitución española primer de Título Primero como afirma la mayoría de los doctrinadores, incluso el Tribunal Constitucional que, no expresa específicamente en todo su enunciado derechos fundamentales, en el sentido del hilo que se viene siguiendo. Es que en el primero apartado, art. 10.1, se está ante lo que la Constitución define como “fundamento del orden político y de la paz social” y que el doctrinador equipara a los valores del art. 1.1 CE, indicando que “constituye el trecho axiológico de la Constitución y el punto de referencia desde el que se proyectan los derechos fundamentales”<sup>249</sup>. Otra parte de la doctrina afirma que

<sup>247</sup> DE CASTRO CID, B., *Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española*, Revista de estudios políticos, 1980, p. 131.

<sup>248</sup> Son derechos fundamentales en Declaraciones y Pactos internacionales sobre derecho de igualdad, vida, libertad, jurisdicción, honor, intimidad, inviolabilidad de domicilio, libre circulación, asilo, nacionalidad, matrimonio, propiedad, libertad de pensamiento, conciencia, religión, libre opinión y expresión, libertad de reunión, asociación, participar en la vida pública, seguridad social y en el trabajo, descanso, vacaciones, salud, educación, imposibilidad de ser sometido a penas o trato deshumano o degradante, ni delito ni pena sin ley anterior, libertad de conciencia y de religión y otros.

<sup>249</sup> PAREJO AL FONSO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990, p. 124. Este autor considera que este fundamento de orden constitucional se entiende “en el

el art. 10 consagraría la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos, “pero al recoger este artículo junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a la ley, y los derechos de los demás, se disipa, se esfuma, su carácter fundante. ‘Como consecuencia de todo esto, la fundamentación ética o moral de los derechos humanos pierde relieve”<sup>250</sup>, es decir, se destaca mucho menos.

Ahora bien, a pesar del entendimiento doctrinal que a salvedad del principio de dignidad de la persona ser un derecho humano y recogido por la Constitución como derecho fundamental tiene esta condición comprometida por el resto del enunciado del precepto, a pesar también del Tribunal Constitucional entender el precepto del artículo 10, como preámbulo de los derechos fundamentales del título primero y eslabón de ligación del Título preliminar con el primero y base de interpretación para los demás enunciados, se entiende que no es sólo un derecho fundamental más el fundamento de los propios derechos fundamentales, es un derecho fundamental reforzado.

Siguiendo el hilo de análisis que se hace, ahora sobre el conjunto de preceptos contenidos en el Capítulo Primero representados por los arts. 11, 12 y 13 se tiene que su inclusión dentro de este Título de los derechos fundamentales es según la doctrina inapropiada y disonante, por no contener derechos fundamentales pues “la edad y la nacionalidad son más bien condiciones o presupuestos del estatuto jurídico de las personas en función del cual se tiene y disfrutan o no unos derechos”<sup>251</sup>. Incluso el Capítulo Primero del Título Primero no hace referencia a derechos fundamentales, únicamente contiene los principios constitucionales en materia de nacionalidad en el art. 11 y extranjería art. 13 y, por su vez, a partir de cuando los españoles son mayores de edad art. 12, pero de manera alguna alude a facultades o valores que representen de forma inmediata la dignidad humana, requisito exigido por el concepto técnico para constatar la efectiva existencia de derechos fundamentales, es decir, los arts. 11, 12 y 13 no son efectivamente derechos fundamentales, a pesar de su ubicación en el Título primero.

El natural sería decir que entonces los Capítulos II y III, incluso cuarto y quinto del título primero contendrían derechos fundamentales, pero no es así, y por esta razón se verificará se los derechos allí consagrados superan el doble test que supone: a) su vinculación con la dignidad del hombre; y b) la existencia de una protección jurídica.

---

doble sentido de integrar la base sustantiva (legitimadora) de su arquitectura y contenido (el orden político) y de representar la condición misma para su correcto funcionamiento (la paz social). Puede decirse... que en el artículo 10.1 CE se encuentra la clave misma, el suelo axiológico, y, por tanto, el criterio que otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del orden constitucional material”.

<sup>250</sup> RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., *El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos*, Apéndice de Lecciones de derecho natural como introducción al derecho, Edit. Universidad Complutense, Madrid 1988, p. 296.

<sup>251</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1992, p. 337.

Mientras que algunos doctrinadores suelen “poner de relieve la compleja e inadecuada titulación que en esta materia tiene la Constitución española”<sup>252</sup>.

Por su vez, el Capítulo II se subdivide en dos Secciones: la 1 titulada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” y 2 “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, todavía el art. 14 no está comprendido en ninguna de las secciones, pero dentro del capítulo. Parte de la doctrina consideran el art. 14 como preámbulo de los derechos fundamentales de la Sección uno.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución española no es posible considerarse que esos derechos son todos los enmarcados bajo el rótulo “De los derechos y deberes fundamentales” del Título Primero, o sea, Capítulos Primero, II y III, pues se incluyen cuestiones que nada tienen que ver de forma inmediata con la dignidad humana. De otra parte, la segunda posibilidad sería considerar como derechos fundamentales sólo a los contenidos en la Sección 2 del Capítulo II, es decir, a los derechos reconocidos en los arts. 15 a 29 de la Constitución española, todavía así se procede a identificar los derechos fundamentales con una concepción histórica ya superada de éstos, lo que se corresponde con el Estado liberal, dejando fuera de su contenido el art. 14 que parece una clara proyección de la dignidad del hombre al recoger el principio de igualdad. Quedarían también excluidos derechos como la objeción de conciencia al servicio militar, el derecho de propiedad, el derecho al trabajo o el derecho a la negociación colectiva que parecen comprendidos dentro de los derechos fundamentales desde un punto de vista material.

La consecuencia de la inviabilidad de acudir a aquellos métodos para individualizar topográficamente el concepto derechos fundamentales, será pues necesario acudir otro criterio de determinación, desde que se constituyan de algún modo la traslación de exigencias de derechos humanos y que se encuentren garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, mismo reconociendo la dificultad de proporcionar un criterio material definitorio de los derechos fundamentales. Se si reconoce la similitud entre todos los derechos que vienen enunciados en el Título Primero y los que de ordinario se expresan en otras constituciones, tratados o acuerdos internacionales. El mencionado requisito de la relación con la dignidad del hombre, desde el punto de vista material, lo cumplirían, tanto los derechos enunciados en el Capítulo II como en el III del Título Primero, es que en ambos casos se está en

---

<sup>252</sup> PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid 1990, pp. 75 y 76. Para quien la Constitución “padece tan grave vacilación en la rúbrica de sus distintas secciones y capítulos que un observador que se guiase por este último elemento bien podría poner en duda la racionalidad y coherencia interna del legislador constituyente”. También concuerda DE CASTRO CID, B., *Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española*, Revista de estudios políticos, 1980, p. 132 y afirma que “la primordial característica del sistema de los derechos fundamentales establecidos por la actual Constitución española es precisamente la de su carencia absoluta de sistematización”.

presencia de exigencias reconducibles de alguna manera a los derechos humanos. Así es que, efectivamente en estos capítulos existen derechos que desde un punto de vista jurídico internacional son considerados sin mayores inconvenientes como derechos fundamentales.

Más aún el segundo requisito exigido conforme el estudio que se hace es que el derecho fundamental tenga protección jurídica, es decir esté garantizado por el ordenamiento jurídico, pues estará protegido en cuanto no pueda ser vaciado de su contenido, y como afirma el doctrinador “si existe hoy día algunos elementos o datos que hagan reconocible a los derechos fundamentales como categoría, éstos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador”<sup>253</sup>, y estos requisitos los cumplirían no sólo los derechos enunciados en el art. 14 y en la Sección 1 del Capítulo II del Título Primero, sino también en la Sección 2 del mismo Capítulo. Todavía esta postura sería contraria a cierta doctrina del Tribunal Constitucional, que no se va profundizar aquí, para la que los derechos fundamentales serían los recogidos en la Sección 1 del Capítulo II que exigirían, primero un desarrollo por ley orgánica, art. 81.1 de la CE, o a segunda que los vincula con la posibilidad de recurso de amparo, pero parece ser también la más aceptada por gran parte de la doctrina.

La posición que se adopta no es la mayoritaria en la doctrina en España. Acaso sea por una aceptación indiscutida de la doctrina jurisprudencial, o por una visión más tecnicista, lo cierto es que desde un similar concepto dogmático de derechos fundamentales al que aquí se ha adherido, en cuanto llega el momento de identificarlo topográficamente en la Constitución, las miradas se dirigen a la doctrina jurisprudencial de Tribunal Constitucional, se acomode ésta o no al concepto dogmático, y se hace coincidir la plasmación jurídico práctica de los derechos fundamentales con los derechos de la Sección Uno del Capítulo Segundo, con la exigencia de ley orgánica para su desarrollo y protección de amparo.

Así es que los derechos fundamentales serán los enunciados en el Capítulo II del Título Primero de la Constitución, que representaría la concreción contemporánea de la dignidad humana, y están garantizados por el ordenamiento jurídico de acuerdo con el art. 53.1 de la CE, pues es el “respeto del contenido esencial la fórmula que dispensa la efectiva protección jurídica, la que garantiza la existencia de un derecho”. Las tutelas especiales, recurso de amparo, ordinario o constitucional, o la reserva de ley orgánica, son cuestiones cuantitativas, que no pueden definir en caso algún la existencia de un derecho fundamental.

---

<sup>253</sup> CRUZ VILLALON, P., *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en AA.VV., X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Edit. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General técnica de publicaciones, Vol. I, Madrid 1988, p. 162.



De otra parte, segundo los aspectos teóricos del concepto de derechos fundamentales y los criterios para su caracterización se excluye, sin embargo, los preceptos integrados en el Capítulo III de Título Primero por entender que los principios allí expresados no encuentran una verdadera garantía en el ordenamiento jurídico español como derechos fundamentales, igual a los dos Capítulos siguientes IV y V del mismo título.

Fijado un posicionamiento en relación a los derechos fundamentales en la Constitución española, resta llamar a atención para la importancia que representa la inclusión del principio del debido valor al trabajo humano junto al de la dignidad de la persona, fundamento de los derechos fundamentales, por su naturaleza de derecho absoluto.

#### - Derechos fundamentales inespecíficos

Los derechos fundamentales inespecíficos y su ejercicio fueran modulados en el ámbito del contrato de trabajo y del poder de dirección del empresario. “[Que han sido objeto de laboralización en su mayoría por la legislación ordinaria]”<sup>254</sup>, es que esos derechos, como afirma el doctrinador, tienen “su origen específico a razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales”<sup>255</sup>, es decir, solo son derechos constitucionales inespecíficos porque pasaran a ser reconocidos en los ambientes laborales donde no eran así considerados, y también porque existen otros derechos de misma naturaleza constitucional fundamental que son específicos, así, de entre otras cosas afirmar aquellos.

Ser específico o inespecífico dice respecto a las propiedades de cada uno de ellos, pues los específicos son aquellos que tienen su razón de ser o carta de naturaleza de Derecho del Trabajo y los inespecíficos que mismo siendo de otros ámbitos tiene acogida y reconocimiento en el ámbito laboral, para afirmar que los trabajadores, a pesar del labor y por ello son y continúan siendo ciudadanos, por más razón en tan noble actividad, y, que no puede tenerlos unos y otros desobedecido por nadie, pues el trabajador es ciudadano en la ciudad y en el trabajo donde y para quien se desarrolle.

Es indiscutible la importancia del reconocimiento de esos derechos, es con ellos y por ellos que “el trabajador sea mirado ya no solo como productor sino como persona, en cuanto titular de aquellos derechos o libertades constitucionales”<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 99/100 y 105/106.

<sup>255</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos y debates nº 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 31.

<sup>256</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p. 19.

El goce de los derechos y libertades propios de cada trabajador en cuanto miembro de una sociedad política democrática, o sea de aquellas prerrogativas de ciudadanía frente al poder empresarial “en el ámbito de una relación de subordinación legítima por el mismo ordenamiento jurídico que las otorga y garantiza; en términos estrictos se trata del tema de la ciudadanía en la empresa”<sup>257</sup>, y no ciudadanía de empresa.

No cabe en este trabajo una mayor profundización de los “derechos fundamentales inespecíficos”<sup>258</sup> por tres razones principales: la primera es que son derechos tan propios de la condición humana y su dignidad que jamás, en tiempo algún, puede ser desacatado por otra persona física o jurídica sea cual sea el motivo que alegue; segundo la casi totalidad de ellos ya fueron y serán sobejantemente demostrado al largo de este trabajo de tesis y de este que son “derechos inviolables” y “inherentes” a ser trabajador, incluso para el “desarrollo de la personalidad” art. 10 CE en su labor; tercera es que la clareza de sus enunciados hablan por si.

Como registra la doctrina “los años 1966 a 1970 fueran los de la rebelión de San Francisco, del mayo francés y del otoño caliente italiano, y cuanto resultó de aquellas convulsiones (...) es el origen de un nuevo Derecho del Trabajo en donde hallamos a los derechos de la ciudadanía o derechos inespecíficos como textura frágil y al mismo tiempo robusta (...)”<sup>259</sup> en la complicada existencia de la relación laboral de nuestros días que, reconocidos con esta vocación, son el derecho que se tiene.

Es posible descortinar la muralla que muchas veces se erige entre el hombre en su trabajo y los derechos que le son propios, por veces los que les son más caros, sacrificándolos en el altar de la ignorancia a las leyes y el desprecio por derechos

---

<sup>257</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p. 25.

<sup>258</sup> Son derechos fundamentales inespecíficos: - el derecho a la igualdad y no discriminación, art. 14 y 35.1 CE, desdoblado en la legislación laboral por los arts. 4.2 c) y 17 LET; - el derecho a la vida y a la integridad física y moral, art. 15 CE y de salud genérico, art. 43.1 CE; - la libertad ideológica y religiosa, art. 16.1 CE y (STC 46/2001 de 15 de febrero), sin que nadie pueda ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias art.16.2; - el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen art. 18.1 CE (STC 14/2003 de 28 de enero) y en el ámbito de la relación laboral, derecho de (...) art. 4.2. e) LET; - el derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE y (STC 114/1984); - el derecho a la libertad informática, art. 18.4 CE y (STC 254/1993 de 20 de julio); - la libertad de expresión o derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, art.20.1 a) CE, art. 68 d) LET; - la libertad de información, esto es, el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, art. 20.1 d) CE; - el derecho de reunión art. 21 CE, proyectado, art. 4.1 f) y 77 a 80 LET y (STC 227/2006 de 17 de julio); - el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, art. 4.2 g) y 65.1 LET y en la (STC 7/1993, de 18 de enero) LPL; - el derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones, art. 25.1 CE, o art. 9.3 CE y, L8/1988; - el derecho a la educación, art. 27.1 CE y (STC 129/1989 de 17 de julio).

<sup>259</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Prólogo* de la obra de GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia 2011, p. 9.

fundamentales, mismo que inespecíficos, como es los de igualdad y no discriminación, libertad de expresión y de información y que acaban por perjudicar la participación de los trabajadores en la empresa en completo afrenta al principio del debido valor al trabajo humano, que es en última análisis de la dignidad humana.

### 3) Derechos fundamentales específicos o constitucionales laborales

La ciudadanía en el marco de la relación laboral tiene por objetivo garantizar la dignidad humana en su condición de tal, por medio de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Las prerrogativas o derechos específicamente laborales de los trabajadores frente al poder empresarial en el ámbito de la organización y gestión de la empresa, es una manifestación de una “ciudadanía específica distinta de la ciudadanía de la sociedad política, aunque ideológicamente vinculada con ésta, y que se podría llamar ciudadanía de empresa (modalidad de pertenencia a esta microsociedad en la que se ejercen derechos de participación por parte de los trabajadores frente al poder empresarial)”<sup>260</sup> como se ha dicho antes.

En definitivo “la ciudadanía de empresa es aquella referida a la participación en la gestión y dirección de la misma”<sup>261</sup> y es por esta razón que crece el interés por el estudio de los derechos constitucionales fundamentales laborales específicos y que por la pertinencia con el tema de este trabajo de tesis se viene estudiando en este capítulo.

Ahora bien, este estudio de los derechos derivados de las relaciones de trabajo acogido por la Constitución, esto es, los “derechos constitucionales laborales”<sup>262</sup>, como

---

<sup>260</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia 2011, p. 24.

<sup>261</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa*, Revista de Derecho Social, nº 35, 2006, p. 15.

<sup>262</sup> Derechos constitucionales fundamentales laborales específicos o derechos constitucionales laborales, son: 1) Derechos de naturaleza o alcance colectivo: Primero, en relación a la constitución y funciones de los sujetos sindicales que es: - el derecho de libertad sindical que: en el art. 28.1 CE, comprende el derecho de fundar sindicatos y a afiliarse; y en art. 7 CE la atribución de papel institucional de contribuir a la defensa y promoción de intereses económico y social. Segundo, los derechos de conflicto que son: - el derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses art. 28.2 CE; y - el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo art. 37.2 CE. Tercero, los derechos de negociación que es: - el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, y a fuerza vinculante de los convenios art. 37.1 CE. cuarto, los derechos de participación que es: - el derecho de los trabajadores a la participación en la empresa art. 129.2 CE, “situado extramuros del alcance protector del artículo 53 CE, por lo que la doctrina no deja de hablar así de derecho laboral ‘extrasistemático’”. 2) Los derechos individuales: Primero, los derechos de los trabajadores o, en su caso, principios de política social expresivos de condiciones mínimas de trabajo: - el derecho al trabajo art. 35.1 CE, y derecho a un trabajo remunerado y los beneficios de la seguridad social para los presos que cumplen pena de prisión art. 25.2 CE ; - el derecho a la libre elección de profesión u oficio, art. 35.1 CE; - el derecho

aconseja el doctrinador, debe seguir una “ordenación sistemática de los mismos que permita distinguir entre derechos colectivos e individuales de los sujetos de la relación laboral”<sup>263</sup>.

En ámbito del derecho del trabajo, en el actual período histórico ya se encuentra retardado demasiado en el tiempo, y la realidad clama por una mudanza, que se sugiere sea a partir de la Constitución, con inclusión compatible y necesaria, y después en la interpretación del Tribunal Constitucional, todo esto en el sentido de la dignificación del trabajo humano a través de principio del debido valor al trabajo humano y de la participación del trabajador en la empresa, como formas de dignidad de la persona y desarrollo de su personalidad en el trabajo, razón última del ordenamiento laboral.

Siendo la dignidad de la persona la esencia de los derechos, como ya ha afirmado el Tribunal Constitucional, la dignidad en el trabajo es la esencia del derecho laboral, donde la valorización es una cuestión imperativa.

#### c) El debido valor al trabajo humano como nuevo paradigma

En España, de toda la construcción jurídica propiciada por el Estado y la sociedad organizada, art.1.1 CE, los derechos fundamentales son los más netos y absolutos en relación a la protección del ser humano. Esos aspectos vienen confirmados en la Sentencia nº 129/1989 del Tribunal Constitucional, explicitados a seguir:

---

a la promoción a través del trabajo, art. 35.1 CE; y - el derecho a un salario suficiente y a la igualdad salarial entre hombre y la mujer, art. 35.1 CE; - el derecho a la formación y readaptación profesionales, art. 40.2 CE; - el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, art. 40.2 CE; y - el derecho al descanso necesario, mediante la limitación de jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas art. 40.2 CE. Segundo, los derechos que son principios de política social, en su caso y, de protección social de los trabajadores o de los ciudadanos en general: - el derecho a una política orientada al pleno empleo, por parte de los poderes públicos art. 40.1 CE; y - el derecho a la seguridad social, a un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos art. 40.1 CE, (STC 239/2002).Tercero, son aún reconocidos y garantizados los siguientes: - los de protección social, económica y jurídica de la familia el art. 39.1 CE; y - se reconoce el derecho a la protección a la salud en un régimen público de seguridad social art. 43.1 CE y garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizada suficiencia económica en la tercera edad art. 50 CE. 3) La Constitución consagra aún la “garantía institucional del sistema de seguridad social” al establecer (SSTC 37/1994 y 129/1994 y 206/1997): - los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, por cuya salvaguardia el Estado art. 42 CE; y - el derecho a la protección de los minusválidos, a través política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración art. 49 CE. - el desarrollo de los derechos fundamentales específicos y la ampliación de esos derechos por la legislación ordinaria en el art. 4 LET, de los derechos laborales.

<sup>263</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos y debates nº 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 23.

Primero, por la institucionalización de valores como ha dicho “[...] En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales, que informan todo el ordenamiento jurídico, se erigen en componentes estructurales básicos del mismo en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política [...]”.

Segundo, no es tan solo una proclamación de derechos y garantías, es un comando dirigido a todos y que tiene que ser garantizado por el Estado, como se ve: “[...] La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y,” ahora advirtiendo contra alteraciones indeseables, “ especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconocido, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias [...]”.

Todavía, no se puede olvidar que, nos términos de la Sentencia citada en los dos apartados anteriores, la estructura de la Constitución fue ordenada en condición de prioridad de los asuntos que trata, empezando por los estructuralmente más importantes que reciben destaque y protección especial. En esa orden de las cosas el debido valor al trabajo requiere una ubicación entre los fundamentos del orden político y de paz social, como un nuevo paradigma más protector y más equitativo y eficiente.

A pesar de la Constitución en su art. 35.1 tratar el trabajo en cuanto deber y derecho del trabajador, pero no lo erige de forma indiscutible a categoría de derecho fundamental, mucho menos esencial, es que ha doctrinadores que levantan duda, mismo cuando proclaman “[...] la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia [...]”, o cuando en el art. 53 determina que todos los poderes públicos están vinculados en razón de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título Primero, por esto no asegura la protección que es necesaria y justa, con el ser humano que trabaja asalariado, en razón de su dignidad.

Por ser el trabajo fuente y centro de afirmación de la dignidad del ser humano que desarrolla una actividad laboral en provecho de otra persona, del ajeno, debe estar abrigado de forma enfática y absoluta, en su debido valor, entre los derechos fundamentales del precepto del art. 10 CE.

El nuevo principio que se propone, precisa estar asegurado entre los derechos fundamentales para que no sea comparado, o preterido por el de la propiedad o mismo de la libre empresa. Así es que el principio del debido valor al trabajo humano al ser consagrado también como fundamento de los derechos fundamentales reforzando el viejo paradigma tuitivo y, al ser acogido por el art. 10.1 CE, junto al de la dignidad de la persona, que según el Tribunal Constitucional, é considerado base de los derechos

fundamentales, y sólo así podría asegurar que el trabajador asalariado, que tiene el destino de su labor en las manos del empleador, tendrá por su vez, como consecuencia, derechos de entre los cuales: los de la participación en los destinos de la empresa por medio de su representación y como lo mínimo el derecho de información y consulta.

d) El debido valor al trabajo humano para la realización de la participación en la empresa como imperativo de un derecho de ciudadanía

No fue por acaso que el legislador constituyente reconoció y ubicó el derecho al trabajo y el correspondiente deber en la Sección Dos “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, que hace parte de los “Derechos y libertades” del Capítulo II y que encuentra su sistematización y abrigo último en el Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales”, se acredita que fue de propósito, el trabajo productivo es un deber y también un derecho y más, es un derecho fundamental de primer grandeza. Ya hace mucho tiempo que el trabajo ha dejado de ser una actividad vil, despreciada y sometida a más impropio de los tratamientos que el hombre puede dispensar a otro en nombre de su enriquecimiento personal, mismo que justificado por la producción de bienes o servicios.

El trabajo es manifestación de vida, de desarrollo de su personalidad, es realización personal y satisfacción de necesidades colectivas, el labor es de entre las dignas actividades del hombre la que más le consume vida y permite existencia y sustento de si y su familia.

Por su naturaleza el trabajo asalariado jamás puede ser medido con el peso que se mide el derecho de propiedad y la libre empresa, aquello tiene naturaleza de vida y dignidad que no es de la esencia de estos. El debido valor al trabajo es una enorme deuda que la sociedad y el Estado, manifestado en los tres poderes públicos, tienen para con el trabajador y que ya es tiempo de ser solventada.

Desde que el hombre ha pasado a desarrollar actividad laboral en pro de otro hombre o empresa, ya ha subido dos peldaños: el primer cuando dejó de ser esclavo o siervo y pasó a ser asalariado; el segundo peldaño vino con la consolidación de los derechos laborales. Ahora es llegada a hora de subir el tercero, porque el Derecho del Trabajo ha agotado su capacidad de ofrecer solución para muchas de las situaciones que se pasa en el mercado laboral, agravado por una economía cambiante, una tecnología vertiginosa, una fluidez financiera que sorprende y un empresariado que juega con el capital y la vida tanto de los trabajadores cuanto de sus empresas, la reestructuración que se propone es el nuevo peldaño.

Es llegada a hora de atribuir al trabajador, aparcerero en la producción, la aparcería también en las decisiones, sin temor de que no esté preparado. En la aventura que es la

empresa de hoy no cabe súbdito o fantoche, pero si, aparcerero, compañero comprometido, no solo con la producción, pero también con el destino de la empresa. Cuando el empresario malversa el capital de la empresa y ella quiebra el trabajador “va para la calle”, sacrifica su familia, presenta coste para el Estado y contribuye para desorganizar a la economía. Por esto la empresa hoy es muy importante para dejarla en la mano exclusiva del dueño del capital, o sea, de aquel que quiere desfrutar de mano de obra ajena, el mínimo a ser hecho es que le trabajador tenga el derecho efectivo y real de participar de las decisiones en la empresa, pues esto hace parte del propio derecho al trabajo, del desarrollo de su personalidad y de la dignidad en el trabajo, pero también, de seguridad en su labor, en cuanto sujeto que produce bajo la dirección del empresario y que debe participar de las decisiones de la empresa.

Hoy no basta la participación en la producción, la participación en la gestión social o participación financiera allá de otras, es preciso participar también en la gestión o dirección o mismo gobierno de la empresa. No hace falta que esta última participación sea personal o en forma de representación, lo que es preciso por un deber de justicia, es que el trabajador como parte activa en el emprendimiento empresarial lo sea de facto y de derecho, actor en decisiones que puedan afectar el futuro y desarrollo de la empresa, donde invierte los elementos vitales de su existencia humana.

No existe ciudadanía de la empresa, tampoco en la empresa, cuando el trabajador se queda alejado de todo y cualquier proceso decisorio, como tiene sido desde el inicio. Los tiempos son otros el derecho de propiedad ya no es lo mismo, pesa sobre esta la función social art. 33 CE y la libertad de empresa ya no lo es tan libre, sino en el marco de la economía de mercado, que debe ser garantizada y protegido su ejercicio y la defensa de la productividad por los poderes públicos, “de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, art. 38 CE.

La empresa establecida en un Estado social y democrático de Derecho como es España, art. 1.1. CE, está sometida a la Constitución, y de ahí se vincula al que establece el art. 9.1 que proclama “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, o cuando establece aún en el mismo artículo, apartado 3, “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa (...)”, o mismo preceptúa “La dignidad de la persona (...) el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Así es que es preciso que se cumpla la voluntad expresa en la Constitución, sea en relación al trabajo, sea en relación a la participación de los trabajadores en la empresa, art. 129.2 CE, pues este en conexión con los arts. 9.1 y 35.1 también se revelan como derecho de ciudadanía.

En el último ratio, la Constitución es en su conjunto, al propio tiempo, síntesis del principio de la dignidad del hombre ciudadano y la garantía del orden social. Que se desarrolla en un contexto específico según el interés en cuestión, como el laboral.

## **II. Contexto de la participación y su escenario**

Es sabido que el Derecho en todos sus ramas, y más propiamente el Derecho del Trabajo, que institucionaliza el clásico conflicto entre capital y trabajo, es un genuino producto de los hechos de la vida social y en este caso generado por la escasez de mano de obra y la necesidad de producción, es decir, si el empresario solo con sus capital, la expertize y todo más que tiene, pudiera producir los bienes o servicios que pretende lo haría y sin conflicto de interés, pero no lo puede, así recurre a la mano de obra de otras personas. Por su vez la demanda siempre creciente de bienes y servicios obliga al empresario a expandir la producción; y por fin es el nivel de exigencia por producto cada vez más sofisticado y complejo, efecto de la concurrencia que determina una competitividad en los mercados internos y externos que hace aumentar suya dependencia por los servicios a ser contratados.

Hoy es inevitable, con toda la tecnología que se dispone alguien producir de forma significativa solo, es imposible recorrer solo la cadena para la producción de bienes o servicios. De ahí la necesidad de contratar trabajadores, establecer relaciones laborales, tener en vista y control el objeto de su emprendimiento, pautar la actividad de producción por un mercado dinámico y cada vez más exigente y sujeto a crisis cíclicas que como olas viene y vuelve, que imponen cambios constantes de toda ordenes, es decir, por lo menos de orden económica, técnica, tecnológica, de información y comunicación, hasta movilidad, incluso geográfica.

Mientras toda la complejidad para la producción de bienes y servicios, al establecer las necesarias relaciones laborales allá de la observancia de normas de cuño comerciales, fiscales, hay las importantísimas normas de Derecho del Trabajo que empieza con el contrato de trabajo y las relaciones laborales y que recaen en los centros de imputación normativa laboral como son los centros de trabajo y la empresa.

Con el nacimiento del contrato de trabajo empresarios y trabajadores adquieren derechos y contraen deberes fruto de vínculo obligacional laboral que se concretizan en la relación de trabajo. Donde también se debe manifestar el derecho objeto de esta tesis, que es el de participación de los trabajadores en la empresa y que debe corresponder a un deber del empresario de dividir con el trabajador o su representante la toma de decisiones en la empresa.



## 2.1. Centro de trabajo y empresa

Como se ha dicho, empresa es una organización, que plasma una idea, y que es lógica y jurídicamente distinguible “del ‘centro de trabajo’ o ‘explotación’, unidad técnica de producción (Max Weber), ‘unidad de fin técnica para consecución del fin económico (Jacobi, Miñambres), del que la empresa pueda tener varios relativamente autónomos entre sí (‘unidad productiva con organización específica’, según la versión de esta idea en el art. 1.5 ET)”<sup>264</sup>. Así el centro de trabajo tiene, normalmente caracterizada la autonomía por su propia localización, o sea “en un mismo recinto geográfico”<sup>265</sup> y su propia plantilla de personal.

Para el Derecho Laboral el centro de trabajo es verdaderamente relevante, y así puede ser conceptuado como “el lugar en que se presta el trabajo, en el que se ejecuta el contrato y, por tanto, en el que se compromete toda la persona del trabajador al desplegar su actividad”<sup>266</sup>.

En la legislación laboral española el art. 1.5. ET define el centro de trabajo “como la unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”, es decir, esta unidad productiva puede coincidir o no con toda la empresa, pues está a depender de la organización que se les dé a esta, si en uno o en varios centros, conformando lo que es denominado de unidad empresarial.

Cada unidad productiva tiene capacidad para organizarse por sí mismo para poder cumplir el objeto de su organización, estando dentro de la empresa como unidad técnica de producción, todavía esta autonomía organizativa no puede privar la empresa del poder general de planificar y regir la actividad de producción y dirección en su conjunto.

Un factor de singularización del centro de trabajo, como se ha visto, es la exigencia contenida en el ET, art. 1.5, de “que sea dado de alta, ante la autoridad laboral”, por lo que hoy es suficiente la comunicación de la apertura del centro a la autoridad competente.

Todavía, el ET ofrece aún en el art. 44, una figura limítrofe al centro de trabajo como unidad productiva autónoma y que es un concepto “de carácter funcional que sirve el objetivo de propiciar la sucesión de empresa cuando lo que se transmite tiene

---

<sup>264</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 211.

<sup>265</sup> STS, 5ª sala, de 9 de febrero de 1988 por la cual: “cada una de las obras [...] de [...] una empresa constructora” puede ser un centro de trabajo.

<sup>266</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, (art. 3 de la Ley 10/1997, de 24/04, citada por el autor), p. 503.

entidad productora por sí misma y, claro está, en razón tiene adscritos unos trabajadores”<sup>267</sup>.

El centro de trabajo, en cuanto lugar de trabajo o unidad que sirve para fijar la plantilla de trabajadores, por fuerza de la norma laboral pasa a ser la referencia directa del lugar de imputación de normas en la conformidad del estudio que se hizo de la dimensión y sector de actividad.

## 2.2. Estructura jurídica y social de la organización empresarial

### a) Estructura jurídica

El reconocimiento y la garantía de la libertad de empresa es el fundamento constitucional de los poderes reconocidos al empresario en el plano laboral en los países de economía de mercado.

Mismo no siendo el único ni la parte más valiosa de la economía de mercado, la libertad de empresa concurre e interacciona con la libertad de trabajo, libertad de consumo y con el derecho a la propiedad como elementos esenciales que son en la economía de mercado.

En este escenario la libertad de empresa gana destaque en la orden económica por detener la atribución de ejercer un papel regulador en los intercambios que ocurren en este mercado juntamente con la libre iniciativa.

La Constitución Española de 1978 en su art. 38 garantiza la libertad de empresa en una economía de mercado como medio para que la persona física o jurídica, de derecho público o privado, pueda responder a la necesidad de producir bienes o servicios para terceros como resultado de la interacción entre trabajo, capital, insumos, tecnología, sinergias y otros factores, asumiendo, el titular de la organización el riesgo de la explotación. “Lo que cualifica al empresario como titular de aquella organización económica es un derecho subjetivo, el cual tiene su anclaje en un derecho fundamental reconocido constitucionalmente”<sup>268</sup>. La condición jurídica que le es reconocida añadida a la libertad de acción en el ámbito de su actividad que le es garantizada recibe la denominación de derecho subjetivo de empresa.

Resulta da configuración y contenido de este derecho subjetivo de empresa dos importantes implicaciones, a saber: primer subsumiese a derecho del ciudadano protegido con las garantías de derecho fundamental por fuerza del art. 53.1 CE, que

<sup>267</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, (art. 3 de la Ley 10/1997, de 24/04, citada por el autor) p. 503.

<sup>268</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 13.

faculta poder crear y mantener en producción empresa y así poder ostentar la titularidad de un capital de producción y que va más allá generando una situación de poder sobre personas; por segundo, constituyese en derecho de llevar a cabo una ordenación económica de donde deriva la facultad del titular de la empresa - con abstracción de su estructura social o titularidad jurídica - a decidir sobre sus objetivos y estrategia de política económica, sobre las inversiones, sobre la contratación, despidos y organización del trabajo y sobre cuanto afecta a la planificación de la producción y al desarrollo futuro de la empresa en general.

El mismo derecho que atribuye al empresario la facultad de crear una empresa también le asegura poder para administrarla, por medio de toma de decisiones económicas primarias sobre inversiones, formalización de contratos, organización de los medios personales y materiales en búsqueda de los mejores resultados.

Toda la potencialidad de la empresa como “centro de decisiones para coordinar los medios personales y materiales y conseguir la mayor racionalización en la disposición de aquellos”<sup>269</sup> sólo es alcanzada cuando el conjunto, actuando bajo una unidad de dirección y poder, conjuga esos elementos esenciales a una empresa.

#### b) Estructura social

En la realidad social ha cierto riesgo del formalismo jurídico no atender con su igualdad formal los hechos de facto cuando existe desigualdad entre los sujetos de derecho como es el caso de contrato en el ámbito del Derecho del Trabajo donde el riesgo de un formalismo estéril es mayor, pues no se puede pretender afirmar una igualdad formal entre el trabajador individual y la empresa, puesto que esta es generadora de una situación de poder como organización social que pone de manifiesto un relación muy desigual.

A pesar de la existencia de formas organizativas de los trabajadores para su auto defensa, justifica al menos tomar razón de la realidad sociológica que subyace al régimen jurídico empresarial donde el principio de orden en la empresa supone dos vertientes, una organizativa y otra de poder y dirección. Así es que no siendo la organización empresarial un sistema cerrado en sí mismo que constituya un sistema de cooperación con programa aceptado de propósitos, con diferenciación de funciones, integración consciente y con una continuidad en la interacción, pero tampoco es pura instancia mediadora entre necesidades y fines de los subgrupos que concurren a su constitución y funcionamiento generadores de conflicto.

En una visión más amplia “La Sociología industrial contempla en la empresa dos aspectos complementarios: de una parte, la existencia de un ‘sistema social que exige la

---

<sup>269</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 14.

cooperación' de los individuos que la integran para hacer posible su funcionamiento equilibrado; de otra, la creación de una 'organización de dominio que genera conflictos'."270 A partir de estas dos constataciones se tiene:

1) que la organización formal de la empresa supone tanto una diferenciación de tareas como una organización de esferas de autoridad. Cada vez más se tiene el convencimiento de que con la racionalización de la producción de bienes pueden racionalizarse también las jerarquías de mando, es decir, "que la atribución de autoridad sustituye al mando sin fundamento objetivo, y que pueden llegar a transformarse las formas de ejercicio de la autoridad"<sup>271</sup> y prueba de esto es que "muchos trabajadores no parecen ya dispuestos a aceptar órdenes que no les parezcan razonables, y que este cambio de actitud está relacionado con una nueva forma de entender la autoridad"<sup>272</sup> la cual tiene origen en las orientaciones del sistema educativo de las nuevas generaciones. Como consecuencia aparece como una tendencia general la necesidad de información, la discusión de alternativas, la explicación de órdenes que no son rutinarias y otras que afectan a las concretas circunstancias en que se ejercita el poder en la empresa;

2) aunque la empresa represente una organización jerarquizada de bajo a la arriba, la dinámica empresarial genera poder, autoridad y rivalidades entre grupos que pasan a tener identidad propias cuales sean: la dirección, los cuadros, los puestos medio y los trabajadores ocupados en labores de pura ejecución, y los que a ella se agregan como la representación del personal o los delegados de los sindicatos.

Estos datos de situación conducen, en definitiva, a constatar que "la toma de decisiones en la empresa está hoy condicionada por un reparto de poder que guarda relación con la división del trabajo. Allí donde antes uno o pocos podían tomar todas las decisiones, hoy participan en cada una de éstas muchas personas en calidad de órganos informativos, de preparación y de ejecución"<sup>273</sup>.

La empresa moderna no tiene una estructura dualista de autoridad, pero la jerarquía que nace de la división del trabajo es más compleja hoy, sea por la existencia de representaciones del personal que puede tener o no origen sindical con los comités de empresa o delegados sindicales, sea por grupos de trabajadores que participan en los órganos de cogestión existentes en algunos países de Europa. El papel que estos grupos de representación de los trabajadores desempeñan como cauce de información de todos los escalones con la dirección, y también como defensores y portadores de los

---

<sup>270</sup> DAHRENDORF, R., *Sociología de la industria y de la empresa*, traducción de C. Gerhard de la 2ª edición alemana, México 1965, p. 82.

<sup>271</sup> BURISCH, W., *Sociología industrial*, p. 138, Citado por RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*. Editorial Comares, Granada 2010, p. 31.

<sup>272</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 31.

<sup>273</sup> DAHRENDORF, R., *Sociología de la industria...*, Op. Cit., pp. 91 y 92.

intereses de los trabajadores en el planteamiento de opiniones alternativas a las decisiones de la dirección.

Otro papel que desempeñan estos grupos de representantes de los trabajadores es de actuar como verdadero poder en concurrencia, “bien para constatar valoraciones diferentes de un mismo problema y tratar de buscar una racionalidad por la vía de la integración sustancial de intereses y del consenso, o bien como instancia política intentando resistir a los objetivos de la dirección y desplazados por otros más conforme a los intereses de los trabajadores”<sup>274</sup>, ante la existencia de situaciones de conflicto.

### 2.3. Poder empresarial y democracia en la empresa visando la participación

#### a) Poder empresarial

##### 1) Imputación de poder

Al concretizarse un contrato de trabajo una de las partes, en el caso el empresario, pasa a tener “la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios que libremente ha decidido instalar, esta capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales. La potestad para organizar y ordenar el trabajo, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, recibe el nombre de poder de dirección”<sup>275</sup>, esto es la dirección y control de la actividad laboral, lo titula el art. 20 LET.

Estas mismas competencias o prerrogativas son atribuidas de forma indirecta en el art. 1.1. ET al tratar del ámbito de aplicación de la ley “(...) a los trabajadores (...) dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”, que es reforzada por el art. 20.1 ET que establece “El trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue”. Así se puede afirmar que “Esta realidad normativa es complemento obligado de un orden económico fundado en la libertad de empresa (art. 38 CE) que no tendría sentido si sus propietarios no pudieran organizarla”<sup>276</sup>.

El poder de ordenar y organizar supone lógicamente el de controlar y vigilar su cumplimiento, todavía esos poderes son limitados por la Constitución, por la ley, por el

<sup>274</sup> DAHRENDORF, R., *Sociología de la industria y de la empresa*, Traducción de C. Gerhard de la 2ª edición alemana, México 1965, pp. 91 y 92.

<sup>275</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, (art. 3 de la Ley 10/1997, de 24/04, citada por el autor), p. 504.

<sup>276</sup> Ídem., p. 504.

convenio colectivo y por el contrato, o sea por las mismas fuentes de imputación de normas y poder.

Dentro de la empresa, en los centros de trabajo pueden existir otros sujetos que pueden ser objeto de imputación de poder como es el sindicato y la representación de los trabajadores en la empresa. En este sentido la participación de los trabajadores en la empresa puede constituirse también en una importante opción de imputación de poder, de entre otros.

Estos centros de imputación de los poderes empresariales de que se viene tratando “Es, en síntesis, a todo esto a lo que la terminología anglosajona llama *management*”<sup>277</sup>.

Merece destaque en este estudio la dirección de la empresa en su vertiente laboral por la implicación en el contrato de trabajo y la relación laboral, que se manifiesta por medio de ejercicio de poder de organización del empresario sobre el personal en las situaciones de contratación de personal, coordinación de prestaciones de trabajo cuanto a órdenes generales y particulares, imponer sanciones por incumplimiento contractual o despedir cuando existan o no causas que justifiquen la extinción de los contratos, como discurre de la última reforma laboral en España.

En suma, los poderes de organización y dirección del empresario se imputan a la compleja organización productiva de medios personales y materiales que se denomina empresa, en la cual, bien por un centro unificado de decisiones o bien por instancias coordinadas en niveles diferenciados, se planifica, programa, gestiona y decide sobre el desarrollo de aquella organización con el fin de situar bienes o servicios en el mercado asumiendo un riesgo de explotación.

Así es que se identifican dos niveles en el poder de organización empresarial unificado por la realidad económica de la empresa que se manifiestan, primer por los poderes decisorios que emanan del estrato jurídico de los aportadores del capital de la empresa y segundo es el empresario como cabeza dirigente de la organización de medios materiales y personales.

El estudio del poder de los actores en acción, hecho a través del análisis de la política en la dinámica de las organizaciones empresariales, muestra que la característica más importante de las actividades políticas de los actores es la capacidad y la inteligencia “para hacer un uso discreto, invisible u opaco del poder [...] para

---

<sup>277</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 14.

defender los intereses propios bajo la apariencia de que defienden los intereses de la organización en su conjunto<sup>278</sup> so una apariencia de pura racionalidad.

Hoy donde ellas existen lo que se tiene es un reparto de papeles entre los comités de empresa y las representaciones sindicales y cada uno por su vez persiguen alcanzar el consenso ante enfoques y valoraciones distintos de los problemas, entre la dirección y los trabajadores, buscando cuando preciso, formal o informalmente el recurso a la negociación.

De esta forma el poder del empresario y el de los propios trabajadores “se conjuga en soluciones transaccionales, buscando una nueva racionalidad que enmascara la defensa de intereses particulares, tanto de los de *management* como los propios de los trabajadores, pero que tras su formulación explícita y unificada aparece como un objetivo común de la empresa”.<sup>279</sup>

En que pese en la empresa haber la producción de conflictos derivados de su estructura de denominación o propiedad de los medios de producción no es posible negar que haya formas posibles de cooperación que puedan incidir tanto en la conflictividad convencional para discutir y negociar reivindicaciones tradicionales como salario y seguridad en el empleo, o mismo para afrontar otras situaciones especialmente críticas en las que peligra cuando más la existencia de la propia empresa.

Por fin, no hace mucho tiempo ha proliferado fórmulas que procuraran democratizar puestos de trabajo tornando menos rígida la jerarquía de la organización del trabajo en la industria y en empresas de gran porte por medio de grupo autónomos, semiautónomos y los círculos de calidad produciendo cambios en la dependencia técnica de los trabajadores que resultaran en nuevas modalidades de organización del trabajo y que exige menos sujeción y más cooperación.

## 2) Ejercicio del poder

En este estudio preliminar el enfoque es sobre el poder ejercido en el ámbito de una relación laboral, todavía su concepto no huye del significado establecido por la teoría sociológica que hace una distinción importante entre poder y dominio o autoridad.

Max Weber define así los dos primer conceptos: poder – “significa toda posibilidad, dentro de una relación social, de imponer la propia voluntad incluso frente

---

<sup>278</sup> ALCAIDE CASTRO, M., *Política y uso del poder en las organizaciones*, Relaciones Laborales, 1986, nº. 8 (agosto), p. 156 y ss.

<sup>279</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 33.

a la resistencia, independientemente del fundamento de dicha posibilidad<sup>280</sup>; y dominio – “es la posibilidad de que ciertas personas obedezcan una orden de determinado contenido”<sup>281</sup>.

Por su vez Ralf Dahrendorf utilizándose de las definiciones anteriores sintetiza que poder y autoridad o dominio “son, por tanto, categorías a base de las cuales y dentro de ciertas unidades de relación pueden distinguirse, en principio, dos grupos de situaciones, o mejor, de titulares de situaciones: los que tienen poder y los que carecen de él, los dominadores y los dominados, los que mandan y los que obedecen”<sup>282</sup>.

Así es que se puede deducirse, en la medida en que ello no resulta evidente, que toda sociedad de entre ellas la empresa, en su aspecto político, constituye una unidad de relación en forma de “asociación de autoridad” como afirma Max Weber y una relación de dominación, donde existe un conflicto de interés latente precario.

Todavía desde las doctrinas que fundamentaron el nacimiento y el desarrollo de las primeras constituciones de los tiempos modernos estuvo presente las ideas de equilibrio de pesos y contrapesos cuyo punto clave es el poder, su ejercicio y los límites que les deben ser impuestos en forma de derechos y garantías individuales y que fueran acogidos por las constituciones y que en la española están entre los Derechos y Deberes Fundamentales en su Título Primer.

La combinación entre derecho de propiedad y la libertad de empresa y por su ejercicio garantizado por el Estado, incluso la productividad, en la conformidad con la economía general y, en su caso, de la planificación se fundamenta el poder del empresario que encuentra en la otra extremidad de la relación laboral las garantías y derecho de los trabajadores.

El equilibrio justo que se busca demostrar en este trabajo de tesis es aquel que debe existir entre poder y sus limitaciones en razón de los derechos que la Constitución Española asegura en las relaciones laborales.

### 3) Fuente del poder empresarial

El capitalismo ha tenido al largo de su desarrollo la sociedad mercantil como su más importante propulsora y más modernamente la sociedad anónima como principal forma jurídica de empresa, donde la titularidad jurídica de la sociedad mercantil atribuye un poder jurídico sobre el grupo social, los elementos y la actividad de la

---

<sup>280</sup> MAX WEBER, *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México 2005, p. 43.

<sup>281</sup> Ídem, p. 43.

<sup>282</sup> DAHRENDORF, R., *Sociología de la industria y de la empresa*, traducción de C. Gerhard de la 2ª edición alemana, México 1965, p. 82.



empresa, tenga ella la forma de sociedad anónima u otra cualquier, poder que normalmente se vincula al derecho de propiedad.

La identificación entre empresa y empresario, ha engendrado durante mucho tiempo “un sentido de legitimidad del poder, derivado del hecho de arriesgar en beneficio de la empresa sus propios bienes, lo que justifica también su derecho al beneficio derivado de aquel ejercicio”<sup>283</sup>.

Así es que por obra de esta identificación entre empresario y empresa, al largo de un buen tiempo de práctica capitalista se creó un derecho a su medida para afirmar el poder económico sobre la organización empresarial, primero sobre la sociedad en su conjunto por medio de afirmación de las prerrogativas del derecho de propiedad sobre los medios de producción y reclamando una libertad contractual, confirmando el dominio absoluto sobre la empresa y sobre los productos elaborados, sobre los precios y sobre las condiciones de trabajo. Casi simultáneamente tiene reconocida la legítima detención de un conjunto de poderes para la gestión económica de la empresa y para estipular contratos en nombre de esta con terceros, quedándose el control en las manos de quien aceptase poner una aportación mayor de capital personal en el negocio, o sea en la empresa.

Esta concentración de poder legitimador de las determinaciones de las condiciones de trabajo ha generado por el abuso y la explotación personal del trabajador la origen de Derecho del Trabajo, dando oportunidad a un largo y complejo proceso de ordenación económica por los poderes públicos para establecer límites y ponderar la existencia de una “difusa función social de la propiedad sobre la empresa para así tutelar los intereses generales de la economía, los de los trabajadores y los del ciudadano – consumidor.

Los procesos de reducción del poder empresarial mantiene una cierta sincronía y rasgos comunes en los ordenamientos positivos por medio de la conformación de las condiciones de trabajo y empleo donde existe una cierta, progresiva y también lenta limitación de los poderes empresariales a través de la “doble vía de la intervención estatal con normas de derecho imperativo en la regulación de las condiciones de trabajo, y del surgimiento, desarrollo y estabilización de la fuerza compensadora de las asociaciones de trabajo y la consagración de su poder social a través de los convenios colectivos, asimismo normativos, de las condiciones de trabajo”<sup>284</sup>.

Importantes cambios se ha producido en la vida social y económica con repercusión en los ordenamientos positivos y, en concreto, en la regulación jurídica de

---

<sup>283</sup> POLO, A., *Empresa y sociedad*, en el pensamiento de JOAQUIN GARRIGUES, Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues, T.I, Madrid 1971, p. 345.

<sup>284</sup> ALONSO OLEA, M., *Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa*, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Ed. Tecnos, Madrid 1971, p. 32.

la empresa. Así es que la “remodelación de las relaciones jurídicas que incorporan, fundamentan y organizan las aportaciones de capital y trabajo, ha dado existencia a una tutela proyectada sobre tales relaciones para afirmar garantías y nuevos centros de poder, lo que apunta a la aparición de un orden empresarial de signo social y personalista<sup>285</sup>.

A este ordenamiento “disperso de la empresa”<sup>286</sup> o “derecho compuesto”<sup>287</sup>, que reúne parcelas del Derecho Civil con otras regulaciones propias del Derecho Mercantil, del Derecho del Trabajo, del Derecho Administrativo y del Derecho Financiero y Tributario, ha ido acompañado en las grandes empresas de unos procesos de limitación, transferencia y participación del poder que han afectado sensiblemente a su estructura interna, sin embargo con avance en el campo de la democracia empresarial y ciudadanía en la empresa.

#### 4) Limitación de los poderes empresariales

Es un cuidado dispensado desde la Constitución en el establecimiento de sus primeros principios de organización y funcionamiento de un Estado social y democrático de Derecho puesto que una forma de dominación sobre las personas proviene del poder político, de ahí requerir limitación y control.

La limitación y el control, por ser un presupuesto de libertad, se proyectan sobre todo el ordenamiento jurídico con el valor de un precepto de justicia que, “en expresión de H. Coing, se puede formular en los siguientes términos ‘Todo poder de un hombre sobre otro hombre tiene que ser limitado. El poder ilimitado contradice el Derecho’”<sup>288</sup>.

En el campo de las relaciones entre particulares también es imprescindible la limitación de los poderes para evitar el ejercicio arbitrario y el abuso, lo que se puede viabilizar con el establecimiento de ámbitos exentos a su acción bien como mecanismos de controles que modalicen su concreta, diaria y artesana aplicación, cuyas técnicas puedan garantizar el desaparecimiento del esoterismo y la inmunidad del poder.

Hecha la debida reserva por la existencia de culturas jurídicas diferentes en los países de democracia pluralista, es posible hoy suscribir la afirmación según la cual “el Estado y los sindicatos han limitado el poder económico de la empresa, ‘eliminando así

<sup>285</sup> RIVERO LAMAS, J., *La Democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 19.

<sup>286</sup> RIVERO LAMAS, J., *Estructura de la empresa y participación obrera*, Ed. Ariel, Barcelona 1968, p. 103.

<sup>287</sup> PALLARD, R., L., *Entreprise et el Droit Commercial*, Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, Y. XIII, n.º. 2 (1965), p. 108. Citado por Rivero Lamas, J., *La democracia en la empresa*, Comares Editorial, Granada 2010, p. 19.

<sup>288</sup> COING, H., *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, 3ª ed., Berlin 1977, p. 211, traducción de L. Siéz-Picazo, Madrid 1985, p. 159, citado por RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 4.

un rasgo esencial del capitalismo clásico, esto es, la inmunidad de la empresa privada en el ordenamiento jurídico' ”<sup>289</sup>.

La empresa, sea como organización económica o como grupo social, genera una situación de poder en el sentido más elemental y naturalista del sentido utilizado por Kelsen “esa especie de fuerza física que actúa en sentido causal”<sup>290</sup> y que no expresa otra cosa “sino el hecho real de que unos hombres someten a otros y les fuerzan a realizar una determinada conducta”<sup>291</sup>.

Las relaciones laborales antes de obtener el abrigo de Derecho Operario y del Trabajo conoció diferentes formas de ajenidad de entre ellas las más graves fueron la esclavitud y la servidumbre, que concentraron en el titular dos medios de producción un poder absoluto en la dirección hasta que el contrato de trabajo regido por una legislación laboral mitigó la autonomía privada individual empezando un proceso de limitación de poder y establecimiento de derechos y garantías individuales y colectivas.

Por obra del liberalismo jurídico no siglo XIX, dentro de una concepción individualista del hombre, el concepto jurídico de persona llegó a convertirse en un molde uniforme que equiparaba situaciones diferentes, ignorando la real desigualdad de poder social y económico del contratado individual y el titular da organización económica contratante.

En razón de esas condiciones es que a más de medio siglo registraba “Hugo Sinzheimer la relación que liga al trabajador con su empresario no es sólo una pura relación obligacional [...] La dependencia del trabajador es una relación jurídica de poder que tiene determinados efectos jurídicos, que se apartan, sin embargo, de los puros efectos jurídicos obligacionales”<sup>292</sup>.

Por su vez Hegel proclamaba “puedo enajenar el uso determinado de mis facultades espirituales y corporales [...], solamente un uso limitado [...] ni todo mi tiempo ni toda mi actividad”<sup>293</sup>, por él el hombre no se puede entregar de cuerpo y alma en las relaciones de trabajo, la limitación es una cuestión vital.

---

<sup>289</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 5.

<sup>290</sup> KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, traducción de L.LEGAZ LACAMBRA, México 1979, p. 125, citado por RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa...*, Op. Cit., p. 5.

<sup>291</sup> Ídem, p. 5.

<sup>292</sup> SINZHEIMER, H., *La esencia del Derecho del Trabajo*, en el volumen *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, Madrid, 1984, incluido por F. VÁZQUE MATEO, citado por RIVERO LAMAS, J., *La Democracia en la empresa*. Editorial Comares, Granada 2010, p. 6.

<sup>293</sup> HEGEL, *Texte zur Philosophischen Propädeutik*, I, 8, 1ª part. 14. Citado por ALONSO OLEA, M., *Personalidad, propiedad y arrendamiento de servicios. Un estudio sobre Hegel*, Estudios en homenaje a J. Guasp, Granada 1984, p. 130.

En España, atendiendo a las solicitudes de la doctrina, la primer manifestación de limitación surge en el Código Civil de 1888, como un instituto de la mayor trascendencia por el que el art. 1.583 estableció sobre la duración del contrato, la primer condición de trabajo libre al fijar que “el arrendamiento hecho por toda la vida es nulo”, esta garantía inicial se amplía en el siglo siguiente con la consolidación de un régimen jurídico tendente a afirmar una mayor justicia, libertad y dignidad de la persona del trabajador en los centros de trabajo y en la sociedad donde desarrolla sus actividades y vive.

El proceso de intervención del Estado por medio de fijación de las materias que no quedarán a disposición del poder empresarial o, al menos, de su ejercicio incondicional o exclusivo, mediante la expedición de normas legales limitativas, de convenios colectivos y de formas de control a cargo de la acción sindical y de los representantes de los trabajadores en la empresa y otros mecanismos de control por la propia administración pública.

Al tiempo que tornase imprescindible establecer instrumentos de garantías a la dignidad personal del trabajador en su medio profesional creando condiciones objetivas que asegure, mismo que en el trabajo, continúe a ser hombre libre, esto sólo se ha de conseguir limitando los poderes de organización y dirección en la empresa y estableciendo unos cauces para que los trabajadores puedan participar de la elaboración normativa que les afecte. Estos son objetivos constantes perseguidos por los instrumentos y medidas de control de poder en la empresa, en casi un siglo de existencia de la legislación laboral.

Todavía, se ha de cuidar para que las medidas limitadoras y correctivas del poder empresarial no sean de tal naturaleza que “anulen su ejercicio, rompan la unidad de dirección o lleguen a bloquear la toma de decisiones”<sup>294</sup>. El justo equilibrio debe ser perseguido por los poderes sociales de entre él el Estado y los sindicatos. Es muy importante proteger el trabajador, pero también no se puede menoscabar la importancia de la empresa y el campo que le es reservado.

El punto de equilibrio entre el poder empresarial y la condición de subordinación y dependencia del trabajador está en que la articulación y funcionamiento de cada uno para que ellos se “mantenga recíprocamente dentro de sus límites”<sup>295</sup>, permitiendo el cumplimiento de la función de cada uno sin que esto signifique sacrificio o comprometimiento de garantías del otro, hoy asegurados.

Mantenerse el deseado equilibrio en las relaciones de poder es imprescindible, pues “Tan sólo así se puede vertebrar el dinamismo y el progreso de un modelo

---

<sup>294</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 7.

<sup>295</sup> LARENZ, K., *Derecho Justo (Fundamento de ética jurídica)*, traducción de L. Díez-Picazo, Madrid 1985, p. 162.

pluralista de relaciones laborales<sup>296</sup> atendiendo a las exigencias de actualización y adecuación de los institutos que le sirven de parámetros.

El tema limitación del poder empresarial por el contenido material que abarca “se encuentra situada en la confluencia del Derecho individual y colectivo del Trabajo”<sup>297</sup>. En cuanto el Derecho individual abriga el poder empresarial en la parte relativa a la organización, dirección y disciplina del trabajo que integra el régimen de derechos y obligaciones de las partes por derivación y consecuencia del contrato de trabajo, todavía, no tiene su origen en la autonomía de la voluntad, sino de poderes sociales que poseen la facultad de determinar aquellos contenidos.

De otra parte los derechos colectivos de la huelga y la negociación colectiva como las más expresivas manifestaciones de la acción sindical, además de las instituciones de representación y participación en la gestión de la empresa, hacer posible la organización de los trabajadores para oponer su fuerza organizada al poder generado por el funcionamiento de la empresa, evitando una concurrencia necesitada y restableciendo una igualdad real en la contratación del factor trabajo y en la regulación de las condiciones de empleo.

Dos razones son apuntadas en la doctrina sajona para un tratamiento de conjunto sobre el contenido y el significado de “los poderes empresariales – los *management right* o *management prerogatives* – como con una carga de sentido más preciso se los denomina en el Derecho norteamericano”<sup>298</sup>, así el tratamiento conjunto del contenido y significado de los poderes empresariales responde a razones de naturaleza y significado distintos.

Una razón es tratar la temática como parte de un sistema o modelo de relaciones industriales, que en verdad es un subsistema que se inscribe en el sistema político y se encuentra en estrecha simbiosis, también, con el subsistema económico. En este sentido “El poder forma parte del sistema de relaciones industriales, hasta el punto de construir un ‘rasgo inequívocamente caracterizador’ de aquel su particular distribución entre los interlocutores sociales en los niveles supraempresariales y empresarial o microeconómico”<sup>299</sup>.

Este es un complejo modelo pluralista de relaciones laborales que toma como punto de partida varios centros de poder legitimados, de la concurrencia entre los agentes o interlocutores sociales y de la convivencia en el conflicto para alcanzar vías de cooperación, que “depende de un continuado proceso de ajuste y delimitación de

<sup>296</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M., *Un modelo democrático de relaciones laborales*, en AA. VV., *Ideologías Jurídicas y relaciones de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977, p. 9.

<sup>297</sup> ALONSO OLEA, M., *Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa*, Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, T. II, Madrid 1971, p. 36.

<sup>298</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 8.

<sup>299</sup> SAGARDOY, J.A., *Relaciones de trabajo y estructuras políticas*, Madrid 1984, pp. 23 y 24.

las esferas de poder de los *managements rights* y de los sindicatos en el contexto de variables que permite el sistema político<sup>300</sup>, trabajando con un juego de posibilidades entre la rigidez o elasticidad de las normas constitucionales que definen tales poderes y al papel de cada uno de los actores que intervienen en la elaboración normativa laboral.

La otra razón, en estrecha relación con la anterior, apunta para el “*control of workplace industrial relations*” es, en términos generales, una cuestión a dilucidar con referencia inexcusable al sistema político y, en términos jurídicos, al orden constitucional económico, el tratar de los límites del poder empresarial exige pasar de la de visión iusprivatista a otra que recoja la realidad de la dimensión colectiva y política de la empresa<sup>301</sup>.

Estudios de esta vertiente que privilegian la autonomía privada en la disciplina de las relaciones de trabajo pasan a ver, bajo otra óptica, al de la organización de “la empresa como un hecho social relevante en el plano del interés público, al redescubrir que el interés privado de supremacía, posee una dimensión política administrativa, que va contenida dentro de los esquemas prestados por el Derecho público<sup>302</sup>.”

Sin embargo la proyección como visto, de la empresa y de su poder como figuras de Derecho público en el ámbito del Derecho del Trabajo no ha sido un dato de partida para elaboraciones doctrinales que la integren en sus construcciones, es decir, que este modelo no se ha concretizado viable hasta la hora.

Ya de algún tiempo tienen se mostrado otras perspectivas de problemas sobre los límites del poder empresarial como es las solicitudes de mayor flexibilidad en el uso de la fuerza laboral por efecto de larga crisis económica promotora de recesión y paro, obligando a las empresas a plantear procesos de reconversión como camino de adaptarse a la nueva división internacional del trabajo y a introducir nuevas tecnologías poniéndose en condiciones de afrontar las competencias internacionales.

Siguiendo estrategias neo-liberales o corporativas en búsqueda de una mayor flexibilidad las demandas de empresa en las negociaciones colectivas y en la elaboración de planes para la reconversión, apuntan en sentido distinto según los sistemas de relaciones laborales. Las iniciativas en Europa son en el sentido de enflaquecer la rigidez del mercado de trabajo externo con ampliación de la libertad de despido y reducir las garantías de estabilidad en las nuevas contrataciones. Estados Unidos e Inglaterra buscan conseguir remover las rigideces que dificultan la movilidad

---

<sup>300</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 9.

<sup>301</sup> Ídem, p. 9.

<sup>302</sup> ROMAGNOLI, U, *Autoridad y democracia en la empresa: Teorías jurídico-políticas*, Cuadernos de Derecho del Trabajo, nº. 1-2 (1975-1976), p. 199.

de la mano de obra dentro de las empresas en razón de las regulaciones colectivas que vinculan a la dirección de la empresa.

Las nuevas estrategias, independientes de países y de estilo, “son las empresas que acuden a la mesa de negociación para conseguir el consentimiento de los sindicatos y adoptar opciones estratégicas de política económica e industrial de futuro”<sup>303</sup>. Las prerrogativas empresariales ejercidas durante años con escasa intervención sindical o por representantes de personal sobre los aspectos más trascendentales de la gestión económica y financiera de las empresas hay cambiado mucho, pues hoy son objeto de “la información, la consulta y la negociación induciendo importantes limitaciones a los *management rights* a través de pactos o recíprocas concesiones, para obtener una mayor flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo, limitar las reivindicaciones salariales y definir las opciones de la política económica sectorial o de la empresa”<sup>304</sup>.

España ha experimentado períodos muy vigorosos de pactos importantes en la elaboración de política económica por medio de “Acuerdo Marco Interconfederal de 1981 hasta el Acuerdo Económico y Social para 1985-86”<sup>305</sup>, con participación de los actores sociales por medio de las asociaciones empresariales y las centrales sindicales incluso con la participación de partidos políticos.

La realidad actual es que se viene confirmando dos líneas de tendencia en las relaciones laborales de los países industrializados con economía de mercado donde, por una parte las gran empresas afectadas por las crisis económicas y por la introducción de cambios en sus procesos productivos buscan mantener relaciones negociadas de cooperación con la fuerza de trabajo por medio de los representantes sindicales en la empresa y los representantes del personal y más allá buscan formas de micro-corporativismo de empresa para hacer frente a los cambios de toda órdenes.

Otra y preocupante línea de tendencia es la que se expande en un mercado de trabajo informal, compuesto por grupos de trabajadores muchas veces con casi ninguna calificación u otros que no tiene éxito en el mercado formal o no consigue puesto de trabajo por la recesión y el paro que se sustraen al control sindical, pues es en estos mercados informales que proliferan las formas de desreglamentación del trabajo dependiente y todos los demás que no se encuadran en la legislación laboral.

Hoy encontrase presentes las dos líneas de tendencia en el desarrollo de las relaciones laborales en España a despecho de las matizaciones de esos procesos paralelos por influencia y gracia del arrastre histórico del modelo anterior: la tutela, la

---

<sup>303</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, pp. 10 y 11.

<sup>304</sup> Ídem, p. 11.

<sup>305</sup> DE LA VILLA, E., *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985, p. 15 y ss.

vigilancia y la modulación de estos procesos por la Administración pública, a la que siguen llegando las demandas paralelas de las empresas para conseguir una mayor protección económica y las de los trabajadores para que no se inutilice o desplace el régimen de protección social ya conseguido.

Por toda una construcción de ayer de mecanismos de limitación al poder empresarial llegase al que se ha convenido llamar de democracia industrial, expresión suficientemente general e importante como para ser invocada con sentidos diferentes en los países de Europa Occidental y de América del Norte.

En algunos países la democracia industrial o ciudadanía en la empresa puede significar una forma que privilegie la negociación colectiva, la institución de cooperación de los trabajadores y la dirección, en esferas de común interés o en la gestión económica, plenamente compatibles con ejercicio del poder del empleador. Todavía en otros países la expresión democracia industrial quiere significar un sistema social y económico en el que los trabajadores ocupen el lugar de la dirección, aquí no hay poder de dirección es su supresión absoluta.

La clave en términos de democracia industrial es el equilibrio por el cual el empleador no pierde su responsabilidad y libertad de dirección por medio de un poder limitado y por su parte el trabajador no deja de participar efectivamente de las decisiones principalmente aquellas que esté en jugo sus intereses mayores.

El camino para alcanzarse es arbitrar cauces e instituciones que reconozcan los derechos de los trabajadores y de sus representantes a “influir en la toma de decisiones que les afectan en el centro de trabajo y en la empresa, donde el *management* no puede ser la única fuente de poder. Porque a un régimen externo de democracia política debe corresponder la afirmación de la ciudadanía y de la democracia social en los lugares de trabajo”<sup>306</sup>.

El límite del poder del empresarial puede encontrar en las diversas y más efectivas formas de participación de los trabajadores en la empresa y en la expresiva y legítima manera de su realización y concreción.

## b) Democracia en la empresa

### 1) Mudanzas en el poder y en la empresa

No es posible ignorarse los pequeños ensayos de mudanzas que ocurrieron en la estructura de poder y en la propia empresa hasta la primera mitad del siglo XX, pero a partir de la segunda, importantes, persistentes y extensas mutaciones en la estructura

---

<sup>306</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 13.



de la empresa, que ocurrieran con las sociedades anónimas, como forma de democratización del capital, “además de las doctrinas e ideologías sobre la configuración de esta organización económica”<sup>307</sup>, motivaciones poderosas para introducir y proponer reformas que resultaran en transformaciones en la estructura del poder empresarial y reformas de la propia empresa por significativos cambios legislativos y los proyectos de reforma creando el ambiente para una democratización de la empresa.

El efecto de diseminar el capital de la empresa resulta en pérdida del control o mutaciones en el control accionario y en consecuencia el gobierno de la sociedad. Estos efectos que se originan de procesos más profundos provocados por nuevas formas de financiación y captación del ahorro se tornaran determinantes de que la concentración de poder económico ya no tenga lugar en los términos de propiedad, es decir, la dispersión de las acciones ha desprovisto a los accionistas del control efectivo sobre la sociedad que se desplaza para la empresa donde otros sujetos pasan a ejercerlo.

En los países europeos por medio de normas se han desarrollado esfuerzos y estímulos para “vencer la pasividad del accionista – supresión de los apoderamientos en blanco y de otras formas de delegación de voto; condicionamiento formal para ejercitar este derecho por representantes; creación de acciones de ahorro y bonos de participación; fortalecer los derechos de información, etc. - reconociendo un papel ordenador a la propiedad de acciones de sectores de la población cada vez más numeroso”<sup>308</sup> con la finalidad de impulsar una cierta democracia económica y que no ha presentado resultados eficaces.

Las medidas enunciadas no alcanzan el efecto deseado y resultan como paliativos, todavía la gran quiebra de la estructura del poder de los titulares de la empresa, sean éstos privados o públicos, viene con el desplazamiento y concentración de aquel poder en personas reclutadas por su capacidad técnica para dirigir – los *managers* -, que controlan los órganos de administración de las sociedades y los cuadros técnicos superiores de las empresas.

## 2) Política empresarial y democracia

Esta evolución ha separado las dos funciones, que a su tiempo, había subrayado Karl Marx como “superposición”<sup>309</sup> del capitalista (hoy empresario o accionista) y el dirigente (identificado por el *managers*).

<sup>307</sup> MARZAL, A., *Empresa y democracia económica*, Madrid 1976. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, 2ª ed., Madrid 1984, p. 203.

<sup>308</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, pp. 22 y 23.

<sup>309</sup> KARL MARX, *El Capital*, Citado por RIVERO LAMAS, J., *La Democracia en la empresa*. Editorial Comares, Granada 2010, p. 23.

Resultado de los cambios ocurridos que han aparecido en la estructura de gobierno de la empresa instancias mediales entre los titulares o propietarios y quienes gestionan sus actividades, generando ciertas tendencias por la cual la función de la entidad titular de la empresa (antiguo propietario) tiende a agotarse en la asunción del riesgo económico, con el cambio para la función activa de dirección de unos dirigentes en gran parte privados de propiedad.

Esta nueva realidad ha provocado investigaciones sociológicas que apuntaran para una “nueva clase”<sup>310</sup> confirmando la tesis sobre el carácter de eslabón de la clase dirigente propietaria que procede atribuir a los *managers*. Todavía esta teoría, por una señalada cautela, sociológicamente lo que ha aparecido “es una nueva estratificación social”<sup>311</sup>, ocupando el lugar de los propietarios que se quedan privados de esta función.

Los límites a los poderes del grupo técnico-gerencial del poder en la empresa es señalado cuando se afirma que la tecnoestructura carece “de autonomía para sacrificar los beneficios al crecimiento de la empresa o, en general, para proponerse sus propios fines en todos los supuestos prescindiendo de los accionistas”<sup>312</sup>.

En una “dimensión histórica en el análisis del poder en la empresa”<sup>313</sup> fundada en la aparición progresiva sobre la organización de mediaciones institucionales entre el poder económico y la actividad profesional, tres fases se quedan muy claras que son:

En la fase inicial, la empresa de industrialización temprana, el poder del capital está separado de la actividad profesional y el capitalista solo consigue progresar fundamentalmente mediante la prestación del trabajo productivo en masa;

En una fase intermedia dos factores la enmarcan: primero por un facto nuevo que es la organización del trabajo, que introduce en la estructura empresarial un complejo conjunto de situaciones sociales y aspectos psicológicos, *status* diferenciados, papeles definidos para ciertos grupos, una línea de autoridad descendente, actitudes de integración o apatía y otros más y, por segundo, el dirigente de empresa ya no es necesariamente un capitalista, pero tendrá que ser inexcusablemente un *manager* que proyecte, planifique, coordine y mantenga la organización en prosperidad;

En la última fase se caracteriza por un alejamiento cada vez mayor entre el poder económico y el trabajo productivo fruto de la interposición entre ellos de niveles cada vez más espeso y condicionante de la gestión empresarial, constituido por las variables sociales y políticas, por la legislación laboral y económica, por requeridas inversiones

<sup>310</sup> BARAN Y SWEEZY, *Il capitale monopolístico*, Torino 1968, p. 30 y ss.

<sup>311</sup> DAHRENDORF, R., *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, p. 275.

<sup>312</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 18.

<sup>313</sup> FRIEDMAN, M. – GALBRAITH, J.K., *Friedman contra Galbraith* (Papeles de Instituto de Economía del Mercado), Madrid 1982, p. 18.

para la investigación, por el sistema educativo y de formación profesional, resultando en dislocamiento del poder y relativización de su autonomía.

Así es que el marco institucional limita y transforma el poder de la empresa en nuestros días, hasta el punto de que ha minado su relativa autonomía como centro autónomo de decisiones, reduciendo su capacidad de decisión, de manera que la empresa ya no se define por su situación en un mercado, sino por su penetración en un sistema político.

Es dentro de este sistema político que se debe ponderar el sentido de los nuevos hechos que inciden como limitaciones institucionales de poder empresarial, teniendo presente: la trascendencia de las fórmulas institucionales de participación del trabajador en la gestión de la empresa; la actuación de los sindicatos a través de los delegados y las secciones sindicales; la aparición de nuevas reivindicaciones que afectan al control de los trabajadores sobre la flexibilidad y la conversión; sobre la organización y los ritmos de trabajos y otros avances en este sector.

Todavía es necesaria la concientización de que la formulación de políticas empresariales ya no puede prescindir de las instancias políticas que detentan el poder en la sociedad, ni sin contar con la consulta – y, en ocasiones, llegando hasta la negociación – con las centrales sindicales; además de resultar necesario atender, cada vez más, a los condicionamientos que impone el contexto económico internacional, y de manera particular para España, la Comunidad Económica Europea.

Hodiernamente la propiedad o la titularidad del capital de producción de un sujeto de derecho no es la única fuente de poder empresarial, tampoco sólo la profesionalidad de los directivos que organizan y gestionan la organización de medios y personas haciendo posible un fin productivo o, menos aún, ello se fundamenta en los contratos de trabajo, a cuyo contenido se incorpora el ejercicio del poder de dirección. El poder empresarial dimana de las atribuciones establecidas en las normas que arrancan desde la Constitución con el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 39, CE), y que tiene como centro de imputación la empresa en cuanto institución social, esto es, como “forma de producción ‘históricamente situada’, y que precisa, por exigencias funcionales, de una ordenación y jerarquía, que culmina con la atribución de poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno”<sup>314</sup>.

Otra importante fuente de mudanza tiene sus raíces en las crisis económicas que han desencadenado urgentes demandas de reconversión en las empresas para adaptarse a las necesidades de mercado a través de incorporación de nuevas tecnologías, que viene actuar como reactivo abriendo nuevos espacios a la participación en el poder

---

<sup>314</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 26.

empresarial. Es que para obtener “el consentimiento de los trabajadores y su cooperación en la tarea de hacer viable la empresa se ha llevado, formal o informalmente, la negociación a esfera de poder hasta ahora reservadas al empresario”<sup>315</sup>.

En concreto son dos los importantes fenómenos que discurren en paralelo, pero que se implican mutuamente y que tiene, la siguiente amplitud: en cuanto uno se procesa en un plano microeconómico donde la democratización del trabajo discurre dentro de las empresas pero se inscriben en el marco más amplio de las transformaciones del sistema de relaciones laborales, fato es que en España y otros países europeos los acuerdos interconfederales, los pactos sociales y la legislación para canalizar las acciones de reconversión, se han supuesto nuevos contenidos y comportamientos en la acción sindical y en las actitudes tradicionales del empresario, que han de asumir la nueva realidad; de otra parte, en razón de la tomada de conciencia por los actores sociales de la “necesidad de negociar en el nivel de la empresa para resolver problemas concretos, lo que en la práctica conduce a que la participación discurra por toda una gama de procesos de decisión o información en estructuras e instancias diversas”<sup>316</sup>.

En definitiva, la toma de decisiones en la empresa está hoy condicionada por un reparto de poder que guarda relación con la división del trabajo y tiene su cauce en el ordenamiento jurídico que encamina para un equilibrio entre poder y contrapoder.

### c) Equilibrio en las relaciones laborales

La globalización y todas las especies de crisis porque tiene pasado la economía y el mercado de trabajo tienen dejado como lección nuevas estrategias para una actuación estable, exitosa y duradera. De un lado las experiencias institucionales de cogestión y las negociaciones colectivas sobre la política económica empresarial, que en otros tiempos fue considerada el núcleo irreductible de los poderes del capitalismo, con “el discurrir de la vida social y la necesidad de nuevas respuestas a retos de mayor solidaridad, viene a derribar unas lindes conceptuales que los juristas han defendido como categorías ontológicas ancladas en la naturaleza de las cosas”<sup>317</sup>, como ocurrió con el poder empresarial.

De otra parte una de las más determinantes contribuciones viene del despertar y del reforzamiento de los derechos de ciudadanía en la empresa por la consolidación y aplicación de los derechos constitucionales fundamentales estableciendo límites al

<sup>315</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 29.

<sup>316</sup> La expresión “actores sociales” fue cuñada por la primera vez por Garfinkel en 1967 para significar el ser social que practica actitud ingenuo o no pero que hace acontecer cosas y factos. En el prefacio del libro *Studies in Ethnomethodology*, p. 7.

<sup>317</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa...* Op. Cit., p. 30.

poder del empleador, que cada vez más gana terreno y reconocimiento vinculado no solo los poderes públicos como las partes del contrato de trabajo.

La participación de los trabajadores en la empresa es una conquista y un despertar de nuevas políticas empresariales provenientes de la evolución de formas como la cogestión, cooperación y la propia ciudadanía en la empresa en este sentido se ha de buscar un mayor equilibrio en las relaciones laborales. Reconocer al trabajador el derecho de participar por medio de representación en los destinos de la empresa, es una forma de reconocer y dar efectividad al debido valor al trabajo humano como expresión de un derecho fundamental y de democracia industrial.

Las nuevas formas de negociación cooperativa y de participación colectiva y directa o individual de los trabajadores en las formas de organización del trabajo “tienen un punto de arranque endógeno, planteándose como exigencias de una mayor racionalidad de las empresas, las cuales precisan de una implicación de los trabajadores para que aporten ideas, formulen propuestas que mejoren las condiciones de funcionamiento y las sitúen en mejores condiciones para competir”<sup>318</sup>.

Muchas pueden ser las propuestas de formas de participación que guardan relación con la búsqueda de un equilibrio interno y un mayor grado de perfeccionamiento de los sistemas de relaciones laborales en los países desarrollados y de economía de mercado, buscando por medio de nuevas experiencias fortalecimiento para unos y adaptación para otros al nuevo entorno económico más internacionalizado y surcado por un mayor grado de incertidumbre y de competitividad para las empresas con aporte de nuevos instrumentos de orientación normativa provenientes de políticas sociales y de la economía laboral que parece ser el camino a ser trillado.

#### 2.4. Principios rectores de la política social y económica de contenido laboral

Las bases de toda la política social y económica están consagradas por la Constitución Española en su capítulo III del título primero “de los principios rectores de la política social y económica”, dispuestos en los arts. 39 hasta 52, donde el legislador constituyente los han vinculados su desarrollo por la vía legal, art. 53, CE, todavía es imperativa la observancia de la advertencia del Tribunal Constitucional (SSTC 16/1982, 80/1982), “lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos [...] están sujetos a ella”. Así, los arts. de 39 hasta 52 CE disponen de valor normativo general predicable

---

<sup>318</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 159.

de toda la Constitución, sin perjuicio, claro es, de su diferenciada y menor efectividad, sin embargo el propio Tribunal Constitucional ha subrayado la función interpretativa que cumplen tales principios, puesto que constituyen “una emanación del principio de Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1.CE), por lo que el art. 53.3. CE ‘impide considerar a tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes’ (STC 19/1982)”<sup>319</sup>.

Estos principios en cuanto normas dirigidas principalmente al legislador son preceptivos o vinculantes que imponen la emanación de disposiciones legislativas necesarias para alcanzar los fines perseguidos por el precepto, y por otro lado prohíben legislar en sentido contrario al que dispone, dejando abierta la vía de recurso de inconstitucionalidad, art. 161.1., a, CE, cuando fuere el caso.

Es dentro de este cuadro de principios constitucionales de política social y económica que se encuentran en el art. 40.1, CE el derecho a una política orientada al pleno empleo; en el art. 40.2, CE, el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, derecho al descanso en el trabajo mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados; los arts. 41, 43 y 50 CE contemplan el derecho a la seguridad social; el art. 42 CE trata del derecho a la protección de los trabajadores españoles en el extranjero; y el art. 49 CE dispone sobre el derecho a la protección social de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Es corriente la afirmación de que “el sistema constitucional está inserto en una sociedad desigual, en la que la igualdad formal ante la ley contrasta a menudo con la desigualdad real en la participación y adopción de decisiones en todas las esferas de la vida social”<sup>320</sup>. Así, es que la norma del art. 9.2 CE supone, la sanción constitucional de la dialéctica libertad formal/libertad real, en la medida en que, “si el legislador constituyente encomienda a los poderes públicos promover las condiciones ‘para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas’, esto es, lleguen a ser propiamente reales y efectivas, es que, lógicamente, no lo son por el momento o no lo son por completo”<sup>321</sup>.

La búsqueda de la superación de la contradicción del formal con el real es el que se espera con la actuación en el cumplimiento del triple mandato a los poderes públicos de: 1) promover las condiciones “para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 2) remover los obstáculos “que impidan o dificulten su plenitud”; 3) facilitar “la participación de

---

<sup>319</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 131.

<sup>320</sup> Ídem, p. 132.

<sup>321</sup> *Ibidem.*, p. 132.

todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; como están grabados en el mandato del art. 9.2.CE.

De todo que se ha afirmado el que busca la política social y la economía de contenido laboral es el amparo a los derechos y garantías en la búsqueda de una igualdad real y no solo formal en un campo tan carente con es los de las relaciones laborales sea para asegurar no solo al trabajador subordinado o dependiente como todos los demás, sea para alcanzarse una plena participación de los trabajadores en la empresa como parte tan importante con su labor cuanto el empresario con su capital.

### **III. Cuestiones del escenario que si tiene y del que se propone y sus elementos esenciales**

Cerrando esta parte propedéutica se tratará de los elementos esenciales de la realidad y de la subjetividad de la participación de los trabajadores en la empresa, empezando por las cuestiones del escenario.

#### **3.1. Cuestiones del actual escenario de la participación**

El proceso de consolidación del Derecho del Trabajo ha determinado ciertas fronteras de su ámbito de aplicación donde ha reposado tradicionalmente, y que, desde luego sigue haciendo en la actualidad, sobre una diferenciación técnica de partida, por lo que a la realidad social objeto de regulación se refiere a la distinción entre trabajo asalariado, por cuenta ajena, o dependiente demarcando su ámbito de incidencia y el trabajo autónomo, por cuenta propia o independiente, siendo esto “relegado de este modo contrariamente a una posición extramuros del ámbito de la relación jurídica laboral y de su marco regulador”<sup>322</sup>, hoy todavía abrigado por el Estatuto del Trabajo Autónomo, dejando todavía sin impedir una parcela cada vez más considerable se quede desasistida de cualquier protección, como es relativamente común en países en desenvolvimiento.

“Así pues, el Derecho del Trabajo acotaba normativamente desde sus orígenes, como objeto de regulación, una particular manifestación del trabajo humano [y no por cierto el trabajo en general a todo tipo de trabajo], una forma singular del mismo

---

<sup>322</sup> PALOMOQUE LÓPEZ, M.C., *Sobre las “fronteras móviles” de Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, en AA.VV. Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 465.

caracterizada por la concurrencia de notas precisas<sup>323</sup> (...), un derecho moldado para una categoría.

El trabajo objeto del Derecho del Trabajo es la actividad laboral que se presta en el seno de una relación contractual en régimen de ajenidad y de dependencia o subordinación, excluyendo todas las demás actividades laborales del trabajo productivo, o sea todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de o que define el art. 1.1. LET.

Según esta conformación legislativa el trabajo autónomo se sitúa pues fuera del perímetro del ordenamiento laboral, lo que no es obstáculo, sin embargo, para que el Derecho del Trabajo mantenga [atento a las consecuencias sociales negativas de una exclusión absoluta] un cordón umbilical que asegure de modo excepcional una laboralización parcial y discrecional de la institución, cuando convenga a razones de política social y en aras de la extensión social de los derechos instalados en la relación de trabajo asalariado.

A pesar del nuevo régimen legal del trabajo autónomo y económicamente dependiente, existe hoy y cada vez más se agrava “la crisis de adaptación de la producción del ordenamiento laboral a las formas emergentes de organización de la producción y del trabajo y su extensión a nuevos partícipes de la dependencia económica en el sistema productivo”<sup>324</sup>, como ha reconocido la doctrina hace tiempo.

Importantes transformaciones y crisis de toda orden han afectado desde el núcleo esencial del Derecho del Trabajo y sus principales institutos con reflejo sobre la participación, objeto de esta tesis doctoral y que, para justificar el desarrollo de esta, se levantan cuestiones de orden político-legislativa, jurisprudencial, doctrinal y de mercado laboral en el umbral de la historia evolutiva dos tiempos contemporáneos que enmarcan el final del siglo XX y el inicio del siglo XXI.

España como la mayoría de los países de economía de mercado en su historia más reciente puede identificarse, simplificada, como una serie de crisis separados entre si por periodos más o menos largos de paréntesis de bonanza.

En una reflexión fundada en la evolución del ordenamiento jurídico español se puede pinzar aspectos importantes del papel de la legislación laboral de añadir efectos a la producción de esas crisis y de otro lado, en muchas veces solución para estas.

---

<sup>323</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*, (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 34.

<sup>324</sup> PALOMOQUE LÓPEZ, M.C., *Sobre las “fronteras móviles” de Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, en AA.VV. *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 465.



A respecto del papel del Derecho del Trabajo en la generación de las crisis económicas se hay que “apresurarse a responder con claridad que ni el mercado de trabajo ni menos aún el Derecho del Trabajo han sido nunca los culpables o responsables de ninguna crisis económica; si alguna vez ha habido participación de la legislación laboral en la producción del panorama crítico, ello ha sido de modo sólo complementario o accesorio”<sup>325</sup>.

Todavía por los esfuerzos que el Derecho del Trabajo ha realizado “a través de su evolución para remediar (más que para evitar) el paro, la consecuencia social más grave de las crisis económicas”<sup>326</sup>, que él no ha generado, respondiendo muchas veces con sacrificios a el impuesto e inexorablemente debitado a los trabajadores y a la sociedad.

Estos esfuerzos del Derecho del Trabajo tienen sido modestos en términos de solución del problema dado que las causas principales de las crisis no están en ello. Se ha producido al largo de casi un siglo programa de saneamiento, planes de reformas, flexibilización de normas laborales, medidas de fomento del empleo todo este arsenal de providencias ha costado mucho al Derecho del Trabajo, sin embargo sus efectos han sido modestos para rescatar las economías de las crisis por qué es la economía y el mercado económico y financiero los mayores responsables por casi todas ellas.

En la primera década del siglo veinte uno, con una experiencia de acuerdos y pactos, entidades patronales y de trabajadores presentan propuestas que poco tienen en común para afrontar la crisis económica en el campo del ordenamiento laboral y de la seguridad social, y que por falta de acuerdo resulta en medidas urgentes de reforma no campo laboral, de seguridad y de política fiscal en España, hasta llegar a las medidas más drásticas tomadas en 2012, tratadas en un tópico al final del Capítulo III de este trabajo.

Las medidas tomadas por el Gobierno en la reforma laboral de 2010 aprovechan algunos subsidios de un “Manifiesto de abril de 2009”<sup>327</sup>, con una propuesta para la reactivación laboral en España reconociendo que “la crisis económica no tiene un origen laboral, pero que incide sobre el mercado de trabajo y exige la implantación de un nuevo modelo productivo basado en la innovación, la educación, etc., y el rediseño de las institucionales laborales caducas”. Señalaba aún “que el cambio del modelo

---

<sup>325</sup> MONTOYA MELGAR, A., Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco. Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 31.

<sup>326</sup> Ídem, p. 34.

<sup>327</sup> Manifiesto de abril de 2009 de los 100 economistas con una Propuesta para la reactivación laboral en España, presentada al Gobierno. Citado por MONTOYA MELGAR, A., Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos) Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 39.

productivo no es fácil en una economía no planificada, como tampoco es fácil una reforma laboral profunda, dada la cultura de ‘derechos adquiridos’ implantada en nuestro país”<sup>328</sup>. E incluía, como sugerencia, un conjunto de medidas laborales.

Por su vez, los sindicatos representantes de los trabajadores se manifiestan contra la reforma laboral, o sea la reforma del Estatuto de los Trabajadores. En apoyo a los sindicatos un otro “Manifiesto”<sup>329</sup> que parte del convencimiento “de que no hay conexión entre la crisis económica y la regulación del mercado de trabajo, y de que los mercados son imperfectos”<sup>330</sup> y propugna por un nuevo modelo productivo basado en la innovación y la productividad.

Muchos son los diagnósticos que van desde una posición contraria “al actual mercado dual (contrato por tiempo determinado e indefinido)”<sup>331</sup>, o la inclinación por un “pacto social y la distribución de sacrificios como medios de afrontar la crisis”<sup>332</sup> hasta el partidario de “una reforma laboral urgente de la que sería pieza básica el contrato de trabajo unificado”<sup>333</sup>.

Independientemente de la disparidad de diagnósticos sobre la crisis en España, las “medidas no pueden ser sólo ni fundamentalmente propuesta de reforma laboral, de reforma del Derecho del Trabajo. El carácter general de la crisis exige medidas que van más allá de las laborales (modestas siempre, como enseñó Kahn-Freund). Si impone, en efecto, una reforma del sistema financiero-fiscal, productivo-laboral”<sup>334</sup> y otras tantas como afirma.

Otra necesidad es la reforma del mercado de trabajo, especialmente en épocas de crisis económicas: las tasas de desempleo y de temporalidad son indicadores de un sistema imperfecto, que hasta ahora, y pese a los continuos intentos reformadores que se suceden desde hace tres décadas, los poderes públicos (el legislador entre ellos) no han conseguido corregir.

---

<sup>328</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*, (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos). Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco. Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 39.

<sup>329</sup> Manifiesto de junio de 2009, de los 700, como réplica de aquel de los 100, que propone “El trabajo, fundamento de un crecimiento económico sostenible”. Registrado por MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 40.

<sup>330</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo...*, Op. Cit., p. 40.

<sup>331</sup> JEAN-CLAUDE TRICHET, Presidente do Banco Central Europeo. Repetidamente se ha mostrado contra el mercado dual.

<sup>332</sup> PAUL KRUGMAN, Nobel de Economía. En la Conferencia sobre respuestas a la crisis (Sevilla, marzo 2009). Sugiere un pacto social. Citado por MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo...*, Op. Cit., p. 41.

<sup>333</sup> ALMUNIA. Comisario de Asuntos Económicos de la UE. Es partidario de una reforma laboral. Citado por MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo...*, Op. Cit., p. 41.

<sup>334</sup> Ídem., p. 42.

De la parte del ordenamiento jurídico el legislador constituyente español ha producido una Constitución “que, como dice Sala no es ni socialista (art. 38 CE), ni liberal (intervención latente del Estado) sino una Constitución de compromiso, de un pacto entre las principales fuerzas políticas presentes en la Asamblea Constituyente”<sup>335</sup>, a punto de algunos autores italianos la consideraren de corte más capitalista que socialista. “De ella puede decirse como de la italiana ‘levanta Acta, de una parte, de la estructura capitalista de las relaciones de producción y de otra se reconocen las exigencias de emancipación y elevación de las clases subalternas en tales relaciones de producción capitalista’ (Smuraglia)”<sup>336</sup>.

Sobre la opción del legislador constituyente cuanto a los derechos sociales “De todos modos todas las Constituciones modernas son cicateras”<sup>337</sup>. Todavía, en el plano pragmático, desde 1970, se ha firmado Declaraciones y Pactos internacionales mucho más avanzados y en el real la economía estaba mucho más sólida. Por eso, el tratamiento de los temas laborales es más completo y más social.

Algunos registros doctrinales sobre los más significativos debates que van desde “la redefinición o refundación del Derecho del Trabajo [a la vista de las profundas transformaciones económicas y sociales de la realidad sobre la que éste actúa], el trabajo autónomo y su disciplina (...)”<sup>338</sup>, en contexto así se defiende cada vez más la idea de la oportunidad de la ampliación del ámbito subjetivo del ordenamiento laboral, con el objetivo de incluir en su seno otros tipos de contratos y de prestaciones laborales y que pasan también, como defienden otros doctrinadores, por “la deconstrucción del Derecho del Trabajo”<sup>339</sup>.

Muchas son las denuncias, orientaciones, interpretaciones y propuestas motivadas por la situación del Derecho del Trabajo que va más allá de la crisis económica que experimentan las economías occidentales particularmente la europea y específicamente la española, cual sea, la incapacidad del Derecho del Trabajo de responder a la necesidad de protección de trabajadores que no gozan de los adjetivos de asalariado, subordinado o dependiente y que ellas son ejemplos de esta inquietud doctrinal, cuyo estudio será profundizado en los capítulos II y III de esta tesis.

---

<sup>335</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Incertidumbre y certezas del Derecho del Trabajo*, en la obra *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*. (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco. Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 59.

<sup>336</sup> Ídem, p. 59.

<sup>337</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>338</sup> PALOMOQUE LÓPEZ, M.C., *Sobre las “fronteras móviles” de Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, en AA.VV. *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo* (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco. Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 470.

<sup>339</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid 2010, p. 5 y ss.

En escenarios de crisis como este la participación de los trabajadores en la gestión, que venía ampliándose a escalones superiores de la empresa a niveles multinacionales (Directiva 94/45/CE) y después 2009/38/CE lo que significaba un importante giro en las relaciones industriales europeas con la legitimación de los representantes de personal, pero también se quedaba legitimado el trabajador para participar en algunas decisiones – no siempre de tipo productivista – y ser informado de sus condiciones de trabajo, como la Directiva 91/533/CE que establece: compone éste un básico elemento del “*management participativo*” y de la ideología de los recursos humanos, y por el momento forcejea con la otra tendencia, de participación colectiva.

Todo esto se queda perjudicado en sus concepciones normativas y alejadas de la práctica efectiva que reclama cambios levantados en la formulación a seguir.

### 3.2. Cuestiones del escenario que se propone para la participación

Sabiéndose que el derecho de participación en la empresa ya existe en el ordenamiento jurídico laboral desde la Constitución Española y el Estatuto de los Trabajadores y más recientemente en el Estatuto de los Trabajadores Autónomos no es preciso crearlo, en el máximo mejorarlo, o tornarlo más contundente para un ejercicio efectivo de la participación.

El camino para que se garantice la deseada efectividad de la participación como se encuentra hoy, pasa por tres medidas claves, que serán estudiadas en los capítulos II y principalmente el III, y las sugerencias para al final concluir la tesis.

La primera de las medidas claves pasa necesariamente en una fase inicial por la deconstrucción del concepto de participación en el ámbito del propio Derecho del Trabajo para permitir en una fase siguiente la refundación (o redefinición) del nuevo concepto que debe servir para abandonar de una vez para siempre la interpretación del significado del concepto y el uso del instituto de la participación que se ha hecho a lo largo de su existencia por las razones siguientes:

1) la participación no puede más ser entendida sólo como un derecho y sino también como un deber, o sea un derecho/deber del trabajador, lo que es explicado porque hay derechos que no pueden ser dejado de ejercerlos en cuanto responsabilidad por el emprendimiento que pasa a tener el trabajador al contratar trabajo, sea en su trabajo objetivando la producción, motivo de su contratación, sea el la participación por si o su representante, para agregar valor y cuidado en las decisiones de la empresa.

Para que se cambie del actual concepto e interpretación es preciso deconstruirlo;

2) el nuevo concepto que se sugiere para que sea implantado carece de nuevos fundamentos de ahí la refundación que pasa a ser, que todo y cualquier trabajo humano contratado con base en un contrato de trabajo, o sea un trabajo ajeno, dependiente, subordinado o no o mismo no dependiente, pero que resulte en trabajo productivo asalariado, implique necesariamente en un derecho del trabajador participar de las decisiones en la empresa, por si o su representante, y el correspondiente deber del empleador de reconocer y permitir el ejercicio de la participación.

Así se construye el concepto y su interpretación sobre el fundamento del debido valor al trabajo humano que se consagra con el efectivo ejercicio de la participación o por lo mínimo su facultad observada por el empresario, mismo cuando no desea ejercitarla el trabajador.

La segunda medida clave es la propuesta de inclusión de un principio entre los principios constitucionales fundamentales de la Constitución Española.

Es cierto que la Constitución ya trata de la participación, a empezar por el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 35.1) y la correspondiente libertad de empresa (art. 38) y la propiedad privada (art. 33.1), también al proclamar corresponder a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos (art. 9.2), reforzada por la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos (art. 10.2) en cuanto fundamentos del orden político y de la paz social y ya fuera de los derechos fundamentales determinar o los poderes públicos que promuevan eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (art. 129.2). Sin olvidar que el trabajo humano es el bien más valioso del trabajado, junto con su libertad y la propiedad cuando lo poseer, asegurar el debido valor al trabajo humano es una cuestión de justicia e igualdad de trato.

Complementario a la inclusión del principio del debido valor al trabajo humano debe ser la reestructuración del Derecho del Trabajo como se presenta ahora.

La tercera medida por lo tanto es ampliar las fronteras del Derecho del Trabajo colocándolas en una posición que abarque todas las personas que ejerzan un trabajo asalariado que no sea de la carrera de Estado o afines.

Del que se trata no es declarar la inadecuación o ineficiencia del ordenamiento jurídico laboral, mucho por el contrario es tomarlo viable a todos los que desarrollan una actividad reconocida con laboral y que no sea solamente para trabajadores subordinados o dependientes ajenos como tiene sido el Derecho del Trabajo, que tanto tiene servido a la paz social y la producción de bienes y servicios, para que este mismo

derecho pueda continuar a institucionalizar el conflicto como viene haciendo hasta ahora.

Lo que se espera es que la participación de los trabajadores se torne viable y efectiva con la restructuración de Derecho del Trabajo de los cuales se ocupará principalmente el capítulo III.

La gran virtud de los cambios que se propone es: que no hay que se construir todo un ordenamiento sólo restructurar el existente; no hay que instituir nuevos sujetos: empresario y trabajador, es solo acrecentar entre estos los que hace mucho se quedaban de fuera; el fundamento formal de la relación continua a ser el contrato de trabajo, que tan bien ha servido al actual Derecho con su respectiva relación laboral que se fortalece; por su vez, el objeto de la relación entre los sujetos continua a ser: los servicios contratados, la retribución salarial y la producción; el contexto que circunscribe la participación es el mismo inclusive sus centros de imputación normativa que se quedará reforzado por el nuevo concepto de participación de los trabajadores en la empresa y, el principio del debido valor al trabajo humano.

¿Quién gana con esto? Todos: empresario, Estado, sociedad y especialmente los trabajadores. Esta es la propuesta que se pretende defender en esta tesis en razón de la participación de los trabajadores en la empresa, cuyos elementos esenciales intervinientes se tratará a seguir.

### 3.3. Elementos esenciales en los escenarios propios de un ambiente de participación: los sujetos, las relaciones y el objeto

La importancia de este estudio está en el fundamento constitucional del labor humano desarrollado por cuenta propia o ajeno, desde que sea asalariado y esté sometido a alguna forma de dependencia, determinantes de un contrato de trabajo que hace con que el asalariado tenga derecho de participar del emprendimiento, no sólo con su fuerza del trabajo, sino por todo lo más que agrega a la producción y por lo que pueda favorecer a las decisiones.

Los fundamentos están establecidos desde el Preámbulo de la CE pasando por la ciudadanía de los arts. 9.2 y 10.1, pero más específicamente por los derechos relativos al trabajo de los arts. 35.1 y 129.2, donde se puede extraer que “todos los españoles tienen (...) derecho al trabajo (...) a la promoción a través del trabajo”, de ahí la necesidad de identificarse quien son estos españoles y que ahora interesan a esta tesis, y también, determinar a quien alcanzan “(...) las diversas formas de participación en la empresa (...)”. Determinar los sujetos o los posibles sujetos, la relación que se establece

entre ellos y el objeto del contrato que se forma es imprescindible para el estudio de la participación en la empresa.

Otra trascendental importancia asume la relectura del instituto de la participación de los trabajadores en la empresa y del conjunto del Derecho del Trabajo con una interpretación anclada en el debido valor al trabajo humano, que pretende elevar el labor en cuanto actividad que atiende y suple desde la más elemental a la más compleja necesidad de bienes y servicios desarrollado por el trabajador, esté ello bajo al ordenamiento laboral del trabajo ajeno, en el novel Estatuto del Trabajador Autónomo, en el Derecho Administrativo bajo del régimen estatutario, o aún, lo que es peor el trabajador que tiene estado al margen de cualquier protección en el labor, sujetándose a las reglas de un Derecho Mercantil, ocupado con las cosas del comercio donde el trabajo es más un insumo o una cosa con valor determinable, o en el Derecho Civil que funda las relaciones contractuales en una presunta igualdad que no existe en la relación laboral. En cuanto hubiere subordinación o dependencia, sea personal sea económica como la que existe hoy, jamás estará el trabajador al nivel de igualdad con su empleador, pero el punto de equilibrio puede ser promovido con el reconocimiento del debido valor al trabajo y su consuetudinario derecho de participación.

Lo que se tiene que fijar muy bien es ¿quien son los sujetos? Hay que identificarlos en sus peculiaridades y las implicaciones en las relaciones que se establezcan en el trabajo. Es preciso darles la importancia de la transcendencia que se despliega de una actividad realizada en la labor diaria que va, para el trabajador, mucho más allá del que lo vislumbra el empleador que le encomienda el trabajo y remunera. No se trata de una relación a más que ocurre en el medio social, como por veces tiene sido tratada.

No tiene cabida que en pleno siglo XXI aún se quiera valorar con el mismo instrumento de medida, o comparar los derechos relativos a la dignidad del ser humano en el desarrollo de las actividades laborales y sus implicaciones, con la relación y los derechos que dimanar de la propiedad y de la libre iniciativa, titulando el empleador de poderes cuya naturaleza se distancia en la medida inversa de la fuerza que los aproxima en una relación laboral, sin que haya un cierto equilibrio de poder. En situaciones así, la participación del trabajador en la empresa es una exigencia de dignidad de la persona en el trabajo, sea él cual fuera, pues funciona como un contrapoder equilibrando la relación entre las dos partes.

Las premisas de este trabajo de tesis doctoral sigue identificando los sujetos, las relaciones que entre ellos se establecen como también los objetos que justifican la existencia de una relación entre los contratantes para llegar a una realidad que está a exigir importantes mudanzas.

En el palco de la vida real como en el de la arte escénica los actores de los hechos tienen papel más importante que los escenarios y sus agregados, que se quedan sin vida o importancia por más que ofrezcan sensaciones, hasta el objeto pierde importancia. Esta es la razón en estos primeros momentos de enfocarse los sujetos de la participación y después los demás factores.

#### a) Los sujetos que actúan en un régimen de participación

No se ha de cuidar tan solo de los actuales sujetos de la actividad laboral y así de la participación, más inclusive los que no lo son actualmente, pero que deben ser alcanzados, incluidos y protegidos.

El régimen de participación es una situación típica del trabajo y de muy especial importancia que ha ganado atención por algún tiempo para unos, efectividad por otros, ninguna por legisladores de ciertos países, todavía, también hay situaciones en que él existe en la teoría, es decir, en la ley y en la doctrina pero no en la realidad.

- 1) El trabajador en un trabajo productivo, ajeno y subordinado o dependiente o mismo el trabajador sin adjetivo

Se vive hoy a la sombra de los cambios introducidos en los últimos cuarenta años en el modelo clásico de producción y de un mercado de trabajo que intenta acompañar las mudanzas que determinaron la enorme estratificación de los trabajadores, a ser tratada adecuadamente en los capítulos siguientes, pero por el momento exige identificar esos trabajadores, inicialmente so una grande división, los incluidos y los excluidos. De forma resumida se podría

hacer la siguiente clasificación: trabajadores subordinados; autónomos; trabajadores fijos en la empresa y en la administración (funcionarios); trabajadores temporales o nómadas (en la empresa y en la Administración) (Interinos: peor que los laborales); trabajadores sumergidos; y parados. Y como *tertium genus*: los inmigrantes<sup>340</sup>.

y tantos otros. En efecto, identificase los sujetos laborales que por fuerza de norma tiene reconocido el derecho a la participación y los que deben ser alcanzados y a ellos deferido el derecho por un imperativo de igualdad, ciudadanía y dignidad de la persona que trabaja.

---

<sup>340</sup> SARGADOY BENGOCHE, J. A., *Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo*, en AA.VV. Crisis, Reforma y futuro del Derecho del Trabajo, (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos) en AA.VV., coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, pp. 48 y 49.



- El trabajador

Por un proceso de perfeccionamiento y depuración legislativa expreso en el art. 1.1 LET, uno de los sujetos del contrato de trabajo es identificado como trabajador cuando, “voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

El trabajador, así entendido, es el sujeto de la participación y es con su trabajo productivo que encarna el derecho de participar de las decisiones que pueden afectar o cambiar los rumbos de la empresa, o sea, ayudando en su gobierno e interfiriendo en la producción en última análisis, mismo que por representación.

- Trabajo productivo

No es cualquier actividad de labor que tiene el don de tornarlo sujeto de derecho en el esfera laboral, hay que ser en un labor que resulte en un producto o servicio contratado, es decir una actividad productiva de la cual será titular el contratante ajeno, como ocurre hoy, o en función de la “laboralización”<sup>341</sup> del trabajo autónomo inclusive. Así, para que sea considerado productivo el trabajo humano carece atender a los aspectos a que se debe reflexionar.

“El hombre trabaja, esto es, actúa inteligentemente bien sobre su medio natural o físico, manejando materia – trabajo manual -, bien sobre su medio cultural o social, manejando signos o símbolos – trabajo intelectual”<sup>342</sup>, esto es un designo que hace parte de la vida humana y que el hombre no consigue huir siempre, temprano o más tarde tendrá de adherir, hasta porque vive en sociedad.

Para que sea considerado trabajo, objeto de este estudio, la actividad humana ha de exteriorizarse, porque “[...] llamar trabajo a la actividad intelectual pura no exteriorizada, al mero goce moral o estético, sería identificar trabajo con contemplación [...]”<sup>343</sup>.

El ocio y el estado de contemplación mismo que haya una actividad intelectual o cuando el sujeto descansa en sí mismo en su mundo interior no hay trabajo, pues el trabajo es una actividad transitiva que comienza en el sujeto humano y es dirigida hacia un objeto externo. Así el trabajo que se cuida es el que resulta de acción o de una

---

<sup>341</sup> MORGADO PANADERO, P., *Prólogo de Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P., coord.), Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 14.

<sup>342</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 46.

<sup>343</sup> ARISTÓTELES citado por ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 46.

práctica, separándolo así de la especulación o del teórico que no interesa para nada al mundo, no constituye un acontecimiento relevante en el tiempo.

Tanto es objeto del Derecho del Trabajo el trabajo que resulta de una actividad manual como de la intelectual, desde que haga una comunicación interpersonal con el exterior.

La distinción es relativa y gradual; la exteriorización da consistencia física al actuar intelectual humano, y por ello siempre implica alguna modificación del mundo exterior, de un lado; y de otro, el trabajo manual, en cuanto 'transitivo', necesita de signos y símbolos para comunicarse con los demás, y en cuanto predicado del hombre, supone su acto de inteligencia sentiente [...]<sup>344</sup>.

Es innegable que existe actividad cuando el hombre "pone [...] como finalidad de su esfuerzo procurarse los bienes precisos para su subsistencia; o provisto de éstos por su propio esfuerzo o el de otros, dirigir su actividad al entretenimiento de su ocio, a su formación personal o a la práctica del altruismo"<sup>345</sup>. Todo esto es trabajo del hombre, pero sólo es productivo aquello que tiene como causa final la subsistencia de quien trabaja o sea el primer citado.

Así se puede definir el trabajo productivo como aquel a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para subsistir, siendo indiferente en este momento de la indagación que el fruto directo de su trabajo sea un bien consumible directamente o uno que sirva para procurarse otros directamente consumibles, un bien que resulte de su trabajo singular o del trabajo cooperativo.

Las necesidades de la comunidad son satisfechas por el trabajo productivo individual que tendrá una rentabilidad o productividad social. El atendimento a las necesidades ocurre por medio de complejos procesos de intercambio que se desarrollan en una sociedad montada sobre la división de trabajo en la que, como previa Karl Marx "la apropiación inmediata de los frutos no es el fin de quien trabaja"<sup>346</sup>, menos aún el autoconsumo, pero también no el trabajo benévolo, inmediatamente dirigido a satisfacer necesidades sociales, aunque no sea un indiferente jurídico, queda fuera del que será el objeto de nuestro estudio.

Sólo la labor productiva torna el trabajador sujeto del derecho de participar en la empresa.

---

<sup>344</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 47.

<sup>345</sup> Ídem, p. 47.

<sup>346</sup> KARL MARX, citado por ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 48.

- Trabajo por cuenta ajena

En el estado natural de las cosas los frutos que resultan del trabajo del hombre pertenecen al ejecutor del trabajo. Pero, en razón de la división social del trabajo de que se habló y el Derecho Laboral que lo conforma, cuando el trabajo es subordinado no se observa aquel orden, así los frutos del trabajo son atribuidos inicialmente y directamente a una persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo. La atribución ocurre en virtud de una singular relación entre el trabajador y el adquirente de los frutos, la relación de ajenidad, estructurada jurídicamente de formas muy diversas y peculiares, que preexisten a la ejecución del trabajo.

Régimen diferente parece seguir el producto de trabajo del autónomo o por cuenta propia, donde quien trabaja retiene la titularidad inicial de los frutos de su trabajo, aunque a posteriori disponga de ellos también por títulos jurídicos varios, en pro de quien lo contrata.

A principio, sólo el trabajador por cuenta ajena es objeto del Derecho del Trabajo, todavía por aproximación o analogía alcanza formas autónomas de trabajar cuya regulación deja, o se reservan otros sectores del ordenamiento jurídico, incluso hoy con estatuto propio.

Es importante fijar que la atribución de los frutos al tercero en el trabajo por cuenta ajena es inicial u originaria, “la ajenidad consiste precisamente en esto: *ab initio*, desde el momento mismo de su producción, los frutos son del ajeno, no del trabajador”<sup>347</sup>.

Salvo pocas excepciones la productividad individual del trabajo se combina con su productividad social, esto es resultado de la división social del trabajo “[...], en virtud de la cual ‘el trabajo de un hombre se conecta naturalmente con el de otros’, y por la cual, al extenderse el ámbito de los socialmente relacionados, ‘hoy más que nunca, trabajar es trabajar con otros y para otros’ [...]”<sup>348</sup>.

Todavía, tal división continúa siendo posible con el individuo trabajando por cuenta propia o en unidades empresariales ofreciendo como fruto de su trabajo aislado productos terminados aptos para el consumo directo, es así con el género autónomo.

Hodiernamente la complejidad de los frutos y su enorme demanda, exigencia de los estadios progresivos de civilización y cultural requieren la concurrencia de trabajo de muchos y en consecuencia pide que éstos se repartan entre sí las tareas necesarias para su producción. Este nuevo fenómeno no sólo refuerza, sino que trasciende la división social del trabajo penetrando en su entraña y generando su división material,

<sup>347</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 50.

<sup>348</sup> Ídem., p. 54.

provocando transformaciones en las empresas y en la vida y el comprometimiento del trabajador.

- Trabajo subordinado o dependiente

Trabajo subordinado

La subordinación, como tipo identificador de una situación propia de un trabajador, no tiene un concepto o definición consolidada como categoría jurídica, así es que en España la jurisprudencia se utiliza del sistema de juicio de aproximación o “La sabia utilización jurisprudencial del sistema de indicios orientado en función de lo que Sala ha llamado ‘el ángulo de la duda’, es decir, las alternativas posibles en la calificación jurídica”<sup>349</sup>.

En este sistema de indicios se tiene el carácter personalísimo de la prestación, el cumplimiento por el trabajador de una jornada u horario de trabajo, el ejercicio por el empresario de poder organizativo, directivo y disciplinario, la unidad o pluralidad de destinatarios de la prestación laboral, la asiduidad en la prestación laboral, la aportación de medios e instrumentos de trabajo, el modo de calcular la remuneración, la apropiación empresarial del bien o producto elaborado.

Los intentos doctrinales laboralistas muestran el desasosiego ante una fórmula descriptiva y elástica como la de la subordinación, lo que ha llevado en su gran mayoría a intentos de reducción de la visión pluralista de la subordinación que postula el sistema de indicios a la unidad.

La realidad es que “cada una de las tesis doctrinales destaca un de los efectos jurídicos de trabajo por cuenta ajena”<sup>350</sup> y la ajenidad en sus diversas manifestaciones constituyéndose en “intentos ‘fallidos’ cuando se las presenta con pretensión totalizadora, por su manifiesta incapacidad para abarcar la complejidad de lo real”<sup>351</sup>. Así es que ninguna de ellas ha podido definir la subordinación probablemente porque la subordinación no sea susceptible de definición, y ellos justamente por su carácter eminentemente descriptivo. Sin embargo la subordinación es una cualidad del trabajo que, ante el caso concreto, la jurisprudencia es capaz de percibir.

Trabajo dependiente

El mero sometimiento del trabajador a las instrucciones del empleador es una concepción imprecisa de la dependencia. Todavía se queda configurada la dependencia cuando el trabajador se pone a disposición de otra persona, esto es, cuándo pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquél. Es el

<sup>349</sup> COBOS ORIHUEL, F. P. DE LOS, *El trabajo subordinado como tipo contractual*, ACARL, Islas Baleares, p. 40.

<sup>350</sup> DE LA VILA, L. E., *Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español*, CCDT, n.º. 4, 1972, p. 11.

<sup>351</sup> COBOS ORIHUEL, F. P. DE LOS, *El trabajo subordinado como tipo contractual...*, Op. Cit., p. 43.

rasgo de una vinculación personal que hace de un trabajador un dependiente y no un autónomo.

La disponibilidad se traduce en el momento de la realización de la inclusión del trabajador en la plantilla de la organización de personal de la empresa. La marca exterior más característica como síntoma de la existencia de la dependencia es por lo tanto la incorporación del trabajador a la empresa del empleador.

La dependencia personal tiene diferentes grados y lo que es decisivo para afirmar la existencia de una relación de dependencia es que esté basada en una puesta a disposición de la fuerza de trabajo y que tenga un alcance importante. Es por medio de este alcance que se reconoce la importancia del grado de la dependencia, el elemento no solo cualitativo sino también cuantitativo que hay en ella.

Ahora si puede afirmar que dependencia no es un concepto rígidamente variable, ya que no es un concepto firme e inmovible sino que tiene un cierto carácter indeterminado.

Así es que “la dependencia no es un concepto jurídico formal inventado por el jurista sino una realidad fáctica que sociólogos y economistas han puesto de relieve. Si el Derecho prescindiera de la dependencia desconocería la realidad de las relaciones que tienen lugar en la vida del trabajo”<sup>352</sup>.

En el Derecho positivo español el requisito de la dependencia aparece claro, preciso e indubitadamente en la propia definición legal del contrato de trabajo, a despecho de la opción doctrinal por la ajenidad por un largo tiempo, pero hoy esto viene cambiando, pues la dependencia crece de importancia, mismo que para identificación de los no dependientes.

- Trabajo autónomo

Transformaciones del trabajo subordinado para el autónomo

La edificación del Derecho del Trabajo se ha reposado tradicionalmente sobre el trabajo asalariado, dependiente y por cuenta ajena, a despecho de las fronteras móviles que durante muchos años ha servido para cumplir su objetivo de institucionalizar el conflicto y promover la paz social con un ámbito de aplicación bien definido. Todavía la elasticidad de sus institutos ha perdido la capacidad de abarcar la proliferación de nuevos retos laborales en una economía de reglas volátiles y sujeta a crisis de toda orden que torna cada vez más inestables las relaciones en el mercado de trabajo con aparición de nuevas figuras jamás imaginadas para sustituir funciones y ocupaciones consagradas en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>352</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M., *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, Revista de Política Social, Sevilla 1966, nº. 71, p. 161.

El trabajo autónomo ha acompañado de una posición paralela el desarrollo del ordenamiento laboral, en cuanto aquello sigue su tímido progreso aceptando pacíficamente la regencia del Derecho Civil y Mercantil. Sin embargo las transformaciones introducidas a partir de los años setenta en el sistema de producción ha rompido con el equilibrio entre los modelos de contratación con un avance considerable provocado por la opción de las contrataciones, que antes se hacían predominantemente por el contrato de trabajo asalariado y subordinado dejando una pequeña parcela para el trabajo autónomo y que, a partir de estos nuevos fenómenos pasa a tener un crecimiento constante incluso por las políticas de empleo en estos tiempos de crisis, que fomentan la búsqueda por el trabajo autónomo para combatir el paro a punto de desarrollarse una “laboralización excepcional”<sup>353</sup> del trabajo autónomo con el Estatuto del Trabajo Autónomo, plenamente justificable por la búsqueda de garantizar el derecho constitucional a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo.

Situado fuera del ordenamiento laboral el trabajo autónomo a partir de su Estatuto tiene un régimen propio manteniendo “un cordón umbilical que asegure de modo excepcional una laboralización parcial y discrecional de la institución, cuando convenga a razones de política social y en aras de la extensión social de los derechos instalados en la relación de trabajo asalariado”<sup>354</sup>, saliendo de una posición marginal o desplazada que ha mantenido dentro del funcionamiento del sistema industrial de producción de bienes y servicios.

En los tiempos actuales el trabajo autónomo prolifera en países de elevado nivel de renta, en actividades de alto valor añadido, como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones, constituyendo una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie, junto a la figura de lo que podría denominarse autónomos clásicos titulares de un establecimiento comercial, agricultores o profesionales diversos que han llegado a ser cada vez más importantes y numerosos en el tráfico jurídico y en la realidad social.

Siendo cierto que esta forma de producir ha “preexistido incluso al trabajo asalariado libre”<sup>355</sup> no es menos cierto que al apareamiento del proceso industrial y de

---

<sup>353</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Sobre las “fronteras móviles” de Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, en AA.VV. Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010, p. 465.

<sup>354</sup> Ídem, p. 467.

<sup>355</sup> MOULIER-BOUTANG., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, 1ª edición, Akal, Madrid 2006. Citado por LOPÉZ I MORA, F., Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (coord.), Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo. Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 34.

automación de la producción ha perdido de mucho la hegemonía para en una fase actual ter alterada profundamente su fisionomía incluso con la multitudinaria forma de su empleo en la producción de bienes y servicios, alterando su funcionalidad socioeconómica en los últimos treinta años, con nuevas formas de su empleo que no más se circunscribe únicamente al trabajo por cuenta propia, para atender a los reclamos de una economía que “escapa a lógica del fordismo: la globalización y financiarización de la economía, la descentralización y externalización sistémica de obras y de servicios, el impacto de las nuevas tecnologías, la apuesta por las modalidades del trabajo precario, autónomo, asociado y a la huida de la contratación laboral”<sup>356</sup>.

Todavía, es también cierto que el final del siglo XX e inicio del XXI hubo muchas quiebras de paradigmas, de entre ellos los organizativos y de funcionamiento empresarial, y que presionan a los trabajadores hacia una modalidad de empleo con pocos derechos, extremadamente flexibles y muy frágiles en suma: entre ellas las que se desarrollan formalmente por cuenta propia o de manera semiautónoma.

Esa característica de adaptabilidad de forma y función del trabajo por cuenta propia pone algún referente más, “los valores nada neutrales de una posmodernidad líquida, rampante y refeudalizadora”<sup>357</sup> que constituyen elementos determinantes a la hora de explicar los nuevos paradigmas, y que tiene sido objeto de preocupación y normativización como es ejemplo el “Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo 639/2010”<sup>358</sup>, que trata del trabajo autónomo y el propio Estatuto del Trabajo Autónomo en España.

---

<sup>356</sup> LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 34.

<sup>357</sup> Ídem, p. 34.

<sup>358</sup> Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo, SOC/344-CESE 639/2010, Nuevas tendencias del trabajo autónomo: el caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente, de 29 de abril de 2010, p. 6. Que dispone textualmente: “hay una serie de factores que pueden encontrarse en el origen de la aparición de los ‘nuevos’ trabajadores autónomos, es decir, los trabajadores que ejercen actividades que *a priori* no se integran en los marcos tradicionalmente establecidos para las profesiones independientes, como los agricultores o las profesiones liberales. Es posible así pensar en varios fenómenos: 1) las estrategias de las empresas, y en particular ciertas formas de externalización del empleo; 2) la emergencia de nuevas necesidades sociales que deben ser satisfechas, relacionadas en especial con los cambios demográficos y con el envejecimiento de la población; 3) cambios que afectan a la mano de obra, como el aumento del nivel de formación de las poblaciones; 4) el aumento del número de mujeres que se incorporan al mercado laboral; 5) las necesidades de incorporación al empleo de categorías vulnerables excluidas del mercado de trabajo; para estas poblaciones, el trabajo autónomo puede constituir, en determinados casos, una alternativa al desempleo; 6) el deseo de determinados trabajadores de articular mejor su vida profesional y su vida privada; 7) el crecimiento de los servicios y las oportunidades nuevas que brindan las tecnologías de la información y de la comunicación”.

### Tipología del trabajo autónomo

Desde luego es importante advertir que sin ningún género de dudas, cualquier tentativa de ordenar y clasificar con precisión a quienes realizan un trabajo por cuenta propia y de carácter autónomo constituye una ardua tarea. Esto se confirma por no poseer una noción “unívoca ni en ámbito jurídico ni tampoco en el marco de otras disciplinas sociales; de hecho en nuestro vigente ordenamiento no existe una definición unitaria a la que aferrarse, existiendo diversas y no siempre coincidentes acotaciones según a qué parcelas de aquél nos refiramos (laboral, seguridad social, fiscal, mercantil, etc.)”<sup>359</sup>.

El trabajo por cuenta propia o autónomo muchas veces es identificado como una situación de autoempleo, demostrando que no existe una noción homogénea y cerrada al respecto, resultando como ocurre en el marco de las estadísticas nacionales (INE) o internacionales (OCDE) donde este colectivo engloba importante sector de población activa, diferenciado de la asalariada, que dispone de los medios, técnicas y equipos para trabajar en su negocio como propietario o con un derecho de uso y disfrute sobre la propia infraestructura productiva, facultades decisorias en su actuación económica y financiera enfatizada pela asunción de riesgo empresarial o la organización, dirección, control y responsabilidad sobre el desarrollo de la actividad que muchas veces contrata.

Por caracterizarse por una forma de empleo tan diversificada, que frustra cualquier planteamiento sectorial de profesión u oficio o de legalidad, resulta así que “el trabajador autónomo es posible desglosarlo en muy diferentes figuras si tenemos en cuenta sus propios perfiles en el plano de la inserción profesional (origen, calidad y cantidad de las condiciones profesionales)”<sup>360</sup>. Es posible pensar en “tipos ideales, cuyas fronteras resultan imprecisas en ocasiones y que pueden perfectamente cruzarse e intercomunicarse entre si, cabe identificar hasta cinco concretas modalidades: emprendedor, autónomo socializado, autónomo obligado, autónomo por azar y autónomo fluctuante”<sup>361</sup>.

Otra tipología lleva en consideración los principales segmentos del trabajo autónomo, aún que se revele una potencial contradicción y polarización entre ellos por causa de una cierta estratificación económica, una diversa percepción y problemática profesionales y a un conjunto de relaciones más dispares en relación al mercado, los poderes públicos y los agentes sociales, así es que hace parte de esa tipología: “el

---

<sup>359</sup> LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 38.

<sup>360</sup> Ídem., p. 39.

<sup>361</sup> ZURDO ALAGUERO, *El trabajo autónomo: una aproximación cualitativa. Avance de resultados*, Revista Documentaria Laboral, 77/2006, p. 51 y ss.



autónomo ‘sólo’, el autónomo ‘empresario’, el autónomo ‘económicamente dependiente’ (TRADE mono o multidependiente, del sector privado o del sector público) y el autónomo ‘administrativamente’ dependiente”<sup>362</sup>. Por su singular y peculiar régimen jurídico cabe añadir al elenco citado la figura de TRADE profesional liberal y la del TRADE que presta sus servicios a distancia en el teletrabajo.

Todavía siempre ha existido paralelamente a la tipología presentada una distinción elemental entre el autónomo propiamente dicho (o persona física) que trabaja solo o con ayuda de familiares (colaboraciones familiares para la Seguridad Social) y aquel que recurre a la contratación de asalariados a su servicio (empresarios para efectos laborales art. 1.2 de la LET). Sin olvidar de los becarios, voluntarios o “del ‘falsos autónomos’ como forma de enmascarar fraudulentamente una relación laboral subordinada y por cuenta ajena, o de sociedades personalistas o de capital y trabajo (cooperativa, sociedad laboral, colectiva o comanditaria)”<sup>363</sup>. En verdad son microempresas en la que se ejecuta una actividad profesional de autónomos organizados en comunidad productiva.

#### Definición legal de trabajador autónomo

Por el enunciado del art. 1 LETA serán considerados autónomos aquellas “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

Excluyéndose la parte final del enunciado del art. 1 LETA y sustituyéndose trabajador por cuenta propia por trabajo por cuenta ajena y añadiéndose la dependencia, como enseña el doctrinador “sustancialmente, se tiene la definición legal del trabajador asalariado (art. 1 LET). Esa radical contraposición es el fundamento de la disposición final primera LET: el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”<sup>364</sup>.

Todavía no se agota en el enunciado la definición de autónomo establecida por la LETA que se completa con los siguientes supuestos legales de inclusión: los socios industriales; los comuneros; la gerencia de sociedades controladas y los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Trae también “como supuestos de exclusión, los siguientes: el trabajo asalariado y, consecuentemente, los contratos

<sup>362</sup> ZURDO ALAGUERO, *El trabajo autónomo: una aproximación cualitativa. Avance de resultados*, Revista Documentaria Laboral, 77/2006, p. 51 y ss.

<sup>363</sup> LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (Coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 40.

<sup>364</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2011, p. 519.

especiales de trabajo y añade, además, un supuesto fronterizo, la actividad de mero desempeño de cargo de consejero de sociedades (arts. 1 y 2 LETA)<sup>365</sup>.

Por su vez en el art. 1.1 la LETA conceptúa y delimita el ámbito subjetivo cuando establece que el autónomo económicamente dependiente son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominantemente para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Establece aún “condiciones”<sup>366</sup> Y que, para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente.

“La urgencia de proteger a profesionales contratantes débiles sigue en pie y avanza veloz, y por eso esta operación realizada por la Ley 20/2007”<sup>367</sup>, que no sana las dolencias del mercado, al que esta ley funciona como lenitivo, pero no lo resuelve como se verá en Capítulo III.

- El trabajador con y sin adjetivo

El trabajador con adjetivo

Esta forma sencilla de identificar o mismo agrupar trabajadores que están reconocidos y amparados por una norma reglamentaria del derecho consagrado en la Constitución cuando atribuye a todos los españoles el derecho al trabajo y la libre elección de profesión u oficio y aún más, derecho a la promoción a través del trabajo. Los ejemplos más expresivos de la reglamentación de tales derechos son el Estatuto de los Trabajadores para el trabajador asalariado, subordinado, y por cuenta ajena y el Estatuto del Trabajo Autónomo para los autónomos y autónomos económicamente dependientes. Siendo que la clave diferencial entre estos colectivos es estar bajo la organización, órdenes y por cuenta ajena y por cuenta propia respondiendo por los riesgos de su emprendimiento.

<sup>365</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2011, p. 519.

<sup>366</sup> Condiciones que el trabajador autónomo económicamente dependiente debe reunir: no ser empleador de trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda su actividad con terceros; no prestar sus servicios al cliente de manera diferenciada con trabajadores que presten trabajo a este; tener una propia organización con infraestructura productiva y material propio independiente de la del cliente, aunque de este pueda recibir indicaciones técnicas; percibir una contraprestación económica en función del resultado, asumiendo el riesgo y de acuerdo con lo pactado con el cliente; comunicación del autónomo a su cliente principal de su condición de TAED (art. 2.2 RD 197/2009 y STSJ Castilla y León, de 12/5/2010, A. 1732). El trabajo del TAED se rige por el régimen común de los autónomos y, además, por un conjunto de peculiaridades que LETA y otras fuentes normativas disponen para regir el autónomo económicamente dependiente, pero que no requiere registro en esta parte del estudio.

<sup>367</sup> LÓPEZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 55.

Hasta la aprobación de la LETA la distinción básica que se hacía de los trabajadores en España era bipolar, es decir, el trabajador o era asalariado, subordinado y por cuenta ajena o era autónomo. Hoy ha cambiado, con la creación de este *tertium gennus* entre ellos, el trabajador autónomo económicamente dependiente que se asemeja al cuasitrabajador de Alemania, parasubordinado de Italia, o el trabajador en sentido *lato* (*worker*) del Reino Unido, hay aumentado el abanico de opciones para clasificar o no el trabajador.

Todavía en este trabajo no se ha de olvidar de los servidores del Estado contratados o con su estatuto propio y normas de Derecho Administrativo, ya que se va a proponer una unificación de los trabajadores, sea para reducir o suprimir desigualdades de tratamiento, sea para unificar e incluirlos todos bajo el mandato del derecho que tiene como trazo común el labor en un Estado social y democrático, mismo aquellos que se encuentren bajo el Derecho Civil o Mercantil, excepción hecha a la carrera de Estado que huye del tema de esta propuesta de tesis.

Otros son los “profesionales desclasados por su incorporación a grandes empresas y organismos públicos”<sup>368</sup>, con relación plenamente laboral, de contrato de trabajo y muchas veces como sujetos de una relación laboral de carácter especial como es los abogados en bufete ajeno o artistas en espectáculos públicos, de alguna forma adjetivadas.

Partiendo de la idea de que quien no es empleado ni tampoco autónomo económicamente dependiente es autónomo alcanzado o no por la LETA, caracterizado por el trabajo informal de los pequeños vendedores callejeros, tenderos, cuentapropistas, aparcacoches, buhoneros o manteros, por veces con alguna legislación en países emergentes. Estos son trabajadores sin adjetivos, es decir, no protegidos por la legislación reglamentaria tratada a seguir.

#### El trabajador sin adjetivo

Hasta ahora se ha tratado de los trabajadores amparados por un régimen legal en el cual se incluye el autónomo con sus normas propias. Existe hoy, sin embargo, una multiplicidad de formas de trabajo no alcanzadas por la ley que se prolifera y surge en la medida que el legislador encuadra algún tipo de actividad con la protección legal o extiende la existente. Muchas veces son “estrategias de las empresas, y en particular ciertas formas de externalización de empleo”<sup>369</sup>, la creación por el mercado de figura no alcanzada por el legislador laboral.

<sup>368</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La desconstrucción del Derecho del trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 379.

<sup>369</sup> LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (Coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, p. 35.

A ese trabajador aún sin adjetivo también se desea alcanzar en esta tesis sobre participación, que pretende colocar toda y cualquiera persona que desarrolle una labor asalariado, dependiente, por cuenta ajena y por cuenta propia, bajo la protección de un ordenamiento jurídico laboral. Esta identificación es necesaria porque la otra parte del contrato de alguno tipo de trabajo está perfectamente identificada y protegida, es el empresario.

La pertinencia de la inclusión del trabajo autónomo allá del subordinado ajeno y también del trabajador sin adjetivo en el contenido de la tesis es porque es frecuente surgir dudas, mismo que como base de argumentación doctrinal, refiriéndose al trabajo autónomo sobre el anclaje de los derechos.

No tengo dudas sobre la constitucionalidad genérica o global de esta iniciativa parlamentaria. Lo que no veo tan claro es que exista un mandato expreso en ese sentido leyendo nuestra Carta Magna, salvo que se interprete y argumente que su artículo 35.2, como por cierto lo hace el Preámbulo de la Ley 20/2001 (sic) constituye el basamento de semejante obligación<sup>370</sup>.

Parece correcto el entendimiento del legislador ordinario de que los arts. 35.1 y el 35.2 CE alcanzan el trabajador asalariado, subordinado, y ajeno, también el autónomo, pero también todos los demás trabajadores, o sea los sin adjetivo, a no ser así no comenzaría el enunciado del art. 35.1 incluyendo “Todos los españoles (...)” y sin tan solo el trabajo ajeno. O tal vez en el 35.2 CE al envés de “La ley regulará un estatuto de los trabajadores”, diría “(...) un estatuto del trabajo subordinado, o ajeno, o dependiente”, pero no es así.

De la misma forma parece no ser menos verdad que el enunciado del art. 129.2 de que “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (...)” debe aplicarse a todo y cualquier trabajador asalariado, derecho que ya es reconocido a el trabajo ajeno y subordinado, pero en relación al autónomo y autónomo económicamente dependiente la LETA no lo ha reconocido en la extensión que lo ha hecho la LET. La razón de reconocer el derecho a la participación en la empresa a todos los trabajadores es porque hace parte del entendimiento de que solo así habrá el debido valor al trabajo humano, presupuesto del desarrollo de la personalidad y de la democracia y ciudadanía en el trabajo en la empresa e igualdad.

A no ser así, lo que es peor, el legislador constituyente habría enunciado en el art. 35.2 CE “Los españoles (...)” que desarrollaren un trabajo ajeno (...), o de otra forma, “Todos los españoles tienen el deber de trabajar (...)”, pero sólo los que desarrollen un

---

<sup>370</sup> LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (Coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 57 y 58.

trabajo ajeno tiene derecho al trabajo (...), lo que huiría al espíritu de la Constitución previsto en su preámbulo, bien como los arts. 1, 9, 10, y otros, hiriendo principios básicos de los derechos del ser humano que trabaja.

Estos son motivos suficientes para que si piense en un Derecho laboral de horizontes largos, de fronteras desplazadas o ajustables, que algunos doctrinadores más osados llamarían de un Derecho a *la carte* o los más prudentes Derechos de rayas concéntricas. Él será objeto en esta tesis para tornar posible y viable de forma efectiva y actual la participación de los trabajadores en la empresa.

## 2) Empresario, empresa, sociedad y empleador

Mismo dispensando una análisis más criteriosa, es notoria la posibilidad de confusión entre empresario y empresa, pero esta, como institución asociativa, comprende a los empresarios y a los trabajadores, es una comunidad organizada de prestaciones a despecho de abarcar una serie de medios materiales precisos para la finalidad a la que si dirija. De otra parte existe la tendencia a personificar y aun a confundir la empresa con el empresario societario. Las confusiones pueden ser disipadas por dos apuntes:

En primer lugar, la terminológica: empresario es la expresión normal en la práctica y doctrina jurídica española y la consagrada por los textos positivos aunque éstos usen ocasionalmente la sinónima de empleador, lo que también se hará en esta tesis.

Empleador como sinónimo de empresario es utilizada por la OIT en las publicaciones en español y por una vez en el art 1.1 LET, pues en lo más usa el término empresario, así también para los franceses *employeur*, ingleses y norteamericanos *employer*, para los italianos *dattore di lavoro* o la alemana *arbeitsgeber*.

Por segundo puede derivarse por el uso de la expresión empresario por disciplinas no jurídicas como “la Sociología (ramas importantes de la cual son la de industrial y la de empresa) y para la Economía, el empresario es el organizador de la producción, el que ostenta de hecho los poderes directivos de la empresa, incluido, en su caso, el de mando sobre los trabajadores”<sup>371</sup>.

Puede ocurrir que en empresas individuales los empresarios en sentido sociológico y económico nunca coincidan las nociones, pues jurídicamente el empresario es la sociedad o persona jurídica, todavía el llamado empresario económico es un socio o trabajador al servicio de la empresa, puede ser trabajador de régimen común o en régimen especial o un exceptuado precisamente por su carácter de

<sup>371</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Civitas, 23ª ed., Madrid 2005, p. 203.

directivo actuando individualmente o en órganos colegiados como un consejo de administración u otro de dirección.

- Empresario

Concepto de empresario

El art. 1.2 LET establece que “serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior [...]” o sea los trabajadores subordinados o dependientes y que no estén entre los excluidos do 1.3, también de la LET, como funcionarios públicos y otros.

A partir de estos elementos se tiene conceptos fornecidos por la doctrina hacia la cual empresario es la persona natural o jurídica “parte en el contrato de trabajo que en virtud de éste hace suyos originariamente los frutos de trabajo contractualmente prestado, obligándose a remunerarlos. Jurídicamente el empresario es, pues, la parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar y que a su vez asume la obligación de remunerar<sup>372</sup>.

De otra forma empresario es la persona física o jurídica (pública o privada) o agrupación sin personalidad que “recibe el trabajo que presta el trabajador asalariado. No hay un concepto autónomo de empresario o empleador, sino resulta, traslativo o reflejo, de una determinada posición jurídica, la de recibir el trabajo asalariado fundado en el título del contrato de trabajo<sup>373</sup>.

Preferencia del derecho positivo

El sujeto del contrato que ofrece y recibe el trabajo se le denomina empresario o empleador, esto es, los dos términos que son utilizados con valor de sinónimos por el art. 1.1 LET. El término empleador como el que emplea trabajadores destaca una faceta, importantísima sin duda, pero no única, de la actividad del empresario que es un término mucho más amplio referido a la capacidad para organizar un sistema productivo determinado.

Es oportuno advertir que: por lo más que el término empleador destaque con precisión la propiedad del empresario como sujeto del contrato, por cuestión de coherencia se debe usar el término empresario como sujeto del contrato y de la relación laboral porque es el preferido por el ordenamiento jurídico español.

<sup>372</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Civitas, 23ª ed., Madrid 2005, p. 203.

<sup>373</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 497.

### Condición de empresario

Como establecido por la legislación laboral, empresario puede ser persona natural o jurídica o el sujeto de derecho desprovisto de personalidad, así es que el contrato de trabajo para quién recibe el servicio y lo remunera, no tiene carácter personalísimo, de ahí que la actividad del contrato se puede ejercer por representación siendo incluso la posición de empresario intercambiable por los mecanismos sucesorios previstos en ley.

Es irrelevante para las relaciones laborales la tipología de empresario, es decir, de forma general carece de importancia si el empresario es persona física o jurídica, pero en algunas situaciones siendo física la muerte puede generar consecuencia. Sin embargo, es relevante si el empresario es público o privado o sea de los sectores público o privado por el tratamiento dispensado por la ley. Discurre del modelo económico constitucional la relevancia esencial de la libertad de empresa señalada por el art. 38 CE, pero también por la presencia del Estado “a través de la potestad de planificación de la actividad económica y del reconocimiento a su propia iniciativa empresarial (arts. 38, 128.2 y 131 CE), convirtiéndose así en un agente económico y social de primera magnitud, subordinado inexcusablemente a la búsqueda de los objetivos del artículo 9.2 CE”<sup>374</sup>.

Existe, hoy, esencialmente dos tipos de relaciones jurídicas para atender las demandas del sector público prestando trabajo a los empleadores públicos, a saber: la funcional y la regulada por el contrato de trabajo. Como es posible ver son dos regímenes jurídicos diferentes, con apoyo constitucional distinto, por lo que no tienen una convivencia pacífica, lo que no los inviabiliza de una permanente ósmosis de tal suerte que el derecho regulador de la función pública a despecho de sus características se interrelaciona con técnicas de Derecho del Trabajo para la conformación del vínculo estatutario (regulación salarial, clasificación profesional, regulación de la representación sindical, de la negociación colectiva o de la situación de derecho de huelga). Incluso puede afirmarse que el Derecho del Trabajo, aplicable a los trabajadores del sector público, se singulariza con particularidades especiales al actuar en este ámbito (STS 3-6-1994, A.5402).

Para la Ley General Presupuestaria el sector público engloba: a) Administración pública, incluida la Seguridad Social; b) empresas públicas; e c) instituciones financieras públicas. Por su vez, la Ley Orgánica de Tribunal de Cuentas considera sector público: a) la Administración del Estado; b) las Comunidades Autónomas; c) las Corporaciones Locales; d) las Entidades gestoras de la Seguridad Social; e) los Organismos Autónomos; y f) las Sociedades estatales y demás empresas públicas. Así,

---

<sup>374</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 498.

allá de las empresas privadas, pueden ser empleador y por tanto empresarios estos sectores de la administración pública, y es en este sentido el interés de su estudio en este trabajo de tesis.

Incluso se ha de considerar que “El sistema fundado en la dicotomía de las formas de ofrecer el trabajo (asalariado y funcional) está en crisis y el primero de los fundamentos de esa crisis del empleo público no es otro que la ambigüedad en los rasgos delimitadores del sector público”<sup>375</sup>.

Estos aspectos considerados por si solo son motivos para que se busque una fórmula jurídica que armonice la existencia y la relación entre estos dos campos, por veces conflictivos que es el público y el privado, pero torne posible la regencia de una norma que unifique los intereses y derechos de los trabajadores de ambos sistemas alcanzando los principios constitucionales de igualdad, justicia, bien estar y participación de todos los ciudadanos en la vida económica y social. De ahí la propuesta de esta tesis.

#### - Empresa

Hay un cierto consenso en la doctrina científica y judicial de que el concepto de empresa principalmente es más propio de la economía, del Derecho Mercantil, pero también no es impropio que en el ámbito del Derecho y por toda razón del trabajo se produce un significado que sea más útil a esta rama del derecho y sus fines. Así puesto se ofrece algunas alternativas de concepto.

#### Concepto de empresa

La doctrina alemana ya en 1926 hacia la distinción entre empresa y centro de trabajo sea en relación a los poderes que se reúnen para organizar y dirigir “la comunidad de trabajo”<sup>376</sup> y principalmente como unidad económica, con el concepto de *unternehmen* fornecido por Jacobi para quien empresa es la unidad económica donde se persiguen los fines últimos económicos. El mismo Jacobi concibe el *Betrieb* o centro de trabajo como “unidad técnica organizada”<sup>377</sup>.

En España desde su primera Ley de 1980 hasta el actual Texto Refundido de 1995 el Estatuto de los Trabajadores trae lo que considera centro de trabajo, y que será estudiado más adelante, todavía no conceptúa empresa.

---

<sup>375</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 501.

<sup>376</sup> GARRIGUES, J., *La empresa desde el punto de vista jurídico*, en AA.VV., *Empresa y sociedad*, Madrid, p. 121.

<sup>377</sup> JACOBI. *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff, Festschrift für V. Ehrenberg*, 1926, pp.1-39. Citado por RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares Editorial, Granada 2010, p. 15.



Sin embargo hay un consenso en el ámbito científico que no existe un concepto jurídico propio de empresa “Insistentemente se ha reparado en la incapacidad de los juristas para proporcionar un concepto jurídico de empresa que comprenda y unifique su realidad económica y social”<sup>378</sup>.

Sobre la esquivia del legislador en conceptuar empresa, de entre varias otras es referencia al que registra una vez más, resulta así que el legislador retrocede “ante las unidades ideales y jurídicas organizativas de producción, sin atreverse a configurarlas jurídicamente, si siquiera a distinguirlas del empresario; enfrentándose en cambio sorprendentemente, podría decirse, con las unidades técnicas en las que la idea organizativa se plasma, calificándolas, a estas sí, jurídicamente y definiéndolas”<sup>379</sup>.

Reconociendo la dificultad no sólo del legislador pero también de la doctrina, “llevamos medio siglo cortejándola y todavía no hemos conseguido tomar posesión de ella”<sup>380</sup> y a respecto el propio derecho profundiza la constatación “el Derecho no sólo se detiene ante la organización de la Empresa como ante una muralla infranqueable, sino que, lejos de coordinar los elementos económicos de la Empresa, lo que hace es desunirlos y situarlos en posiciones polémicas de perpetuo antagonismo”<sup>381</sup>.

Después de alertar que el concepto de empresa relevante para el ordenamiento jurídico laboral es más limitado que el que maneja, por ejemplo, el Derecho Mercantil, el doctrinador afirma que “la empresa es, a los efectos que ahora interesan, la actividad económica organizada que despliega el sujeto empresario o empleador; es la ordenación de factores reales y personales para lograr una actividad productiva (sea o no lucrativa) y asumiendo los riesgos de la propia actividad (STS 18-3-1994, A.2548)”<sup>382</sup>.

De otra forma más sencilla se expresa la doctrina al ofrecer la noción jurídica de que “la empresa es una agrupación de personas que, controlando bienes o servicios, tiene por finalidad la producción de bienes o servicios para un mercado”<sup>383</sup>.

En el trabajo de grado que antecede esta tesis se ha propuesto una definición que hoy se puede intentar una configuración más completa: empresa es la organización que reúne ideas, capital, medios materiales e inmateriales, actos de voluntad del propietario, técnica, tecnología, sinergias y el imprescindible trabajo asalariado en

---

<sup>378</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Comares Editorial, Granada 2010, p. 16.

<sup>379</sup> ALONSO OLEA, Prólogo de la obra de MINAMBRES PUIG, C., *El centro de trabajo*, p. 12.

<sup>380</sup> GARRIGUES, J., *Acotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa*, (artículo publicado en el diario YA en diciembre de 1969, Madrid, p. 4.

<sup>381</sup> GARRIGUES, J., *La empresa desde el punto de vista jurídico*, en AA.VV., *Empresa y sociedad*, Madrid, p. 22.

<sup>382</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 501.

<sup>383</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Civitas, 23ª ed., Madrid 2005, p. 210. Y siguen destacando lo que es esencial a la empresa completando su noción.

actividad productiva, lucrativa o no, para obtención de un determinado fin, asumiendo el empresario los riesgos de esta actividad.

#### Dimensión y sector de actividad

Tan importante como conceptuar la empresa es también conocer aspectos importantes de su naturaleza y existencia en relación a aquellas que interesan al Derecho del Trabajo, o sea su organización, y a el tenor de esta tesis sobre participación del trabajador en la empresa.

#### Dimensión

La empresa es organizada en cierta dimensión o tamaño lo que influye en la complejidad de las relaciones laborales. Esto es un dato de enorme importancia para el ordenamiento laboral que impone mayores cargas y controles a las empresas con un mayor número de trabajadores.

Las otras magnitudes, sea de patrimonio o volumen de negocios, no interesan al derecho en estudio, salvo la definición de empresa de dimensión comunitaria para la Unión Europea que se caracteriza por emplear mil trabajadores o más en el conjunto de los Estados miembros o la que emplee ciento cincuenta trabajadores o más en cada uno de ellos esto para los efectos del derecho de información y consulta de los trabajadores, que es propio del sistema de participación de los trabajadores en la UE.

En términos de derecho laboral el tamaño de la empresa si pequeña, mediana o grande es tradicionalmente irrelevante, pues la regla general tiene sido aplicar las mismas normas a unas y a las otras. Los criterios establecidos para la inclusión de una empresa en una u otra por la caracterización de tamaño no son únicos, tampoco uniformes. Utilizándose como referencial el número de trabajadores entonces pequeña será la que poseer menos de cincuenta trabajadores, mediana la de entre cincuenta y quinientos y grande la de mayor número.

Todavía la legislación laboral en España utiliza como referencial el número de trabajadores en los siguientes dispositivos incluso algunos en relación a la participación: en la LET: art. 14.1 sobre período de prueba de los titulares; art. 11.2, b y RD 488/1998 máximo de trabajadores en formación; arts. 41.2 y 40.2 sobre consulta; arts. 51.1 y 52, c, permite el despido colectivo; arts. 62 y 63.1 existencia de delegado de personal; art. 74.2 proceso electoral de los delegados profesionales; en la LOLS: art. 8.2, c, secciones sindicales constituidas, posibilidad de tener delegados; en materia de seguridad y salud laboral la plantilla es igualmente determinante.

Con estos ejemplos citados se demuestra que el número de trabajadores de una empresa tiene cierta importancia para el Derecho del Trabajo.

## Sector de actividad de la empresa

Uno de los aspectos de importante relieve es el sector de actividad de la empresa. Así en el ámbito de Derecho del Trabajo, por un lado, es importante el sector de actividad que desarrolla la empresa para la fijación del centro de imputación de determinadas normas, por otro la división por sectores de tal actividad que siempre ha sido un elemento consustancial a la negociación colectiva cuyo producto normativo son los convenios colectivos “se negocian en unidades que tornan como aglutinante o la empresa o todo o parte del sector de la actividad en que determinadas empresas pueden encuadrarse (lo determinante para fijar la normativa sectorial aplicable no es la función del trabajador, sino la actividad general o predominante de la empresa, STSJ Canarias 39-9-1993, A.3795)”<sup>384</sup>.

No se puede olvidar que la actividad organizada de prestación laboral es la vertiente que impone al empresario una intervención normativa de enorme importancia de control sobre cierre empresarial y modificación de la estructura que pasa a depender de previa autorización administrativa.

La intervención normativa, en estos casos, significa una actividad de control ejercida no sólo por las autoridades públicas (Inspectores de Trabajo, por ejemplo) sino por la constante y decisiva presencia de los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

De todo que se ha dicho cualquier instituto relativo a la empresa que se maneje tiene que fundarse en los presupuestos constitucionales de la ordenación de la actividad económica, a la luz de la libre empresa consagrada en el art. 38 de la Constitución Española, como un derecho público subjetivo, incluso de protección contra los poderes públicos cuando hubiere el intento de suprimirla, modificarla o reducirla.

Por fin la empresa se ha de cuidar, dentro de un

contexto de un Estado democrático (existencia de un marco político de controles) y social (posibilidades reales de defensa de los trabajadores; derecho al trabajo y promoción de la mejora de sus condiciones de vida; función social de la propiedad; planificación e iniciativa pública en la economía y todo ello impregnado por el valor superior de la igualdad, arts. 1, 9.1, 14, 33, 35, 128.2, 131 y 129 CE)<sup>385</sup>.

<sup>384</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p.502. (Art. 3 de la Ley 10/1997, de 24/04, citada por el autor).

<sup>385</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p.503.

En el Derecho Constitucional a la libre empresa supone, como corolario, la existencia y protección de un espacio abierto a la autonomía individual ya afirmaba el Tribunal Constitucional (STC 208/93).

- Sociedad

Concepto de sociedad

El diccionario jurídico registra sociedad como regla general, “se trata de un contrato por virtud del cual varias personas se agrupan para promover conjuntamente el logro de un fin común a todas ellas. El Código Civil y el Código de Comercio caracterizan el mencionado fin común como lucrativo, al hacerlo consistir en la obtención de beneficios para su ulterior reparto entre los socios<sup>386</sup>.

La misma obra para el concepto de sociedad mercantil añade que “combinan sus recursos y sus esfuerzos para la realización de un fin común preponderantemente económico y de especulación mercantil<sup>387</sup>.

En España la nueva “Ley de Sociedades de Capital”<sup>388</sup> bajada por el RDL 01/2010, de 2 de julio establece en su art. 1, apartado 1: “Son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones”; en los apartados 2, su carácter mercantil, y 3 y 4 tratan de composición de capital y características de cada una de ellas.

Como se puede ver el legislador español ha hecho la opción de no ofrecer un concepto propiamente de sociedad pero ofrece elementos que la reafirman y caracterizan.

Distinción entre sociedad y empresa

La distinción que se pretende es aquella por la cual la empresa sea entendida como comunidad de quienes aportan trabajo y capital. Aquella empresa ignorada conceptualmente, así entendida, penetra en la sociedad dejando, por veces, dudas donde empieza una y termina la otra. La doctrina alerta “No sé hasta qué punto podemos seguir insistiendo en que con ello se produce una grave confusión entre empresa y sociedad. También aquí al puro interés de la sociedad como interés común de los socios se sobrepone al interés de la empresa integrado en un nuevo ordenamiento de la sociedad”<sup>389</sup>.

Puesto de esta forma, sociedad y empresas son dos institutos de una misma realidad que el Derecho reconoce una y otra en sus peculiaridades.

<sup>386</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario jurídico*, 4ª ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2006, p. 793.

<sup>387</sup> Ídem, p. 793.

<sup>388</sup> Ley de Sociedades de Capital, RDL 01/2010, BOE.

<sup>389</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 21.

### 3) Órganos de participación de los trabajadores en la empresa

Desarrollando por ahora tan solo un sencillo estudio cuya finalidad es identificar los sujetos de las relaciones laborales donde debe acontecer la participación de los trabajadores en la empresa y los que con ellos actúan en un sistema de representación de los intereses de los trabajadores.

#### - Planteamientos de implantación y coexistencia

Es sabido que las conquistas y el robusto ordenamiento jurídico que se ha formado para defensa del trabajador no es obra de actos de altruismo y benevolencia del empresario, se así fuera quizás no precisería existir un derecho del trabajo pues no habría conflicto de intereses, también no es un acto espontaneo del Estado interventor, en su origen está la actuación de asociaciones, sindicatos y otros colectivos que lucharan por estas conquistas.

La ley que hoy textualmente reconoce el derecho de participación de los trabajadores en la empresa es la LET al preceptuar consecuencia al dispuesto en los arts. 7, 37, 129.2 CE, que también trata de reconocer la existencia de entidad y órganos de representación de los trabajadores en la empresa de ahí el interés para este trabajo de tesis.

#### - El origen del sindicato y de la representación de los trabajadores

Durante un largo periodo de la historia sindical se ha forjado un tradicional modelo de acción sindical que tiene origen en la forma en que se ha “construido su estructura organizativa de espaldas a la empresa”<sup>390</sup>, “además de estar conectado con motivos vinculados al momento de su aparición en la historia”<sup>391</sup>, y que “tiene explicación por ser tal vez la única ‘opción’ posible, o al menos la más idónea, para una determinada concepción del sindicato en la línea de un sindicalismo de clase”<sup>392</sup>.

Así es que de un lado, la empresa fue “por mucho tiempo un terreno vedado para desarrollar una genuina acción de tutela”<sup>393</sup>, puesto que siempre ha sido una puerta abierta a peligros de corporativismo y de colaboración leal con el empresario contrarios a la acción sindical. De otro lado, esta estructura no solo permitió como fue

<sup>390</sup> SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 24.

<sup>391</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, M., *El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales*, en AA.VV., *Sindicatos y Relaciones Colectivas de Trabajo*, Ilustre Colegio de Abogado de Murcia 1978, p. 59.

<sup>392</sup> DURAN LOPEZ, F., *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, Public. Del Real Colegio de España, 1976. Citado por SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 24.

<sup>393</sup> LUTTRINGER, J. M., *La place du syndicat dans l'entreprise allemande* (R.F.A.), *Económica*, París 1979, p. 13. Citado por SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 24.

funcionalmente pasiva de planteamiento y composición del conflicto socio-industrial en sus términos iniciales. De esta forma “tanto la organización sindical, como las líneas maestras de su orientación son efectivamente fenómenos nacidos y crecidos a la sombra y en función del planteamiento del conflicto socio-industrial”<sup>394</sup>.

Completando este escenario como opción de fondo del movimiento sindical, el alejamiento entre el sindicato y la empresa en las realidades nacionales, fruto también de un modelo organizativo en el que fue destacable el predominio de las líneas territoriales u horizontales sobre las verticales o por sectores de producción, originaria de la estructura asociativa territorial fragmentada del mercado de trabajo. Y como agravante de su incomunicación el binomio sindicato-empresa, el centralismo que caracterizaría el movimiento sindical en este primer periodo (más exactamente hasta fines de los años sesenta) con un predominio de las confederaciones que se sustentaba en “la desconfianza en la descentralización como factor de democracia”<sup>395</sup> y “cuya origen parece que no es otro que la debilidad inicial de estos movimientos sindicales”<sup>396</sup>.

En suma, el alejamiento entre el fenómeno sindical y las realidades empresariales obedecieron al conjunto de tres trazos característicos de su implantación y evolución: el primer reconocido como la tradicional opción organizativa de los sindicatos que se colocaron como estructuras externas a la empresa; por según el predominio que las líneas horizontales o territoriales tendrían en la estructura organizativa de los movimientos sindicales de países europeos; y por tercer la centralización del poder imperante en estas estructuras sindicales que actuaron como factor agravante. Posiciones que se mantuvieron hasta los finales de los años sesenta.

Esta posición mantenida por el sindicato en los sistemas de relaciones laborales de los países europeos tras la segunda guerra mundial ha motivado experiencias de representación y tutela de los trabajadores en la empresa que se verificaron a través de la creación de representaciones *ad hoc*, no sindicales, de naturaleza electiva y base unitaria, que no fueran fruto de la estrategia sindical, sino que se insertaron en el seno de la estrategia empresarial y que pasó a constituirse en un fenómeno generalizado.

La creación de “este llamado ‘segundo canal de representación’ origina la distinción clásica entre una actividad de representación interna a la empresa que se quiere insertar en una perspectiva de colaboración, desarrollada por órganos no

---

<sup>394</sup> VIDA SORIA, J., *La acción sindical en la empresa*, en AA.VV. Diálogos sobre la empresa, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

<sup>395</sup> ROMAGNOLI, U y DELLA ROCCA, G., *Il sindacati*, en AA.VV. Relazioni Industriali, Il mulino, Bologna, 1982, p. 103. Citado por SÁEZ LARA, C., Representación y acción sindical en la empresa, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 26.

<sup>396</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M., *Representación electiva y representación sindical en la empresa*, en Relaciones Laborales, 4/1985, p. 599.

sindicales, y una actividad reivindicativa externa a la misma"<sup>397</sup>, que, sin duda, "es funcional a una fase histórica en la que el reconocimiento del principio de libertad sindical sucumbía ante el principio no escrito de la neutralidad sindical de la empresa"<sup>398</sup>.

Como respuesta más idónea a las necesidades de consenso del personal, que la renovación técnica de las unidades de producción iniciada en esta época demandaba, fueran sin cualquier duda las representaciones no sindicales del conjunto de los trabajadores de la empresa, que vieron a la luz tanto por la Ley como por la vía convencional.

También ha entendimientos de que su aparición fue motivada por "los deseos de contrarrestar las fallidas experiencias revolucionarias de los consejos obreros que protagonizaron el período de entreguerras"<sup>399</sup>.

En definitiva, la representación de base unitaria surgió en relación dialéctica y alternativa con la representación sindical, es decir, "con una proclamación de la colaboración y no del conflicto como principio inspirador de las relaciones entre el capital y el trabajo en la empresa, y con la finalidad de alzarse en opción frente a la entrada y actuación del sindicato en los centros de trabajo"<sup>400</sup>.

El instituto de la representación unitaria en la empresa ha pasado para su formulación normativa situado "dentro de una perspectiva de colaboración entre los trabajadores y la dirección de la empresa, con evidentes motivaciones 'productivas'"<sup>401</sup>, de hecho, constituirán "una experiencia contradictoria 'a caballo entre la colaboración y la lucha de clases'."<sup>402</sup>

Las experiencias más próximas de lo que pasó a existir en España se ha producido con las comisiones internas italianas y los comités de empresa en Francia, todavía cada una con su experiencia, lo que ha llevado la doctrina italiana a destacar el distanciamiento entre las actividades o funciones atribuidas por los sujetos negociadores a aquellas comisiones y las realmente desempeñadas por las mismas, entre las que cabe resaltar la de la negociación colectiva en la empresa, la comisión

---

<sup>397</sup> SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 26.

<sup>398</sup> MATHEVET, R., *Le syndicalisme dans l'entreprise. A propos de l'extension du droit sindical dans l'entreprise*, en D. S., 3/1965, p. 180 y ss. Citado por SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, pp. 26 y 27.

<sup>399</sup> MARTÍN VALVERDE, A., *Reforma y acción sindical en la empresa*, en AA.VV. *Acción sindical y sindicalismo*, Ayuso, Madrid 1977, p. 59 y ss.

<sup>400</sup> CRUZ VILLALON, J., *El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa*, en AA.VV. *Comentarios a la L.O.L.S.*, Tecnos, Madrid 1986, p. 221.

<sup>401</sup> SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa...*, Op. Cit., p. 28.

<sup>402</sup> PERONE, G. C., *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, Cedam, Padova, 1981, p. 34 y ss. Citado por SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa...*, Op. Cit., p. 28.

interna será pues “desde comienzos de los setenta la estructura que llevó el conflicto industrial al interior de la empresa”<sup>403</sup>.

Mismo con la sindicalización de las representaciones unitarias empresariales, éstas están llamadas a desempeñar, al menos por sí solas y de forma definitiva, la representación y defensa de los intereses de los trabajadores en la empresa, pues de un lado será constante la presencia de entidad sindical de confrontación en los países “mediterráneos”<sup>404</sup>, por la reivindicación de una presencia directa del sindicato en la empresa como acontece en Italia, por la idea de la organización sindical en la empresa de inspiración anglosajona.

De otro lado, por causas intrínsecas a la propia naturaleza de estas representaciones unitarias como “organizadoras de su indudable insuficiencia para la tutela de los trabajadores en unas unidades económico-productivas que, a lo largo de los 60, se verán afectadas por significativos cambios técnico-organizativos”<sup>405</sup>, hasta llegar en las últimas décadas del siglo XX e inicio del XXI.

No es objeto de esa tesis un estudio de per se de esas entidades, sin embargo se cuidará de sus modelos y funciones en el desarrollo del instituto de la participación de los trabajadores en la empresa, para su mejor caracterización.

#### - Concepto de la representación unitaria de los trabajadores en la empresa

La representación unitaria es la primera manifestación histórica del fenómeno que “responde a la exigencia de representación [unitaria y electiva] de los intereses del trabajador asalariado dentro de la empresa, al margen del cauce de acción del sindicato, que habría permanecido ausente de los centros de trabajo como consecuencia de su proyecto político general y de su estructura asociativa de carácter territorial”<sup>406</sup>.

Son ejemplos de estas entidades institucionalizadas las comisiones internas italianas (1906), los consejos obreros alemanes (1920), o delegados de personal franceses (1936).

Una variante de la participación unitaria es la participación en la gestión de la empresa o participación institucional, que nada más es que la presencia de los

---

<sup>403</sup> GIUGNI, G, *Derecho sindical*, Ministerio Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1983, p. 52.

<sup>404</sup> Países mediterráneos son aquellos agrupados dentro de un modelo social europeo que reúne España, Grecia, Italia y Portugal, como lo ha hecho ANDRE SAPIR, con motivo DEL Consejo Informal Europeo celebrado en Hampton Court en 27 de octubre de 2005, al analizar como hacer frente a los despidos de la globalización.

<sup>405</sup> SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, p. 29.

<sup>406</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 339.



representantes de los trabajadores en los órganos de dirección o gestión de la empresa y que tiene como paradigma la “cogestión”<sup>407</sup> alemana.

La otra vía de expresión institucional es la representación sindical en la empresa, basada en la libre afiliación y en una estructura asociativa que se articula a través de órganos de representación de los afiliados a los distintos sindicatos implantados en la empresa.

Cuando se habla de representación de los trabajadores en la empresa, sea unitaria o colectiva, se está focalizando el órgano que contempla desde la cooperación con el empresario previsto en la LET por el comité de empresa hasta la relación conflictiva de la representación sindical.

De ahí se tener firme que en sentido amplio la representación abarca los diferentes tipos de participación, en cuanto conjunto de formas de influencia colectiva de los trabajadores en la empresa que comporta el artículo 129.2 CE, ben como la LET, la LOLS y las normas comunitarias, allá del derecho comparado, que serán objeto de estudio en el capítulo siguiente, donde se pretende analizar las ambigüedades de la legislación española y dilucidar algunos aspectos relacionados con el trabajo de esta tesis.

Y, como advierte la doctrina

el análisis del sistema de ‘doble canal’ existente en España permite comprobar, entre otras manifestaciones de otra naturaleza, que las instituciones de la representación unitaria han contado desde su inicio, y continúan contando, con ese apoyo por parte de las organizaciones sindicales, que actúan a través de ellas en el ámbito de los centros de trabajo y empresas, con independencia de que puedan hacerlo también por medio de sus propios órganos representativos integrados en su misma estructura<sup>408</sup>.

#### Definición de Sindicato

Una definición de sindicato por la cual se puede precisar sus características y naturaleza jurídica puede ser la siguiente: “el sindicato es una asociación permanente y autónoma sin fin de lucro de trabajadores para el progreso económico y social de sus

---

<sup>407</sup> El paradigma es la cogestión alemana o *Mitbestimmung* establecida legalmente en 1951 para las empresas mineras y del hierro y acero. Como esclarece PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p.339.

<sup>408</sup> RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., *La representación unitaria de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, (Coord.) Fermín Rodríguez-Sañudo y Esther Carrizosa Pietro, Editorial Tecnos, Madrid 2011.

miembros, especialmente para el mantenimiento y mejora de sus condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva”<sup>409</sup>.

También puede ser definido el sindicato como la organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses generales frente al empresario y sus organizaciones y, eventualmente, frente a cualquiera otros sujetos de carácter privado o público.

Tres elementos conceptuales se desprenden de las definiciones: primero como elemento subjetivo “el sindicato es cualquiera que sea la denominación que adopte, una organización constituida e integrada, exclusiva y excluyentemente, por trabajadores asalariados o por cuenta ajena [‘los sindicatos de trabajadores’, art. 7 CE]”<sup>410</sup>. Hoy con la LETA, la autotutela voluntaria de los trabajadores por cuenta propia o autónomos no empleadores se extiende la titularidad de la libertad sindical pudiendo los mismos afiliarse a las organizaciones sindicales, pero no “fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, todavía, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica” (art. 3.1 LOLS) y art. 19.1 LETA.

Por segundo, en relación a los elementos objetivo, funcional o finalista él se constituye para la autotutela colectiva de los intereses generales del trabajo asalariado para “la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 7 CE) frente a los contrapuestos de los empresarios, reconocido por STC 18/1984 como “formaciones sociales con relevancia constitucional” y convertido, funcionalmente, segundo la STC 101/1996, en “piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción” de los intereses de los trabajadores. Cuanto a los fines ni siempre una organización de trabajadores asalariados es un sindicato, tampoco asume la representación y tutela de los intereses de los trabajadores como es el caso de los dominados por empresarios u organización patronal, o por la Administración Pública, o sostenidos económicamente por los mismos, y más, los trabajadores pueden constituir asociaciones de carácter cultural, deportivo, asistencial, o de cualquier otra índole, que no disponen de la consideración de sindicatos.

Por fin, las formas o estructuras de organización que los sindicatos, a lo largo de su historia, tiene adoptado, han variado mucho conforme las circunstancias y necesidades de las cuales son ejemplo: 1) la coalición o combinación, forma de agrupación intermitente de trabajadores, temporal y transitoria, que se crea para llevar a cabo una acción específica para una negociación colectiva, una huelga, u otro objetivo

---

<sup>409</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ªed., Editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 606. Para su definición ha tomado como base la clásica de los esposos Webb de 1894 y revisada en 1920.

<sup>410</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª, ed. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 292.

propuesto; 2) la asociación o unión estable y permanente de trabajadores; y 3) la asamblea de trabajadores, como forma alternativa a la estructura asociativa, sin que “haya pasado globalmente por hora [sin perjuicio de alguna experiencia histórica] de mera propuesta formulada en el seno del debate sindical frente a las insuficiencias organizativas del sindicato tradicional y sin otro alcance que el de revulsivo teórico a tal fin”<sup>411</sup>.

#### Definición de asociación profesional

La opción del legislador español por una normativización de las asociaciones profesionales específica de trabajadores autónomos como forma organizativa básica, y teniéndola “como cauce hegemónico o central, especialmente para la organización colectiva de los trabajadores cuasi-subordinados”<sup>412</sup> en que pese el cuidado en no alteración substancial de la situación normativa y jurisprudencial, incluso manteniéndose en consonancia con la postura doctrinal más influyente en el ámbito del debate europeo, el que demuestra la cautela en la quiebra en parte del tabú de no laboralización normativa en pro del trabajo autónomo.

Mayor cuidado ha demostrado aún cuanto a la materia relativa al derecho de asociación profesional específica como alternativa al no diferimiento de la libertad sindical y el derecho de actividad sindical plena, huyendo al enunciado del art. 28 CE.

De forma didáctica y puntual es deferido derechos colectivos básicos en el art. 19.1 a), b) y c) LETA siendo que en las letras a) y b) queda resaltada la distinción entre las asociaciones profesionales específicas de los trabajadores autónomos y las asociaciones empresariales, pues se trata de dos tipos asociativos diversos a los que, en principio, los trabajadores autónomos pueden alternativamente recurrir para auto organizar la defensa colectiva de sus interés, con independencia de cualquier otra consideración sobre su situación particular, es decir, no es relevante, en este caso, el autónomo tener o no trabajador en su cargo, o estar o no en situación de dependencia económica, mientras que el objetivo principal es crear un “canal natural de representación para los TAED”<sup>413</sup>.

Bien marcado está el punto de partida asumido por la LETA que fundamenta el derecho de asociación de ambas las entidades referidas en el art. 22 CE, que permite articular alcance y contenido diferenciado de asociacionismo laboral, sin dispensar “todo el bagaje técnico heredado de la LOLS: fundamentalmente, el esquema elemental que distingue, por un lado, entre las facultades individuales y colectivas que emanan

<sup>411</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª, ed. Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2011, p. 323.

<sup>412</sup> BAZ RODRIGUEZ, J., *La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 149, Navarra 2011, p. 76.

<sup>413</sup> Ídem., p. 76.

de dicho derecho, y por otro, en cada un de los dos planos, entre la vertiente organizativa o interna y la de los derechos de actividad"<sup>414</sup>.

En defensa de los derechos colectivos de todos los trabajadores autónomos, el Estatuto del Trabajo Autónomo dispone en el apartado 1 del art. 21 sobre el que considera "asociación profesional"<sup>415</sup>. Por su vez, la misma LETA, en el apartado 5 del citado art. 21 fija los "límites de actuación de esas asociaciones"<sup>416</sup>.

Es importante registrar que la asociación profesional de los trabajadores autónomos no goza todavía de todas las prerrogativas que tienen los sindicatos en relación a la representación de los trabajadores en la empresa, que permanece reservado al sindicato de mayor representatividad de esos trabajadores.

Los derechos colectivos, reconocidos y disciplinados por la LETA en sus arts. 21.5 y 19.3, a la asociación profesional específica de los trabajadores autónomos tras una posición jurídica singular relativamente a la representatividad por las asociaciones de trabajadores autónomos que se limita

al ámbito de la participación institucional y a interlocución con los poderes públicos (representación institucional a nivel estatal y autónomo; consulta ante la elaboración de políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo; y gestión de programas públicos dirigidos a los autónomos) funciones que, en virtud del principio de equiparación, corresponden igualmente a los sindicatos más representativos de trabajadores<sup>417</sup>.

Grandes trazos normativos básicos diseñan la representatividad de las asociaciones y que remite su desarrollo reglamentario para la concreción de aspectos

---

<sup>414</sup> BAZ RODRIGUEZ, J., *La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 149, Navarra 2011, pp. 76 y 77.

<sup>415</sup> La LETA considera, "sin perjuicio de la representación que ostenta de sus afiliados y a los efectos de lo previsto en este artículo y el siguiente, tendrán la consideración de asociaciones profesionales representativas de los trabajadores autónomos aquéllas que, inscritas en el registro especial establecido al efecto, demuestren una suficiente implantación en el ámbito territorial en el que actúen. Dicha implantación habrá de acreditarse a través de criterios objetivos de los que pueda deducirse la representatividad de la asociación, entre ellos el grado de afiliación de trabajadores autónomos a la asociación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos y materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación y cualesquiera otros criterios de naturaleza similar y de carácter objetivo(...).

<sup>416</sup> las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, gozarán de una posición jurídica singular, que les otorga capacidad jurídica para actuar en representación de los trabajadores autónomos para: a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismo de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista. b) Ser consultada cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo. c) Gestionar programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente. d) Cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.

<sup>417</sup> BAZ RODRIGUEZ, J., *La organización y actuación colectiva de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 87.

trascendentales como los criterios objetivos que determinan la representatividad, la composición subjetiva y funcionamiento del órgano administrativo y el desarrollo de las funciones que les corresponden, pues como advierte el doctrinador, quizá se puede hablar del que se produce en la LETA es “un suerte de deslegalización (al menos en atención a la diferencia con el régimen de la LOLS) en virtud de la cual, siendo amplio el margen de regulación gubernamental, la simple modificación reglamentaria del *statu quo* puede llegar a ocasionar alteraciones de gran calado”<sup>418</sup>, que afecta el equilibrio de la fortaleza representativa.

Para la LETA se concede la representatividad a partir de la demostración por la asociación “de una ‘suficiente implantación’, referida al concreto ámbito territorial de actuación”<sup>419</sup>. Y, a partir de ella poder, la asociación profesional de los trabajadores autónomos y bien como el sindicato representante de los autónomos y las empresas-cliente con la que los TAED se relacionan en el mercado, desarrollar acuerdos de interés profesional que son incorporados al sistema de fuentes de la relación jurídica de esos trabajadores.

Teniendo caracterizado quien son los sujetos posibles de actuar en un régimen de participación, por deferencia de la ley a los vinculados por un contrato de trabajo, sea por cuenta ajena, por cuenta propia, hasta los que no fueran alcanzados por reglamentación en ley ordinaria y tan sólo por la Constitución, como se pretende demostrar en los capítulos II y III, así es la vez de estudiar la relación que se establece entre ellos.

## b) La relación entre empresario y trabajador, determinante de la participación

### 1) Contrato de trabajo y relación laboral

El ser humano antes de llegar a la edad del trabajo o después jubilado no tiene ningún compromiso en la extensión y ni implicaciones como el del contrato de trabajo, se es que lo tendrá en su vida, basta ver quien vive de rentas. Así es libre para establecer la mejor forma de ocupar su tiempo, no tiene órdenes para cumplir, una rutina para desarrollar, pero para los jóvenes llegado el momento de la contratación todo cambia, por la nueva situación que asume y que es destacada de esta forma por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 142/1993: “El momento de la contratación es, sin duda, aquel en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente”.

No obstante, en razón de la dignidad de la persona que trabaja existe toda una ordenación jurídica que debe proteger el trabajador y que el Tribunal Constitucional,

---

<sup>418</sup> BAZ RODRIGUEZ, J., *La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 149, Navarra, 2011, p. 87.

<sup>419</sup> Ídem, p. 88.

en la sentencia 88/1995 confirma: “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

Debe siempre estar bien demarcado lo que puede el trabajador comprometer en la contratación y en el laboral que se obliga y el límite del poder del empleador, sobre lo que puede exigir del empleado o del trabajador dependiente. Estos límites son confirmados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1994 y 204/1997 que así proclama:

[...] es necesario preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional, pues dada la posición preminente de los derechos fundamentales, la modulación derivada del contrato de trabajo sólo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el logro del legítimo interés empresarial [...].

También es importante dejar patente que contrato de trabajo y relación de trabajo son dos caras de una misma moneda pues, en cuanto el contrato es un acuerdo entre dos partes visando un fin: el trabajo, generador de derechos y obligaciones y la producción; la relación de trabajo, por su vez, es la conexión que se establece por el contrato, es en última análisis la realidad y realización del teórico contrato de trabajo.

#### - Fundamentos del contrato y de la relación de trabajo

Los fundamentos que actúan en la configuración del contrato de trabajo como esta concebido, viene desde su institucionalización por el Derecho Obrero y después por el Derecho del Trabajo, pero no se puede olvidar que antes había también acuerdo cuando alguien se servía del labor de otra persona de forma ajena y que fuera regido por el Derecho Civil.

En esta parte del estudio el foco recae sobre el contrato de trabajo que “es el origen y el permanente fundamento de las obligaciones recíprocas entre dos personas (empresario y trabajador), en las que el trabajador entrega libremente su trabajo, en un tiempo dado y bajo la potestad organizadora del empresario, quien debe retribuirlo”<sup>420</sup>. Y por ser así, la categoría jurídica contractual cumple la función que le es propia de construir y regular la relación patrimonial de intercambio de trabajo por salario.

Lo que ha cambiado entre el fundamento del contrato antes de la institucionalización de un derecho propio para regir las relaciones laborales es la autonomía de la voluntad de las partes, la clave es por lo tanto la manifestación en el contrato de la autonomía privada, que era libre y pasa a tener límites para el acuerdo en el contrato de trabajo, el que no existía en el Derecho Civil.

---

<sup>420</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p.463.

Ocurra lo que venga ocurrir el Derecho del Trabajo o el que lo sustituya ha de mantener límites para el ejercicio de la autonomía en la hora de contratar, so pena de volver a la esclavitud, el contrato debe continuar siendo el fiador de la libertad y la garantía de la dignidad del hombre que trabaja.

- Concepto y característica del contrato de trabajo y relación jurídica

#### Concepto

El legislador ordinario ha desarrollado en el Estatuto de los Trabajadores, Título Primero un ancla o un fundamento básico que es la relación individual de trabajo y que proviene del contrato de trabajo. No lo conceptuó pero ofreció en el art. 1.1. LET la sustancia al tratar de su ámbito de aplicación y por el cual se puede deducir los conceptos siguientes:

“Contrato de trabajo es el que liga a una persona [trabajador] que presta sus servicios a otra [empresario], que los retribuye, organiza y dirige”.<sup>421</sup>

“Contrato de trabajo será aquel acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario)”<sup>422</sup>.

Lo que si percibe es que la doctrina no diverge sobre lo que sea el concepto de contrato de trabajo, lo que se diferencia básicamente es la extensión y la forma de decir lo que la LET ofrece como pautas.

El contrato de trabajo pues disciplina y organiza unitariamente la relación jurídica individual de intercambio de trabajo por remuneración, así entendida: la relación de trabajo es el resultado y el contenido del contrato de trabajo.

El legislador no ha hecho distinción, por veces, entre las expresiones relación laboral y contrato de trabajo como ocurrió en el art. 3 LET que los utiliza como se fueran sinónimos.

Todavía ni todo el trabajo está amparado por un contrato de que trata el Derecho del Trabajo, de ahí la afirmación: “debe quedar expresa constancia de que el contrato de trabajo no incluye a todas las posibles relaciones de producción fundados en el

<sup>421</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 64.

<sup>422</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 467.

trabajo”<sup>423</sup>. Así también el intercambio de trabajo por remuneración es, sin duda, más amplio que el acotado por el contrato de trabajo.

Por causa de esta constatación se buscará probar que es necesaria una reestructuración del actual Derecho del Trabajo para que el contrato de trabajo como empleado continúe ofrecer su protección y alcance a los trabajadores subordinados, pero también, que los otros trabajadores no subordinados puedan contar con la protección de un contrato laboral fundado en esta rama del Derecho, o sea, los actuales excluidos de la LET puedan tener abrigo en una norma de mismo rango y un Estatuto único.

#### Características del contrato de trabajo

Los elementos que caracterizan el contrato de trabajo son ofrecidos por la LET en su art. 1.1 cuando establece que “la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Así solo el trabajo objeto de la relación jurídico laboral es que está por ella abarcado.

Por su vez la sentencia del Tribunal Supremo 13-3-1997, A.2461 reconoce como características del contrato de trabajo “el carácter personal y voluntario del trabajo prestado, la dependencia, la ajenidad y la remuneración”.

Estas características son importantes no sólo para definir a quien se aplican las normas laborales porque están sometidas a un vínculo contractual laboral, pero define también los excluidos a quien solo tiene aplicación en parte, o los totalmente alejados del Derecho de Trabajo.

Por ello se concluye la necesidad de permanencia del Derecho del Trabajo y el contrato de trabajo con sus características que pueden perfectamente ser redefinidas y abarcadas por el Derecho que resulte de la reorganización de Derecho del Trabajo, a ser tratado en el capítulo III de esta tesis.

#### - Contrato de trabajo común y contratos especiales

Por las notas de ajenidad y dependencia y las características de ser libre, personal y remunerado, que se configura el trabajo el cual, “de forma esencial, mínima y unitaria, regula sus obligaciones a través de un género de contrato, el de trabajo. Serán

---

<sup>423</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 467.



estas notas las comunes al género que luego se individualizará en los incontables posibilidades de prestar aquel tipo de trabajo”<sup>424</sup>.

Todas las veces que los elementos característicos aparecen y reúnen los requisitos que hacen posible la constitución legal del contrato de trabajo (art. 1.1. LET), se aplican de inmediato las fuentes de la relación laboral y, aún a falta de pactos expresos, serán las leyes y los convenios colectivos quienes rellenen de contenido al propio contrato (art. 3 LET). Esta normativización común del contrato de trabajo es regulada de forma unitaria pela LET, todavía no uniforme.

El trabajo por cuenta ajena posee una multiplicidad de formas de prestarlo, al tiempo que también posee diferentes conformaciones en relación a la categoría, salario, jornada implicada por el sector donde se preste, sea química, siderúrgica, hostelería, banco, incluso en relación al permisivo legal que le atribuye ser especial, por razón de la duración, indefinido o a tiempo determinado, pero toda esa diversidad tiene un elemento, común y mínimo, aglutinante, la aplicación de la LET, identificada como relación laboral común.

Todavía no se agota el campo de actuación del Derecho del Trabajo pues en consecuencia de la progresiva e históricamente complicada aplicación del ámbito subjetivo de ese Derecho surgen las relaciones laborales especiales. Así es que quién sea trabajador por cuenta ajena pero no esté incluido en la lista cerrada del art. 2, LET, como partícipe de las relaciones laborales de carácter especial sólo serán se la ley los incluir en el elenco del citado artículo en razón del dispuesto en la letra i) “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”.

- Contrato profesional del trabajador autónomo y autónomo económicamente dependiente TAED

El Estatuto del Trabajo Autónomo presenta los dos regímenes que disciplinan los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para él que desarrolle su actividad profesional (art. 3, c) LETA), pudiendo el contrato ser celebrado por escrito o de palabra (art. 7.1 LETA). Por su vez el contrato para realización de la actividad profesional de trabajador autónomo económicamente dependiente TAED celebrado entre este y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente (art. 12 LETA).

Para el trabajador autónomo la LETA al tratar de las fuentes del régimen profesional por el cual se registrá prevé, allá de la propia LETA, la legislación específica aplicable a su actividad y otras normas y principalmente la normativa común relativa a

---

<sup>424</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 470.

la contratación civil, mercantil o administrativa reguladoras de la correspondiente relación jurídica de trabajador autónomo (art. 3.1 LETA).

Por su vez en relación al trabajador autónomo económicamente dependiente allá de las normas previstas para el autónomo en general aplicase a ellos las que le son específicas por la LETA y su reglamento bien como los que tengan origen en los acuerdos de interés profesional (arts. 12 y 13 LETA).

Cuanto a la duración de los contratos que concierten los trabajadores autónomos y autónomos dependientes tendrán la duración que acuerden las partes y para el último en no habiendo término estipulado entendiéndose por tiempo indefinido.

Fuera de estas situaciones el trabajador se queda al desamparo de la legislación laboral, por esto, en este estudio, se propone la consagración constitucional del principio del debido valor al trabajo humano y una propuesta de reorganización del Derecho del Trabajo por un Derecho más abarcador que se puede llamar de Derecho Monolaboral.

La tesis que se defiende es de que, con el Derecho del Trabajo reorganizado en un Derecho Monolaboral, y la inclusión en el art. 10 CE del principio del debido valor al trabajo humano, se podría tornar efectivo y garantizar la verdadera participación de los trabajadores en las empresas para todo el trabajador subordinado o dependiente, como prevé el art. 4, g) y 61 de la LET y todos los más no incluidos en el Estatuto.

- 2) Participación de los trabajadores en la empresa como una de las implicaciones del desarrollo da relación entre los sujetos del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo no es solo la formalización de un acuerdo de voluntad que vincula las dos partes de una relación laboral, es el propio vínculo obligacional que reúne las dos partes que componen la empresa (el emprendimiento) permitiendo cumplir su objeto, generando la producción de bienes o servicios que solo el empresario con el capital no lo consigue lograr casi siempre.

En la mayoría de las empresas para la producción mismo que el empresario, dueño del capital, detenga la tecnología, el *know how*, pero sin la mano de obra, vía de regla, no ocurrirá la pretendida producción, la empresa se queda estancada, sin cumplir su fin, falta la fuerza motriz o el espíritu que dale vida.

Lo que se realiza en concreto es que alguien que estando en el mercado de trabajo o en él ingrese ofrece su trabajo que viene de encuentro a la demanda de un servicio específico ofrecido por el empresario y los dos combinan juntar sus esfuerzos y medios, en consecuencia lo que debe necesariamente comprender es que cada uno de ellos hará concesiones en sus poderes y derechos, lo que significa para el trabajador restricción en

su libertad y al otro compartir poder. El compromiso que asumen es de juntos realizar la desiderata del emprendimiento que requiere la participación de los dos, no tan solo de una parte, todavía esta alianza o se si prefiere es una especie de “*joint venture*”<sup>425</sup> personal, lo que no es pacífico de asimilación, pero debe ser el futuro de las relaciones laborales.

La página inicial de la historia de la producción de bienes y servicios basada en la sumisión sin límites y de la esclavitud se ha virado hace años. Lo que se busca hoy es cambiar la realidad de que el sacrificio es solo de una de las partes, el trabajador, que limita su libertad durante la jornada de trabajo, que compromete sus energías físicas e intelectuales, que abdica del ocio, que se somete a los poderes de dirección y organización de la otra parte, el empleador, en troca de una retribución que muchas veces no corresponde al sacrificio que se impone. De la otra parte, solo el empresario conduce los destinos de la empresa sin oír su contratado, como si a él no interesase la producción, tan poco lo que pueda ocurrir con la empresa.

Cambiar esta situación es el desafío de hoy que acomete a todos. Empresario y trabajadores son como socios de una alianza que pactan producir, todavía uno de ellos no es propietario, no concurre a una repartición del producto de los esfuerzos conjuntos, no dividen o ratean el resultado de la producción de bienes o servicios, uno remunera el otro como retribución al trabajo y todo más que lo represente, sin olvidar que el riesgo es de la empresa. Porque están juntos en el emprendimiento deben, que no sea compartiendo en toda la plenitud el gobierno de la empresa, pero participar mismo que por medio de una representación, de las decisiones que puedan afectar la vida de la empresa o la producción, es una medida no solo necesaria pero justa.

El contrato de trabajo es así el pacto de hacer juntos, todavía cada uno con sus tareas, responsabilidades y aportaciones propias, es dividir el destino de la empresa que pasa a depender del éxito del oficio de cada uno de los contratantes. Por su vez la relación de trabajo que se establece entre el empresario y el trabajador hay que ser fundada en la buena fe, que durante la existencia de esta relación una y otra parte sepa reconocer la importancia de cada cual, que garantice los intereses uno del otro y para tanto se ha de implicar cada vez más el trabajador en la vida de la empresa.

Siendo la relación de trabajo la realización del contrato, el hecho que le da vida, y para que sea plena se ha de llamar el trabajador para participar de la gestión de la empresa donde estuvo alijado por tantos años.

Porque el trabajador entrega el destino futuro de su vida en el trabajo, en las manos del empleador, es justo, es un acto de buena fe, que el empresario lo permita

---

<sup>425</sup> *Joint Venture* o empresa conjunta, tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas (normalmente personas jurídicas o comerciantes), es en última análisis una aventura conjunta o en conjunto. Alianza. [http://es.wikipedia.org/wiki/joint\\_venture](http://es.wikipedia.org/wiki/joint_venture). 8/02/2012, 23:20h.

participar de los destinos de la empresa no tan solo en cuanto patrimonio o propiedad del empresario más fuente de producción y satisfacción de necesidades.

Todo el ordenamiento jurídico considera la función social de la propiedad y particularmente de la empresa, se esta empresa es formada en lo mínimo por bienes y personas, que una importante parte de estas personas son los trabajadores, entonces que sea dado por cuestión de justicia el derecho de participar de las decisiones en la empresa, hoy provisto de forma imprecisa en la legislación laboral.

Se el empresario al contratar un trabajador lo hace porque acredita que él puede rellenar una plaza en la plantilla de la empresa desarrollando un trabajo que pueda ayudar en la producción, por su vez el empleado deberá actuará de forma honesta y diligente, o sea que venga de buena fe, entonces solo resta al empleador corresponder a esta virtud implicándolo también en las decisiones que afectan la empresa, puesto que también afecta el trabajador en caso de desempleo o reducción de salario, ambos permitidos por ley.

La nota común a todas las formas de participación de los trabajadores en la empresa, es la afirmación de partida de que la actividad económica-productiva y la organización laboral de la empresa genera intereses comunes a las partes de las relaciones laborales, para cuya actuación se precisa de métodos o instrumentos que hagan posible una cooperación con la dirección<sup>426</sup>,

por medio de una implicación individual o colectiva.

La relación entre empleador y empleado debe ser una vía de dupla mano. El detentor del capital y mismo de la tecnología no es el único implicado ni el más importante en la relación, sino también el trabajador con toda su carga de dignidad y competencia.

Contratar trabajador y establecer una relación laboral debe significar para el empresario abrir mano de mando singular sobre el emprendimiento, es dejar que el trabajador por su representación participe de las decisiones que puedan afectar la salud financiera de la empresa o la producción. El trabajador que está día después día en la línea de frente de la producción, que muchas veces está en contacto con el mercado de bienes o servicios, puede traer para las decisiones de la dirección de la empresa aportaciones importantes y estrategias para las mejores tomadas de decisión, así la contribución del trabajador puede ser de gran valía, lo que se reflejará en los objetivos del emprendimiento a ser estudiados a seguir.

---

<sup>426</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 162.

### c) El objeto de la relación entre los sujetos

Lo que justifica el establecimiento de una relación laboral entre empresario y trabajador es el objeto próximo inmediato preexistente al contrato que por un lado es representado por los servicios contratados pelo empleador y por otro la retribución o salario del empleado. Todavía existe un objeto último mediato del emprendimiento que es la producción, razón mayor de la empresa.

La labor contratada es el patrimonio más legítimo que el hombre puede aportar para la producción y que por su importancia y significado exige una mayor valorización que no es solo la remuneración, pero también el reconocimiento de un derecho a la participación en la empresa.

#### 1) Los servicios contratados

Cuando una persona contrata trabajo como empleado lo que hace es comprometerse en una relación laboral, “a lo que el trabajador se obliga es a trabajar, que a esto equivale en nuestra terminología jurídica ‘prestar servicios’. Los servicios deben entenderse jurídicamente en el sentido más amplio pensable, comprendiendo cualquier tipo de trabajo, indistintamente manual o intelectual”<sup>427</sup>. Estos servicios a que el trabajador se compromete son personalísimos, es decir, que compromete su propia persona, con el consecuente desgaste que es propio del labor, allá de él ponerse a disposición muchas veces de forma exclusiva por el tiempo contratado privándole de otra actividad al menos en el horario del labor.

Los servicios se prestan dentro del ámbito de la organización y dirección de quien paga los salarios. En este sentido el Estatuto de los Trabajadores ha contemporizado el lenguaje a la tradicional subordinación o dependencia del trabajador al empresario, para dar el sentido en el art. 5. c), de obediencia o sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato, o como establece el art. 20.1 “bajo la dirección del empresario”.

La destinación del producto del servicio contratado es establecida por el art. 23 de la LCT de 1931 donde “el producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél, por el mismo hecho de contrato”. Así es que por el contrato de trabajo, en cuanto título que determina la ajenidad y vincula a las partes a los derechos y deberes que de ella derivan, los frutos pasan a ser ajeno por la cesión anticipada y remunerada que constituye su esencia y que hace que el ajeno adquiera originalmente su titularidad.

---

<sup>427</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 65.

La dependencia es puramente jurídica, formal y se traduce en un actuar por cuenta ajena en virtud del cual se opera el traspaso automático del resultado de un trabajo de quien lo hace a otra persona distinta.

Los servicios contratados son todos aquellos fundados en el contrato de trabajo y que no esté contemplado por la exclusión del art. 1.3 de la LET que trata de trabajos exceptuados y excluidos del amparo del Estatuto de los Trabajadores.

El que se desea destacar en esta parte del estudio es que en razón de los servicios contratados y la consecuente subordinación, dependencia, ajenidad, derechos y deberes contraídos que implican a las partes, el amparo que el legislador pretendió dar a esta categoría de trabajador comprende también el de la participación en la empresa como ya estipulado en los derechos laborales básicos, art. 4.1, g) de la LET, con el correspondiente deber de ser observado por el empleador. De ahí se poder afirmar que para ese trabajador el derecho existe solo falta ser cumplido, hasta que venga el mandamiento explícito, objeto de sugerencia en esta tesis, a ser introducido en la Constitución.

Hay diferencias substanciales entre los servicios contratados por el trabajador subordinado, o sea, con dependencia y ajenidad y otros servicios excluidos de esa clasificación por la LET, que no sea la propia situación de dependencia y ajenidad. Y de ahí la necesidad de extender el instituto de la participación a los excluidos bien como todos los demás derechos que no sean incompatibles con la relación que se establezca.

La contrapartida a los servicios contratados es la remuneración a que está obligado el empleador, objeto del estudio a seguir. Sin embargo, la fatiga, el desgaste físico y mental, la dedicación que de facto ocurre en lo dispendio de los servicios contratados, ¿son ellos retribuidos de facto en su plenitud, o resta una deuda no solventada por la remuneración? ¿Cómo retribuirlo entonces?

## 2) La retribución o salario contratado

Dentro de las características del contrato de trabajo allá de ser bilateral, es decir, con obligaciones para ambas las partes, ser conmutativo pues cada parte se representa la realidad de su propia prestación y la de la otra parte como ciertas al tiempo de contratar y ser sinalagmático en sentido funcional, porque busca una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de las partes, para realizar la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación, pero ser también oneroso, es decir cada parte aspira a, y obtiene, una ventaja de la prestación de la otra, dicho de otra forma, porque constituye necesariamente obligaciones a cargo de las dos partes. Sin olvidar que es un contrato personalísimo.

Del contrato de trabajo nacen las obligaciones recíprocas para cada parte y correspondientes derechos y deberes lo que consiste la reciprocidad de prestaciones básicas como es la del trabajador, prestar su trabajo, trabajar y del empresario de remunerar el trabajo prestado. Otras prestaciones existen para el empresario, pero es difícil ver en algunas de ellas una reciprocidad estricta con otras correlativas del trabajador, a semejanza de lo que ocurre con el deber de buena fe de éste.

La obligación de remunerar el trabajo “se da como contenido u objeto de la prestación del empresario en cumplimiento de su obligación básica de remunerar el trabajo, y se recibe por el trabajador como contraprestación de su trabajo”<sup>428</sup>.

Por su vez el legislador establece: “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación (...) de los servicios por cuenta ajena”, art. 26.1, LET.

Además la misma LET, al tratar de la igualdad de remuneración por razón de sexo dispone que “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, (...)”, art. 28. También la STS de 27 de abril de 1981, aclara “el pago de los salarios es el deber correlativo al beneficio que [el empresario] obtiene por hacer suyo el resultado del trabajo”.

En términos económicos, en razón de las obligaciones asumidas, el salario es tanto renta del trabajador como coste del empresario.

Para el estudio que se pretende se puede destacar el carácter sinalagmático que debe tener la retribución salarial por fuerza del contrato de trabajo, ya que es la contraprestación dentro del sinalagma funcional de los servicios que solo es debido después del servicio prestado, todavía el empresario tiene prestaciones u obligaciones que van más allá del salario como es el de seguridad en el trabajo, o deber de protección y porque no el deber de permitir a el trabajador participar de las decisiones que afectan a la vida de la empresa, aún por ser observado por una gran parcela del empresariado.

### 3) La producción

Como fin último del contrato de trabajo y de la relación laboral se tiene la producción que visa atender a las necesidades básicas o no de la sociedad por medio de bienes o servicios que son prestados.

---

<sup>428</sup> ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, 23ª ed., Editorial Thomson Civitas, Madrid 2005, p.363 y 364.

El vínculo que se establece entre quien demanda un servicio, el empresario, y quien ofrece su servicio, el trabajador, se consolida o perfecciona con la efectiva actividad laboral o el ingreso en la plantilla, resultando en la producción.

La producción como resultado de todo el ciclo de trabajo desarrollado en la empresa puede sufrir incremento, se si aumenta el nivel de satisfacción del trabajador y se mejora la cooperación entre quien organiza y dirige el trabajo y quien lo ejecuta. Esto puede ocurrir con la implantación o reforzamiento de la participación del trabajador en la empresa, resultando en un mayor grado de implicación, con gaño para ambas las partes.

La incertidumbre de los tiempos actuales fruto de la competitividad en los mercados de productos o servicios han afectado profundamente todo el sistema de producción motivando cambios drásticos que afectan desde las relaciones de ámbito subjetivo del trabajo y empresario, con la necesidad de una mano de obra cada vez más cualificada y siempre en efectivo perfeccionamiento, hasta la forma de producirse y el producto final que poco guarda de las características de la matriz que le ha dado origen. Diciendo de otra forma, en cuanto en el inicio del proceso de industrialización el resultado de una producción en serie presentaba características de supervivencia por largo plazo, todavía el frenesí de hoy lo que se hace ahora puede no servir para el mañana por estar superado por el concurrente.

Este estrese del mercado afecta tanto el propio mercado cuanto la relación interpersonal, lo que se contrata como cierto hoy puede no serlo mañana, se por un lado este estado de cosas determina una búsqueda desenfrenado por perfeccionamiento y pesquisa por otro afecta la vida de las personas, no solo de la empresa. Así el trabajador de hoy vive una presión psicológica y física incomparable a los de antaño, lo que significa que el trabajador de hoy es mucho más exigido que el de ayer, su compromiso de hoy no se compara con el del trabajador del tranquilo pasado.

Lo que si quiere poner de manifiesto es que las relaciones entre el trabajador de hoy y su empleador se aún no los es, pero tiene que ser diferente por lo mucho que ha cambiado y que afecta el compromiso de la persona que contrata trabajo, en estos tiempos de intensa evolución e incertidumbres, que va más allá del que se establece en el momento de la contratación y lo que se desarrolla en el día a día.

El compromiso de trabajo de hoy que resulta en la producción exige mucho más del trabajador, su comprometimiento es muy mayor, lo que exige una importante parcela de participación, incluso en las decisiones en la empresa.



#### 4) El trabajo o labor contratado generador del derecho de participación

Sólo una particular manifestación del trabajo humano es objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, así es que el objetivo normativo de esta rama del Derecho no es el trabajo general, o todo o cualquier tipo de labor, sino una forma singular del mismo que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes aspectos establecidos por el art. 1.1 LET: el trabajo productivo, trabajo por cuenta ajena, trabajo libre o en régimen de libertad, trabajo dependiente o subordinado.

Así es que “el trabajo objeto del Derecho del Trabajo no es otro que la actividad laboral que se presta en el seno de una relación contractual, soporte generalizado a su vez del sistema productivo, en régimen por ello de ajenidad [y dependencia] y de libertad”<sup>429</sup>.

Todavía no hay incompatibilidad de otras actividades laborales poder ser acogidas por un derecho, como ya ocurrió con los autónomos con estatuto propio, incluso por el propio Derecho del Trabajo. Se hoy esta rama del Derecho solo alcanza el trabajo dependiente o subordinado y por cuenta ajena, por una opción del legislador que lo ha producido así, como solución para la “cuestión social”, no inicio como legislación laboral, a seguir un Derecho Obrero y después consolidándose como un Derecho institucionalizador del conflicto, ofreciendo estabilidad y seguridad para las relaciones entre capital y el trabajo, permitiendo el desarrollo de la producción.

No es que el Derecho del Trabajo no pueda abrigar otras formas de trabajo, en verdad no hay incompatibilidad de las otras actividad que no son ejercidos en régimen de subordinación, dependencia o ajenidad es solo una cuestión de cambiar el eje, que al envés de gravitar en torno de una clase de trabajadores, debe gravitar en torno de la persona, del ser humano que trabaja en actividad productiva. Es decir, todo y cualquier trabajador que desarrolla una actividad laboral en pro de otra que se apropia de forma original o no de los bienes o servicios producidos pasa a ser sujeto de la protección del Derecho del Trabajo, o el que le sustituya.

De esta forma, todo trabajador que desarrolla una actividad productiva asalariada, cuyos bienes o servicios producidos vengan en la origen o a posteriori ser de propiedad de quien lo ha contratado (el empresario), o sea la ajenidad, se quedará amparado por la legislación laboral, incluso en relación al derecho de participación en la empresa cuya efectividad estará sometida a los grados de protección según su comprometimiento en la relación laboral, cuyo estudio y desarrollo se hará en los capítulos II y III de esta tesis.

---

<sup>429</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, (art. 3 de la Ley 10/1997, de 24/04, citada por el autor) p. 80.

En definitivo, lo que genera el derecho de participación en la empresa para el trabajador y que debe ser instituido de forma modulada es el hecho de contratar trabajo, porque el eje de este nuevo Derecho va estar en la persona de trabajador que contrata trabajo y no solo en una categoría como es hoy.

Esta tesis es una apuesta en las posibilidades del instituto de la participación que mismo existiendo en el ordenamiento laboral español no fue vinculado de forma absoluta y definitiva para una real y efectiva plenitud de las virtudes que a seguir serán trabajadas en los capítulos II, III y IV.

## **CAPÍTULO II – PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN LA PERSPECTIVA DE UN DERECHO MONOLABORAL Y EL PRINCIPIO DEL DEBIDO VALOR AL TRABAJO HUMANO**

Desde 1978 la participación de los trabajadores en la empresa se ha tornado una realidad factible para unos, con orden expresa de concretización por la ley laboral que se ha, de hecho, concretizada por el Estatuto de los Trabajadores y otras leyes que le complementan, esto es, ha ganado solamente estatus constitucional, con reconocimiento posterior por ley.

Ha quien diga que no se ha constituido en fórum constitucional que tan sólo hay recibido carta de delegación para tener efectividad por la ley infraconstitucional y que se ha producido por el dicho Estatuto y otras leyes más.

Otros prefieren negar cualquier condición de acogimiento por el texto constitucional y contestan mismo su vocación como un derecho que jamás podrá afrontar el derecho de propiedad y la libre empresa.

Aún hay aquellos que vislumbran un acogimiento por la Constitución que no solo le da un estatus de un derecho subjetivo de participación en el art. 129.2 como es confirmado por otros derechos fundamentales, que desde el art. 9.2 y otros que no tan solo le elevan a la condición de un derecho fundamental, pero que prestan los elementos de que precisa para su real efectividad.

Todavía el que casi nadie puede dudar o negar, cualquiera que sea la corriente doctrinaria a que esté vinculado, es que, es posible mejorar su rango, ubicándole entre los derechos fundamentales. Esto es uno de los propósitos que si tiene al continuar con la investigación a el largo de este y del próximo capítulo, para al final proponer una revitalización del instituto de la participación del trabajador en la empresa en la Constitución, manteniendo el comando para ejecución de las diversas formas de participación en la empresa del Título VII, pero añadiendo a un precepto del Título Primero su más legítima e incontestable ubicación entre los derechos fundamentales, le reconociendo como un genuino derecho a dignidad del hombre que trabaja y garantizando el desarrollo de su personalidad.

El que se pretende proponer es abrir un espacio de discusión fundado en un breve recorrido histórico, un diagnóstico de presente y una larga mirada al futuro ofreciendo soluciones factibles, que de una vez por todas pueden tornar concreto el derecho de participación, con el más legítimo ejercicio del derecho al debido valor al trabajo humano, en pie de igualdad con los derechos a la vida, libertad, igualdad, justicia y la propia dignidad de la persona.

Es posible que la Constitución haga mayor justicia con el trato debido al valor trabajo, es posible dar más dignidad al labor, porque como está hoy, existe una deuda a ser solventada, que radica en considerar la más legítima manifestación, de la única y genuina propiedad del ser desposeído de capital y bienes, como lo es su trabajo, que con su frecuencia es tratado como un derecho que se debe curvar delante del tan decantado derecho a la propiedad y la libre empresa, y que en última análisis es priorizado por estos dos. A ser mantenido así, no es un tratamiento de igualdad, tampoco de justicia, sino una flagrante injusticia que contrasta profundamente con el Preámbulo de la Constitución española y viola el art. 1.1 de esta.

## **I. Configuración de los derechos y los fundamentos de la participación**

Tener derecho es ser titular, es ganar investidura por fuerza de la Ley, incluso desde la Constitución, por el reconocimiento de que alguien incorpora características, elementos y valores que poseen y tienen que ser respetados por todos, se hace valer en la dimensión que el ordenamiento jurídico conforma para a final ser garantizado por el Estado.

Por ser así, hoy la participación de los trabajadores en la empresa, mismo con las reservas que le hacen una parte de la doctrina, es reconocida por la Constitución. Se así no fuera, no establecería el orden a los poderes públicos para promoverlos en el art. 129.2, mismo que para su completa configuración se tenga que hacer una lectura conjunta con arts. 9, 10, 35 CE y otros. Por su vez el derecho al trabajo y su correspondiente deber son condiciones de dignidad humana, inseparables esto de aquello en una estructura de reconocimiento del debido valor al trabajo humano.

Reconocer, respetar y promover por todas las formas la dignidad del ser que trabaja es imperativo para que el dueño del capital productivo, en el ejercicio de su libre iniciativa y los derechos que de estas discurren, sea legítimo y para que todo esto sea de hecho garantizado por el Estado.

La amplitud de los estudios a seguir tiene, sin embargo, la dimensión de la necesidad de configurar muy bien los institutos y fundamentos de la participación y del propio derecho al trabajo y sus relaciones con otros institutos conexos.

### **1.1. Deber de trabajar y el derecho al trabajo**

La carta política y constitutiva del Estado y del pueblo español, atendiendo a imperativos de contener solo el esencialmente necesario y acuciante al nivel de cúspide de un sistema de ordenamiento jurídico conformador de la vida en sociedad, asume

que es indispensable una responsabilidad social de todos y cada un en el desarrollo de la más importante actividad de la relación entre los seres humanos al largo de su existencia, cuya actividad es como una moneda que, de un lado culmina un deber de trabajar, necesario para la producción de bienes y servicios, para que la vida no sea tan sólo un gran ocio al margen de la realización productiva de pocos y por otro lado, el derecho al trabajo y la libre escoja de una profesión que debe dignificar el hombre, por medio de esta que es una de las únicas formas de actividad que, al tiempo en que permite el desarrollo de la personalidad, también propicia el sustento suyo y de su familia.

#### a) El deber de trabajar

No se ha de subestimar el legislador constituyente cuando graba su voluntad (o la del pueblo) en la carta política, social y económica estableciendo: por primero el alcance o ámbito de aplicación del enunciado del artículo 35.1 “Todos los españoles (...)”; a seguir hace opción por el verbo tener para darle el sentido de poseer y que, por ser así proclama “(...) tienen (...)”; para llegar después al cierre del enunciado, que interesa a este estudio, con dos elementos substanciales expresos por “(...) el deber de trabajar y el derecho al trabajo (...)”.

No es en vano que elige un orden, por primer el deber de trabajar antes mismo de sancionar el derecho al trabajo. Esto es un designo de los derechos sociales, el hombre antes de tener garantizado un derecho le es culminado un deber, es como si enunciase - ya que tiene una obligación y, si la cumple, entonces le resulta un derecho que se le queda imputado -, cabiendo al intérprete jamás despreciarlos.

La razón que impulsa la conformación del ordenamiento jurídico es perfectamente perceptible:

Primero, en la orden de las cosas se establece, primer el deber y después los derechos como ocurri en el ámbito del Derecho del Trabajo, esto es fácilmente comprobable en el derecho infraconstitucional, a partir del contrato de trabajo. Mientras que ambos los contratantes aportan una necesidad muy sencilla a las relaciones laborales, en cuanto uno trae una plaza de trabajo y la carencia de producción de bien o servicio, el otro su fuerza de trabajo con toda la carga de su comprometimiento en el labor y con una carencia de salario. Así es que el encuentro de estas voluntades es por si sólo generadora de obligaciones y muchas otras tensiones, pero, a partir de ahí el trabajador sólo es creador de salario, de descansos diario, semanal, vacaciones, después de cumplido sus actividades por el periodo determinado de tiempo, lugar y especificaciones de acuerdo con el establecido.

Otros tantos ejemplos se podría sacar, incluso en el campo del Derecho Civil, en la parte de las obligaciones, donde primer se tiene que cumplir el acordado para obtención del crédito, y solo entonces, el ejercicio del derecho como retribución o contrapartida.

Segundo, el ordenamiento jurídico parte de una comprensión de que, en torno del trabajo productivo y remunerado hay siempre dos ámbitos clásicos y originalmente naturales: el individual y el colectivo. El individual representado aquí por el derecho al trabajo que recae sobre la persona individualmente considerada, pues es una actividad inherente al ser humano de pie sí, cuando actúa en la producción de bienes y servicios, mismo cuando comparte con otros, por veces el ajeno, el más amparado por ley. De otro lado existe el imperativo colectivo representado por el deber de trabajar, condición primera de vida social y de uso del patrimonio, mismo de aquellos que ya lo detienen por herencia o cualquiera otra forma de adquisición legal, para que la propiedad cumpla su función social.

El deber de trabajo radica en que todos y cada una de las personas de una sociedad que consumen bienes y servicios, en algún momento o a cada momento de su vida, independiente de tener patrimonio o no, hay que desarrollar una actividad productiva, ejerciendo su contribución en cuanto parcela activa de la misma sociedad.

Así, aquello que tiene capacidad física y psicológica es alcanzado por el comando constitucional que, más allá de un deber moral es un encargo de la vida en sociedad a que todos están obligados. El que no es posible es cobrárselo, porque: ¿el cuando?, ¿Cómo? y ¿donde trabajar?, es un designo que está en la voluntad de cada cual.

Mientras que buena parte de la doctrina tenga una visión más elástica del deber impuesto a los españoles que huye a los rigurosos términos de la Constitución.

El deber de trabajar desde su origen en los textos constitucionales españoles tiene la primer acogida en el artículo 46 de la Constitución republicana de 1931 que ha calificado al trabajo como obligación social, motivando la reacción de algunos doctrinadores refiriéndose al deber de trabajar, si es que merece realmente este nombre, “no se contenta con declarar que el trabajo es un deber, sino que lo reputa obligación, queriendo acaso pasar de lo moral a lo jurídico; pero no tiene todo el vigor necesario para ello: aparte de que antes se ha reconocido el derecho de propiedad”<sup>1</sup>.

Otros seguimientos de la doctrina comentando el texto de la Constitución de 1931 cuanto el deber de trabajar cuestiona en el que “toca el núcleo de la cuestión: ¿tiene

---

<sup>1</sup> PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 200. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 119, citación nº 95.

algún sentido – que no sea metafísico – obligar a trabajar a quien puede vivir de la rentas de sus propiedades?”<sup>2</sup>

En general la doctrina diverge en muchos aspectos de este deber, como ocurre con la italiana que tiene una singular y diferente opinión: una de ellas es la que “vincula al deber con la capacitación y formación profesionales y como carga del ciudadano. Para él, el deber de trabajar, entendido como actividad orientada a adquirir una capacidad laboral y a ejercitarla útilmente, asume la función de carga en relación al correspondiente derecho al trabajo”<sup>3</sup>.

Para otra parte de la doctrina italiana no parece plausible la idea de que pueda configurarse como “garantía indirecta de tal deber la disposición constitucional que niega al ciudadano capaz para el trabajo el derecho a la asistencia. Aquí, el trabajo se entiende como actividad dirigida al sustento del sujeto y no sólo como actividad socialmente útil”<sup>4</sup>. Así es que, a su juicio, no se puede obligar al sujeto a trabajar, sino expresar la obvia exigencia de que, “para ser mantenido a expensas de la sociedad, no pueda mantenerse él mismo ni con sus bienes ni con su trabajo. Si la Constitución hubiera querido poner en marcha una garantía indirecta, hubiera tomado en consideración el supuesto de quien aun contando con medios, se sustrajese del deber, cosa que no hace”<sup>5</sup>.

Existe aún quien afirme que “sólo de un modo indirecto cabe garantizar el deber, como, por ejemplo, mediante la atribución de una hipotética calificación de indignidad civil y la consiguiente *diminutio* en el disfrute de derechos políticos”<sup>6</sup>.

En España, en posición disonante de la doctrina predominante, pero de gran relevancia para esta investigación es la que defiende la existencia de una auténtica obligación, configurada por la CE como “derivada de la creencia en el trabajo como actividad fundamental para el desarrollo de la persona”<sup>7</sup>.

Respecto a la protección por desempleo en el caso de la persona que quiera trabajar y no encuentra un empleo para aplicar esa voluntad, así es que “parece ser, por

---

<sup>2</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R., *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, Revista de Política Social 121, 1979, p. 38.

<sup>3</sup> GIUDICE, R. del, *Diritto e dovere di lavoro*. Il Diritto del Lavoro I, 1960, p. 179. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 112, citación nº 96.

<sup>4</sup> MAZZIOTTI, M., *Lavoro (diritto costituzionale)*, en Enciclopedia del Diritto XXIII, Giuffrè, Milano 1973, p. 341 y ss. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 113, citación nº 102.

<sup>5</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 113, citación nº 102.

<sup>6</sup> MORTATI, C., *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica*, (*Natura giuridica, efficacia, garanzia*), en Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione IV, Roma, 1953, p. 117 y ss., *Il lavoro nella Costituzione*, pp. 157-159. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 113, citación nº 101.

<sup>7</sup> ASÍS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 408 y 409.

lo tanto, un elemento necesario de la situación a proteger. Quien, careciendo de empleo no lo busque de forma activa o rechace las ofertas de trabajo que se le hagan, no puede, en la lógica de las cosas, llamarse desempleado. Otra cosa es el modo concreto a través del cual dicha voluntad pueda o deba manifestarse.”<sup>8</sup>

En el sistema normativo británico “el deber de trabajar se halla presente sólo en la legislación de Seguridad Social como requisito para el otorgamiento de diversas prestaciones sociales, que pueden concederse únicamente cuando un individuo se encuentre involuntariamente desempleado, no haya sido despedido por su culpa o esté dispuesto a aceptar ofertas de empleo”<sup>9</sup>. En otras palabras, el deber de trabajar no se concibe en relación al derecho al trabajo.

Una posición interesante que cuestiona la relegación del deber de trabajar al campo de la ética como se fuera un puro deber moral, es la que entiende que el deber de trabajar posee un doble vertiente, social y contractual. Así es que, “el deber de trabajar, social o cívico, es un deber genérico: con la sociedad o para la sociedad. Donde el deber encuentra su punto concreto de compulsión es en el contrato de trabajo libremente estipulado.”<sup>10</sup> De otra forma, se llega a la obligación exigible por el camino de la elección, este es el deber contractual. El Estatuto de los Trabajadores configura como deber básico el de trabajar, con buena fe o diligencia. Es la versión obligacional: el deber de trabajar cuando se vierte en un contrato se modaliza, se realiza, si se trabaja con buena fe y con diligencia. Así resulta imposible que el Derecho, en tanto orden heterónoma y coactivo, genere obligaciones éticas, pues la idea de obligación ética y la de imperativo procedente de una voluntad ajena y revestida de coacción son términos contradictorios.

Llama atención el planteamiento que empieza reconociendo que la Constitución no contiene una remisión expresa a la legislación ordinaria, que es imprescindible para dotar de efectividad los deberes correspondientes, el que no significa que las normas constitucionales se hallan privadas completamente de eficacia, sino únicamente “que no son eficaces en relación a las conductas personales, es decir, en cuanto generadoras de deberes jurídicos para las mismas”<sup>11</sup>.

Existe una línea doctrinaria basada en el postulado por el cual las normas constitucionales referentes a deberes dan lugar a una expectativa de actuación a cargo

---

<sup>8</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y persona protegidas*, en AA. VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid 1985, p. 216.

<sup>9</sup> HEPPLER, B., *Essiste un diritto al lavoro?* *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 16, 1982, p. 654. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 113, citación nº 106.

<sup>10</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., *Comentarios al artículo 35. Derechos laborales*. En O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978 III*, Edersa, Madrid 1983, p. 472.

<sup>11</sup> VARELA DÍAZ, S., *La idea del deber constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional* 4, 1982, p. 83.



de los poderes públicos y no tanto a una expectativa de comportamiento privado, el que genera los problemas cuando se analiza la figura del derecho-deber en relación al trabajo pues:

en todos estos casos se manifiestan con singular evidencia las dificultades para trazar la línea que separe, a un lado, el derecho subjetivo concebido como situación de ventaja, y a otro, el deber concebido como carga. La perplejidad, por ejemplo, que denotan algunos laboristas ante la declaración de que el trabajo es un derecho y un deber al mismo tiempo deriva, precisamente, de que se persiste en ese intento de separación o diferenciación conceptual, en lugar de aceptar que se ha operado la disolución y fusión de ambos conceptos – ventaja y carga, derecho y deber – en una directiva material a los poderes públicos y al resto del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

En definitiva en torno de la idea de deber constitucional de trabajar hay que considerar la posición del doctrinador que advierte: “en el ámbito doctrinal es preciso, por consiguiente, dejar a un lado pretensiones ideológicas del legislador, como las que se manifiestan en nuestra Constitución, para afirmar que la obediencia al poder o el cumplimiento del Derecho nunca pueden concebirse como expresión de una obligación o un deber de raíz ética”<sup>13</sup>.

Por ello del que se “trata es de vincular este deber al principio de solidaridad social evitando posibles utilizaciones no deseables”<sup>14</sup>, es decir, evitar la utilización represiva del deber constitucional de trabajar.

Por su vez, el derecho, como la otra cara de la institución trabajo, reconocido como uno de los derechos fundamentales, a despecho de no obligar a los poderes públicos o culminar una responsabilidad directa y positiva de garantizar una plaza a quien desee trabajar, todavía es forzoso, si quiere ser España un Estado de Bienestar Social hay que asumir el compromiso con políticas de pleno empleo y la responsabilidad insoslayable por el amparo en el desempleo y en la jubilación o invalidez, a todos aquellos a quien culminó el deber de trabajar principalmente con aquellos que viene cumpliéndolo o intentándolo cumplir. Se volverá al tema derecho más adelante.

La nueva manifestación del deber de trabajar surge en el final de siglo XX “como contrapartida de la renta que se garantiza al parado, se trata de un componente nuevo del estatuto profesional, cuyo significado es que el trabajador debe estar dispuesto a cambiar de profesión o a ocupar un puesto no tan bien remunerado como el que

---

<sup>12</sup> VARELA DÍAZ, S., *La idea del deber constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional 4, 1982, p. 83.

<sup>13</sup> Ídem, p. 83.

<sup>14</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 95.

perdió”<sup>15</sup>. En conjunción con esta acción de presión sobre los parados, se han desarrollado incentivos a la contratación dirigidos a los empresarios bajo la forma de empleos subvencionados. Se ha querido hacer de este nuevo tipo de trabajo un puente entre el paro y el empleo, sin calcular siempre el alcance de sus numerosos efectos perversos.

Una análisis de los criterios que causan derecho al subsidio de desempleo y a las pensiones puede demostrar con total claridad el sentido de esta evolución, teniendo en vista que los diferentes criterios conceden cada vez más importancia a la capacidad de ganancia del beneficiario y menos a su anterior profesión que se queda en según plan. Es una tendencia por la que cada vez más se “renuncia, parcial o totalmente, a asegurar la continuidad en el ejercicio de una misma profesión para ceñirse a una valoración cuantitativa y monetaria de la situación de las personas en el mercado de trabajo”<sup>16</sup>. Así es que en casi todos los países la oportunidad de la demanda de empleo de un parado se valoraba de forma parcial en función de la profesión del propio parado, ahora y cada vez más tiene importancia el nivel de salario que pasa a ser el criterio preferencial por los ordenamientos jurídicos y las políticas públicas.

Esa mudanza de criterio y su evolución es detectada en todos los países de la comunidad, todavía el que distingue un del otro es el nivel salarial que cada país considera como aceptable. “En España el salario debe ser el normal del sector correspondiente y no tiene en cuenta el último salario percibido ni el importe del subsidio de desempleo”<sup>17</sup>. Cuanto a la incapacidad permanente, en sus diferentes grados, se mide en función de la capacidad del inválido de ejercer su profesión habitual o cualquier otro trabajo.

Ahora bien, el deber de trabajar que discurre de una obligación como contrapartida a una renta que recibe, oriunda de recursos públicos, por la situación de paro, o la obligatoriedad de aceptación de oferta de empleo mismo que no corresponda con el valor del último salario o propio de su profesión no es la esencia del comando constitucional que en su plenitud es más amplio y tiene un componente que trasciende el campo del derecho con la vinculación a un compromiso moral para con la sociedad, el de producir o ayudar en la producción de bienes o servicios, ya que consume bienes y servicios, mismo para aquellas personas que poseyendo capital pueda se dedicar al ocio, pero que no sea por toda la vida, por lo menos hay que poner su capital a servicio de la producción, esto es un compromiso social inolvidable e inevitable en la vida social.

---

<sup>15</sup> SUPIOT, A. (coord.) *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 72.

<sup>16</sup> Ídem., p. 72.

<sup>17</sup> En el momento que se desarrolla este trabajo alertase que hay una disposición concreta del Gobierno de hacer profundos cambios en la legislación del trabajo y seguridad que puede afectar incluso estos beneficios.

De naturaleza distinta es el deber de trabajar y su correlativo derecho en relación a “los penados (él condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma’) tendrán derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social (art. 25.2 CE)”<sup>18</sup>, así también le es culminado el correlato deber de trabajar. Sobre todo, además, cuando la efectividad del derecho al trabajo del penado viene abonada, al propio tiempo, por el carácter obligado del trabajo del internado como ingrediente de la pena y de la finalidad rehabilitadora que a ésta le atribuye la Constitución (art. 25.2). Corroborata tal asertiva la Ley General Penitenciaria (LO1/1979, de 28 de septiembre) considera así el trabajo de los internos como un “elemento fundamental del tratamiento penitenciario” (art. 26.1), es decir, como actividad directamente dirigida a la “consecución de la redución y reinserción social de los penados” (art. 59.1), por lo que “todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales” (art. 19.1).

El Tribunal Constitucional en Sentencia 172/1989, de 19 de octubre, se pronuncia sobre el derecho de los penados a una actividad laboral retribuida o puesto de trabajo “dentro de las posibilidades de la organización penitenciaria existente”. Todavía para la doctrina examinada es, en fin, a duras penas reconocibles a la luz de la declaración constitucional de efectividad de los derechos y libertades contenida en el artículo 9.2 CE y que constituye el verdadero dispositivo de cierre del entero sistema constitucional de tutela de los derechos y encargo de deberes. Por lo que deberá la Administración penitenciaria, según el Tribunal “remover los obstáculos que impidan o dificulten” la plenitud de los derechos constitucionales, y se así no es, incumple el artículo 25.2 CE, pues en la opinión del doctrinador, “no sólo desde luego cuando deja de facilitar a un interno un puesto de trabajo existente, sino también cuando no ha puesto con anterioridad los medios necesarios para su creación y ofrecimiento”<sup>19</sup>, permitiendo también el cumplimiento del deber de trabajar.

A esto deber de trabajar y su correlato derecho incide e incardina el principio del debido valor al trabajo humano, fundamento para la participación de los trabajadores en la empresa.

Diferente y nada más obvio que el “derecho general al trabajo no atribuye a sus titulares (todos los españoles) la habilitación constitucional para obtener en cualquier momento un puesto de trabajo adecuado dentro de la estructura productiva nacional”<sup>20</sup>, es que en una economía como de España la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de crear empleo es libre y no viene determinada, mientras pueda ser impulsada o fomentada por la acción de los poderes públicos, de forma semejante la obligación generada por el deber de trabajar, sufre las mismas implicaciones y vicisitudes.

---

<sup>18</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C, *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios constitucionales, Cuadernos y debates nº 28, Madrid 1991, pp. 25 y 26.

<sup>19</sup> Ídem, p. 29.

<sup>20</sup> Ibídem, p. 26.

Todavía, sólo en un supuesto de organización económica donde el Estado que proclama el derecho subjetivo al trabajo y hasta el deber de trabajar es, al mismo tiempo titular de la estructura ocupacional del país o, al menos, estará en condiciones de decidir en su conjunto y de modo significativo la creación de empleo. “De no ser así, ya que ‘se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado’ (art. 38 CE), el contenido del derecho al trabajo ha de tener necesariamente otra significación”<sup>21</sup>, mereciendo un estudio específico.

## b) El derecho al trabajo

### 1) Aproximación al derecho al trabajo

Para empezar el estudio se ha de situar en el ámbito concreto de esta análisis del derecho al trabajo, en su condición de “primer derecho social”<sup>22</sup> históricamente reivindicado, y de elemento en torno do cual se desencadena un importante debate entre pensamiento liberal y socialista.

Debate que empieza con las reflexiones en torno a este derecho que se han quedado apuntaladas sobre un “pedestal arqueológico”<sup>23</sup> y han permanecido casi inmutables y no constituyan más que una reiteración de ideas y argumentos formulados en el pasado, sin embargo, trajo contribución para la formación del pensamiento jurídico actual.

Los derechos fundamentales en el mundo occidental moderno presentan un “doble momento en su configuración o formación: un momento filosófico, en tanto que valores, y un segundo momento de incorporación al derecho positivo”<sup>24</sup>, como se ha visto en el Capítulo I y a seguir investigado de forma resumida en las orígenes y evolución del derecho al trabajo, como pide el tema abordado en este trabajo.

El origen histórico del derecho al trabajo debe ser situado en el último tercio del siglo XVIII, coincidiendo con el “fundamental cambio que se produce en la concepción y valoración del hecho mismo del trabajo.”<sup>25</sup>

<sup>21</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Centro de Estudios constitucionales, Cuadernos y debates nº 28, Madrid 1991, p. 26.

<sup>22</sup> DAUM, W., *Informe alemán*, en AA.VV., *Travaux du Colloque international sur les droits économiques et sociaux*, (Bruxelles, 1967), Bruxelles, Wierne, 1971, p. 107. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 23.

<sup>23</sup> TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint.Louis, 1989, p. 221. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 23.

<sup>24</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales* en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, 1979), Publicaciones de la Universidad, Murcia 1981, p. 52.

<sup>25</sup> MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, pp. 34-36.

Antes de la época ilustrada puede afirmarse que el trabajo no constituía, en el mundo occidental, un hecho significativamente apreciado por la propia etimología del vocablo que tenía una consideración despreciable, para el que contribuía el pensamiento religioso de antaño en dicha dirección.

La redención empieza a partir de la Ilustración, el trabajo es contemplado de manera bien distinta, y cuya época se puede situar los orígenes del derecho al trabajo. Así es que “en los albores de la Revolución industrial, John Locke va a formular una de las primeras reivindicaciones modernas del derecho al trabajo”<sup>26</sup>, situándolo en su línea de pensamiento como principio de todo valor y propiedad, cuya importancia se impone repetir su transcendental contenido incluso para esta investigación y la respectiva tesis.

Siendo el derecho a la existencia el derecho primordial del hombre, en general, los medios de existencia sólo le pueden ser dados por medio del trabajo, y es por esta razón que el derecho a la existencia se torna un derecho para todo hombre a ganarse la vida por medio de su trabajo. Así es que “el Estado debe, pues, garantizar contra todo menoscabo el derecho al trabajo y a los frutos del trabajo”<sup>27</sup>.

Hasta aquí se tiene la reivindicación al reconocimiento de que el hombre tiene derecho a la existencia y una existencia digna, y también que ella discurre de su trabajo, entonces el trabajo se torna una condición de existencia digna, el que pasa necesariamente por la garantía del derecho al trabajo para que se asegure una vida digna y que presenta un desarrollo al largo de un período importante para su afirmación.

Aún, en el siglo XVIII, “Montesquieu y Rousseau”<sup>28</sup> retoman en sus obras a las ideas de Locke bajo una orientación bien marcada, de atribuir “un papel de primer orden al Estado en su condición de garantizador del derecho”<sup>29</sup>, incluso del trabajo y de proveedor de asistencia a necesitados.

Las incipientes formulaciones normativas inspiradas en los fundamentos de la Revolución francesa han traído como resultado que, a partir de 1848, el derecho al

---

<sup>26</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 24.

<sup>27</sup> Ídem, p.24. Que remite a las referencias hechas por J. F. Haun, *Das Recht auf Arbeit*, Berlin, 1889; j. Dufour, *Étude historique du Droit au travail*, Paris, 1889; y F. X., Schaller, *Le Droit au travail*, Lausanne, 1946.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU y ROUSSEAU: “Un hombre no es pobre porque no tiene nada, sino porque no trabaja[...] En los países comerciantes, donde mucha gente no tiene más que su arte, el Estado se suele ver obligado a precaver las necesidades de los ancianos, los enfermos y los huérfanos. Un Estado bien organizado saca esta subsistencia del fondo de las mismas industrias, dando a unos el trabajo de que son capaces y enseñando a otros a trabajar, lo cual es ya un trabajo. En MONTESQUIEU, B., *Del espíritu de las leyes*, Introducción de E. Tierno Galván y traducción de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid 1985, p. 299; y ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social*: “El pacto social establece entre los ciudadanos una igualdad tal, que todos se comprometen bajo las mismas condiciones y deben gozar de los mismos derechos... Todo hombre tiene naturalmente derecho a todo lo que le es necesario”. (ap. cit., p.253).

trabajo se presenta supeditado a la libertad de trabajo, lo que es explicado por dos factores. Por primer, los problemas de subsistencia son considerados prioritarios y el derecho a la vida sigue vinculado a los mismos y no al derecho al trabajo, aunque en el siglo XVIII el trabajo y el salario no se constituye en la preocupación más sentida por los actores sociales. Por segundo, bajo la influencia de un “aumento sustancial de la demanda de mano de obra por las necesidades de incremento de la producción militar, lo que relega al paro un lugar secundario dentro de los problemas destacables”<sup>30</sup>.

A la época, el sentido del derecho al trabajo establecido en algunas normas casi nunca fue más allá del establecimiento de la libertad de trabajo. Por su parte el emergente capitalismo ha buscado la “superación del régimen gremial y de todas las cortapisas que éste implicaba, para poder contar con los necesarios excedentes de mano de obra imprescindibles para el funcionamiento del sistema”<sup>31</sup>. En este sentido, el que conforma las bases jurídicas iniciales del primer capitalismo fue, por un lado la libertad de trabajo como premisa y por otro, el contrato como instrumento para la canalización de la utilización masiva del trabajo asalariado.

En un trabajo de acortar camino la “Revolución francesa heredera de los postulados protestantes y, más particularmente de las ideas calvinistas”<sup>32</sup> pretendió eliminar cualquier tipo de mediador entre el hombre y el Estado, así es que tanto el movimiento revolucionario y el análisis de la normativa sobre el derecho al trabajo deben ser situados en el contexto económico como enfocado arriba.

A los pocos se va delineando una relación conflictiva entre el derecho al trabajo y la libertad de trabajo que pasa a constituirse en la primera de las confrontaciones entre liberales y socialistas, por esta razón se torna relevante detenerse en dos instrumentos normativos que se constituyeron en embrión del posterior reconocimiento formal del derecho al trabajo y que pretendieron arrojar luces sobre los aspectos conflictivos, estos dos instrumentos nada más son que el Edicto *Turgot* de 1776 y la Ley *Le Chapelier* de 1791.

La pretensión declarada del primero fue suprimir los gremios, cofradías y comunidades de comercio, artes y oficios, recogiendo las convicciones ilustradas de que la eliminación de la excesiva reglamentación corporativa del trabajo aseguraría el pleno empleo y que desde su preámbulo el Edicto permite aproximarse a su espíritu. “Para Turgot, las corporaciones y los gremios paralizan el progreso, reducen el volumen de mano de obra disponible, al excluir prácticamente a las mujeres. El

---

<sup>30</sup> TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Facultés Universitaires Saint.Louis, Bruxelles 1989, pp. 41 y 42. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 25.

<sup>31</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 25.

<sup>32</sup> BAYÓN CHACÓN, G. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. Tecnos, Madrid 1955, p. 267.

derecho al trabajo se afirma, sí, pero en un sentido diferente la que se le otorgará, años más tarde”<sup>33</sup>.

Siguiendo las mismas ideas de Locke, pero los razonamientos de Turgot remite a uno de los tópicos del liberalismo que consiste en - si es preciso no intervenir o desregular es porque la autonomía en las relaciones económicas garantiza el pleno empleo -, y que analizado en detalle posee implicaciones más profundas. En efecto, “el derecho de trabajar guardaría una íntima relación con el derecho a la vida, del que constituiría una manifestación primordial”<sup>34</sup>.

En las tesis de Turgot aparece un cierto germen del derecho al trabajo, con independencia del que se ha producido en la práctica, y ante la oposición de los beneficiarios del antiguo régimen, resultó en la iniciativa sin éxito, incluso con la revocación del Edicto.

Todavía la tesis desarrollada, presenta interese para este trabajo en la medida que destaca la importancia del valor al trabajo humano, pues:

Admitir que el cuerpo supone la propiedad más valiosa y que, por consiguiente, debe ser protegido con prioridad, equivale a asumir en cierta forma las medidas que se consideran indispensables como garantía para su conservación, ya que derivan del deber de protección del Estado. Incluyendo el derecho al trabajo, puesto que, si el Estado ha de garantizar la reproducción de la fuerza laboral, tiene que facilitar que los menesterosos puedan venderla en el mercado; pero si éste falla, él mismo tiene que proporcionar trabajo para permitirles satisfacer sus necesidades vitales<sup>35</sup>.

Todavía, si esta conclusión no es expresada directamente por Turgot y que si “su formulación del derecho a trabajar de algún modo recubre la dualidad y la tensión entre derecho al trabajo y libertad de trabajo, es porque parte de un postulado ingenuo, esto es, que el establecimiento de un mercado libre de trabajo basta para asegurar de modo prácticamente automático el pleno empleo”<sup>36</sup>, pero con el respaldo del Estado.

---

<sup>33</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid 1996., p. 25.

<sup>34</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 26. Registra aún que: “este derecho a la vida se contempla en términos de propiedad, se trata de una concepción patrimonial del cuerpo y la primacía del derecho a la vida deriva, precisamente, de una objetivación liberal: de la proyección del esquema de la propiedad sobre la relación entre individuo y cuerpo. Esta concepción genera importantes implicaciones sociales pues, en la medida en que los objetos del mundo exterior constituyen instrumentos indispensables para asegurar ese fundamental derecho a la vida, su apropiación se presenta como inaplazable. De ahí la necesidad de una incipiente formulación de ciertos derechos sociales”.

<sup>35</sup> Ídem, p. 26.

<sup>36</sup> TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Facultés Universitaires Saint.Louis, Bruxelles 1989, p. 51. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 54.

En una línea propia viene la Ley *Le Chapelier*, en virtud de la cual el capitalismo individualista y liberal iba a poder desarrollarse hasta sus últimas consecuencias. Ella viene de encuentro a la necesidad de una abundante y barata mano de obra, propiciando la conversión de salario en coste de producción, pero susceptible de reducciones.

Esta medida normativa, en un primer momento, no trataba “de actuar sobre un ‘movimiento obrero’ muy incipiente, como de recuperar la iniciativa de Turgot y las concepciones de los fisiócratas, para asegurar el triunfo de las nuevas ideas y de los intereses económicos de la clase burguesa”<sup>37</sup>.

De la Ley *Le Chapelier*, tradicionalmente se han destacado consecuencias negativas sobre el asociacionismo en función de la prohibición a las organizaciones obreras, consideradas por la ley un obstáculo para el logro de la total libertad de industria y de trabajo.

El papel central del Estado en relación al derecho al trabajo aparece formalmente destacado, si bien en términos más nítidos el mismo fundamento utilizado por el Edicto Turgot. Y por el, en la Ley *Le Chapelier*, “todo ciudadano ostenta un derecho a que el Estado le proporcione trabajo. Este posee la obligación de proporcionárselo, faltando a la misma en caso de no hacerlo”<sup>38</sup>. Así es que, “*Le Chapelier* parece pensar que, a excepción de los enfermos, todos podrán conseguir trabajo, sin intuir las importantes raíces económicas de la cuestión”<sup>39</sup>.

Ahora bien, definido los dos primeros reconocimientos normativos del derecho al trabajo, y que de aquellos van a surgir problemas en principio y después lugares comunes, por la programaticidad del derecho y por el papel del Estado en relación con el mismo, que están presente hasta hoy.

Es emblemática la respuesta de los revolucionarios de 1789, cuando preguntado si el Estado debe proporcionar individualmente trabajo a todos los que carecen de él, la respuesta fue negativa, “salvo excepciones”<sup>40</sup>, si se considera que no se trataba de auxiliar a los individuos que se encontraban en plenitud de facultades, pero sin

---

<sup>37</sup> DOLLEANS, E. y DEHOVE, G., *Historie du travail en France. Mouvement ou vier et législation sociale I*, Paris, Domar, 1953, pp. 127-138. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 27.

<sup>38</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 27.

<sup>39</sup> VILLAIN, J., *La enseñanza social de la Iglesia*. Aguilar, Madrid 1961, p. 190.

<sup>40</sup> TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Facultés Universitaires Saint.Louis, Bruxelles 1989, p. 103 y ss. Afirmaba “la realidad político-social, sin embargo, fue netamente libre, y las instituciones de previsión y ayuda en el infortunio se redujeron al fomento del ahorro popular, a la asistencia filantrópica (a cargo de particulares) o religiosa y, ya en pleno siglo XIX, al fomento de las sociedades de socorros mutuos, de carácter voluntario. La beneficencia se organizó tarde y siempre con recursos insuficientes [...]. En resumen: se produjo un gravísimo desajuste entre norma y realidad económico-social. Tal desajuste se sintió como no-justo. El derecho liberal e individualista fue, por si mismo, la suprema injusticia”. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., pp. 27 y 55.



empleo, sino a quienes carecían de trabajo por su propia culpa, pereza o imprevisión, hay razón.

Reflejo de las triunfantes ideas fisiocráticas, la óptica liberal de los revolucionarios de 1789, “para asegurar el trabajo a todos los que necesitan de él para su subsistencia basta crear un marco institucional que garantice la libertad y la iniciativa de los individuos, las cuales representan el mejor estímulo para el trabajo, de modo que la instauración de un libre mercado de trabajo asegura, prácticamente de forma automática, el empleo para todos”<sup>41</sup>.

Para esta corriente de pensamiento una intervención estatal sólo sería preciso excepcionalmente dado que el paro es considerado como un accidente, porque el mercado asegura por mismo el empleo, siendo meramente subsidiario el papel del Estado en la garantía de los parados.

Un otro marco de este período es la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Convención de 23 de junio de 1793 que se ha constituido en un “señalado punto de referencia en el camino del desarrollo de los derechos fundamentales”<sup>42</sup>, declarando en el artículo 21 la conocida formulación del derecho.<sup>43</sup>

A la finalidad asistencial como deber del Estado, durante la Revolución francesa se añadirían importantes objetivos políticos, tales como controlar a los parados e imponerles una disciplina laboral, todo ello en la consideración del trabajo como principio de socialización.

## 2) Raíces del derecho al trabajo y la formación del Derecho del Trabajo

El primero semestre del año de 1848 es marcado por eventos importantes que tienen un nuevo momento en la evolución del derecho al trabajo, impulsado por los efectos de la Revolución Industrial, cuando se asistió al auge del capitalismo, en medio de una creciente proletarización de las masas y del incremento de los excedentes de trabajadores, la “presencia de un subempleo permanente, con los subempleados, y los desempleados por supuesto, siempre dispuesto a acudir masivamente allá donde los puestos de trabajo surjan.”<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 27.

<sup>42</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid 1991, pp. 120 y 121.

<sup>43</sup> Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, artículo 21: Principios de Asistencia y seguridad social. La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar.

<sup>44</sup> ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid 1990, p. 297.

El primer tercio del siglo XIX fue marcado por crisis económicas y desempleo lo que lleva a la recuperación del lema de la libertad de trabajo, que es esgrimido, durante los disturbios en 1830 siendo utilizado, aunque no de forma exclusiva por los defensores del orden establecido agravada por la multiplicación del paro y disminución de salario en Lyon en el año siguiente para culminar en 1848 con la constitución de “un de las principales y más famosas divisas de los revolucionarios”<sup>45</sup>.

El debate teórico se profundiza en torno del derecho al trabajo ganando foro en otros países como es ejemplo de Fichte en Alemania que utiliza argumentos parecidos a los esgrimidos por Locke y los revolucionarios franceses, “sobre la base de un derecho a la propiedad privada que se sustenta en la propiedad adquirida por el trabajo, la existencia de un derecho al trabajo y de un derecho a la asistencia, en pugna con las ideas sostenidas por Hegel”<sup>46</sup>.

Con el pensamiento socialista utópico francés donde milita Fourier, Considérant, Proudhon o Blanc resulta un impulso decisivo que mudará el hilo perseguido y que resultó clave en la “historia del derecho analizado”<sup>47</sup>.

Considerado el “padre del derecho al trabajo”<sup>48</sup> Charles Fourier para quien el objetivo es conseguir: por primero que el trabajo constituya un placer para el hombre y no una coacción o un castigo, de ahí la necesidad de asegurar a todos los individuos un mínimo existencial en cualquier caso; por segundo considerando la pérdida de los derechos naturales de que disfrutaba el hombre en estado salvaje, motivado por el proceso civilizatorio, debe ser recompensado a través del reconocimiento del derecho al trabajo, el original y fundamental de los derechos humanos.

A la idea de necesaria legitimación de la propiedad privada por el trabajo, de Fourier, su discípulo, Victor Considérant, la recoge incluso encontrando en el reconocimiento del derecho al trabajo también una indemnización para los no propietarios de tierra, la cual constituiría por definición el medio originario de producción, propiedad común de la humanidad. “Segundo Considérant, el contenido del derecho al trabajo vendría dado por la garantía de un mínimo existencial, al menos en la misma medida en que éste era garantizado al hombre salvaje por sus derechos a la caza, a la pesca, al pastoreo y a la recolección”<sup>49</sup>. Así es que para la puesta en práctica

<sup>45</sup> LE FRANC, G., *Historie du travail et des travailleurs*, Flammarion, Paris 1975, p. 166. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 29.

<sup>46</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 29.

<sup>47</sup> COLE, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista I*. FCE, México-Buenos Aires 1964, pp. 49 – 55. Que comenta “Más difusa, en cambio, resulta la aportación de Saint-Simon, cuya concepción de una economía planificada y de un sistema de obras públicas organizadas para proporcionar trabajo a todos, podría, sin embargo, considerarse como una contribución complementaria en este proceso. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 29.

<sup>48</sup> SVESTKA, M., *Diritto al lavoro*, Firenze, La Nuova Italia, 1951, p. 467. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 29.

<sup>49</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 29.

del derecho, él “propugna la creación de empresas agrarias e industriales que posibiliten las ocasiones de trabajo<sup>50</sup>.

En posición opuesta P. J. Proudhon enuncia, desde su punto de vista, los problemas que ve en el derecho al trabajo para justificar su oposición al reconocimiento de este derecho, calificándolo como:

indigno por condenar al trabajador, para siempre, al trabajo; insuficiente, por no ser universal y admitir excepciones; aristocrático, porque permite la desigualdad social y la explotación de los productores por quienes no producen ningún bien; y, por último, peligroso, porque es más favorable a los intereses de las clases poseedoras que a los de los trabajadores<sup>51</sup>.

La plasmación práctica de las ideas elaboradas en torno al derecho al trabajo por los socialistas utópicos franceses se desarrolla en una ocasión inmejorable propiciada por el proceso revolucionario entre los meses de febrero a junio de 1848 en Francia.

Una recesión y el incremento del paro a que se añade una crisis política y las exigencias de reformas marcarán el camino inicial de la revolución parisina de 24 de febrero de 1848, y cuyo ejemplo serán inmediatamente seguidos en Alemania y Austria con repercusiones, si bien menores, en otros países europeos.

En este período la reivindicación del derecho al trabajo se presenta como una exigencia hacia el Estado a fin de que éste promueva la provisión de empleo remunerado a quienes carecen de él. Bajo las “presiones obreras, el gobierno provisional de la República francesa publicó en 25 de febrero un decreto, elaborado por Louis Blanc, en el cual se establecía el compromiso gubernamental de asegurar el trabajo a todos los ciudadanos”<sup>52</sup>.

La Constitución francesa de 1848, después de muchos avances y retrocesos en la tramitación de su proyecto en la parte del reconocimiento del derecho al trabajo, se quedó en el artículo 8 sólo con el deber de la República de “asegurar con asistencia fraternal la existencia de los ciudadanos necesitados, bien procurándoles trabajo en la

---

<sup>50</sup> CONSIDÉRANT, V. *Théorie du droit de propriété et du droit au travail*. Librairie Phalanstérienne, Paris 1848, pp. 9–32. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 29

<sup>51</sup> SVESTKA, M., *Diritto al lavoro*. Firenze, La Nuova Italia, 1951, p. 467. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 29.

<sup>52</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 56, citación nº 34. Registra que: Portavoz de la muchedumbre congregada ese día ante el Ayuntamiento de París, un joven obrero llamado Marche entregará una petición escrita, exigiendo al Gobierno provisional, allí reunido, el reconocimiento del derecho al trabajo en una hora. (...) Lamartine replicó que, a pesar de las amenazas y de las armas congregadas fuera, nunca firmaría un decreto que no sabría comprender. Ante la oferta hecha a Marche para dictar un nuevo texto éste se negó, y será Louis Blanc quien, de forma conciliadora, proponga la siguiente redacción: “El gobernante provisional se compromete a garantizar el trabajo a todos los ciudadanos. El reconoce que los trabajadores deberán asociarse entre sí para gozar del beneficio de su trabajo” (El texto redactado por Louis Blanc es traducido aquí por el autor de este trabajo de tesis).

medida de sus medios, bien prestando ayuda, cuando carezcan de familia, a los que no son capaces de trabajar”.

El fracaso y el fin de la reivindicación del derecho al trabajo en Francia, convirtiéndose en frase vacía se deben a “la furia de unos, la impaciencia de otros, en fin, la torpeza y la desconsideración y el apresuramiento de los propios defensores aniquilaran todos los esfuerzos para su realización. La opinión pública se hizo hostil y el derecho al trabajo acabó por ser olvidado”<sup>53</sup>.

En resumen acerca del derecho al trabajo ha quedado demostrado que su parálisis se ha debido a los motivos esgrimidos, ellos fueron tres a saber: en primer término porque los datos de la discusión casi no han cambiado desde entonces y nunca han sido desarrollados con tanta fuerza e inteligencia; en segundo es que por la vez primera se manifiesta seriamente el desacuerdo entre liberales y socialistas; y por final se demostró que el debate se convertía en un callejón sin salida porque algunos de los núcleos de la polémica forman parte ya de los lugares comunes trazados en torno a este derecho.

Sin olvidar que el debate constitucional en 1848, sobre el derecho al trabajo por liberales y socialistas en la Asamblea Nacional giraran en torno de “la relación con la libertad de trabajo, el grado del intervencionismo estatal, la conformación del derecho al trabajo como derecho subjetivo, las características del trabajo que ha de procurarse y, finalmente, la vinculación con el derecho de propiedad”<sup>54</sup>.

Así es que para el pensamiento liberal, el derecho al trabajo implica un crédito frente al Estado incompatible con la libertad y reciprocidad contractuales. Por su vez el postulado básico de los socialistas es la compaginación del derecho al trabajo y de la libertad de trabajar, aún más, que ésta sólo puede adquirir un contenido real por medio de aquél, con lo que el derecho constituye la condición de la libertad. Para estos, la libertad contractual es una falsa libertad, pues la libertad de los trabajadores se anula a través del contrato de trabajo. Resulta también que frente a los derechos formales hay que instaurar los derechos reales, de lo cual se desprende la necesidad de los derechos sociales y la urgencia de restaurar la primacía del derecho a la vida, articulando libertad de trabajo y derecho a la vida por medio de un eslabón intermedio: el derecho al trabajo.

### 3) Influencia a diferentes ordenamientos jurídicos cuanto a un derecho al trabajo

La experiencia francesa ha servido de alguna forma para incentivar el tratamiento a ser dispensado al tema derecho al trabajo en otros países con importantes

<sup>53</sup> SVESTKA, M., *Diritto al lavoro. Firenze, La Nuova Italia*, 1951, p. 467. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 30.

<sup>54</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 31.

diferencias cualitativas, suscitando en ellos algún debate como es el caso de Alemania, donde el Código general del Estado prusiano de 5 de febrero de 1794 previa la obligación estatal – mediante el establecimiento de instituciones correspondientes – de procurar un trabajo adecuado a quienes no tuvieran medios de ganarse pro si mismo la vida.

Hasta el comienzo del siglo XIX en Alemania la cuestión del derecho al trabajo ocupara un lugar secundario, mismo con la difusión de las teorías socialistas francesas, en especial de las de Fourier, pero la influencia encuentra eco cuando L. Gall afirma que “todos los miembros de la sociedad tienen derecho al trabajo y, además, a recibir los medios que les aseguren una existencia digna; en su opinión, resulta contrario a los intereses de la sociedad que exista mano de obra sin trabajo, no utilizada, de ahí que constituya un deber natural del Estado facilitar trabajo útil a los desempleados”<sup>55</sup>. Así también el derecho al trabajo aparece de nuevo como medio para garantizar el derecho a la existencia.

Por su vez F. Strohneyer afirma que subyace claramente en la conciencia humana “el inalienable derecho al trabajo, apoyándose en el cual todo individuo posee el derecho a dotar de valor sus propias fuerzas y su habilidad de forma útil, así como el derecho a disfrutar de los resultados de esta actividad”<sup>56</sup>. Para él la sociedad que no es capaz de realizar este derecho dicta su propia sentencia de muerte.

Otras incursiones teóricas por el derecho al trabajo ocurrieron pero, los clásicos como Lassalle, Marx o Engels han mostrado excesivo interés, todavía el derecho al trabajo a final encuentra su propagador en una persona de la cual difícilmente hubiera podido esperarse tamaño interés, el Canciller “Otto von Bismarck”<sup>57</sup>, que tiendo detectado las causas del descontento obrero, cual sea la incertidumbre de las masas trabajadoras respecto de su existencia, pretendió erradicarla a través de medios que aseguraran a los obreros trabajo suficiente, tiendo afirmado en su “discurso”<sup>58</sup> reconocer el derecho al trabajo y que lo defendería.

Todavía, ni las declaraciones de Bismarck estaban exentas de un interés político directo, ni ha profundizado en los medios a través de los cuales habría de realizarse el derecho al trabajo.

---

<sup>55</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 36.

<sup>56</sup> Ídem, p. 36.

<sup>57</sup> SCHMINCK-GUSTAVUS, C.U., *Recht auf Arbeit – Zur Geschichte einer Konkreten utopie*, en AA.VV., *Recht auf Arbeit, eine politische Herausforderung*, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978, p. 471.

<sup>58</sup> Discurso al Bundestag de 9 de mayo de 1884 de Bismarck, “den ustedes el derecho a trabajar al trabajador en tanto en cuanto esté sano; asegúrenle asistencia si está enfermo; garanticenle cuidados si es anciano; si hacen esto con sentido cristiano, hará ver a la clase obrera que el Gobierno y las Cámaras se ocupan de su bienestar”.

Por el camino que ha trillado desvirtuándose en cierta medida del derecho al trabajo en toda Europa provocando un cambio del que era su esencia para un derecho a la asistencia pública.

En el sistema británico la gran recesión económica de la década de los ochenta y comienzo de los noventa del siglo XIX ha colocado en confronto ciertos socialistas y radicales liberales en razón del tema central de todas las agitaciones y revueltas frente al paro, un derecho natural al trabajo, idea que se extendería entre los diversos comités del país y que desembocaría en la redacción de un proyecto de ley, el *Right to Work Bill*. Otro proyecto de ley también ha tramitado por el parlamento colocando en confronto socialistas y liberales sobre las tesis a respecto del derecho al trabajo siendo todos esos proyectos rechazados, y el debate político se orientaría ya hacia el problema de la previsión social obligatoria: aunque el derecho al trabajo, entendido en el sentido del proyecto *Right to Work Bill* de 1907, se mantuviera en el programa del Partido Laborista, el énfasis recayó en el derecho a la asistencia.

En general, por todo el ámbito europeo, a los comienzos de siglo XX, presenta una constante que puede destacarse, fue la pérdida del significado del derecho al trabajo en cuanto exigencia hacia a los poderes públicos de un empleo adecuado, y su sustitución por un mero derecho a la asistencia. Esto sigue así hasta que la Constitución de Weimar de 1919, texto de fundamental importancia para cualquiera referencia o indagación acerca de los llamados derechos sociales.

Con esta Constitución por la vez primera ocurre la positivación de los derechos sociales el que implica en la recepción del derecho al trabajo. Así, disponía el artículo 163-II, que “a todo alemán se ofrece la posibilidad de ganar su sustento mediante el trabajo”, añadiendo que “en tanto no sea posible ofrecerle un trabajo apropiado, debe atenderse a su indispensable sustento”. “Es cierto que, al igual que la mayoría de los derechos fundamentales sociales constitucionalizados por la norma, aparecía reconocido como programa e instrucciones para el legislador, pero lo importante, quizás, es el cambio cualitativo que se produce en la plasmación de los distintos derechos”<sup>59</sup>.

No solo en Alemania, pero por su influencia en el mundo occidental, la Constitución de Weimar significó una transformación de los derechos fundamentales, por ella se ha pasado de un Estado de derecho liberal-burgués a un Estado de derecho social. Es que la libertad frente al Estado, en el sentido del liberalismo del siglo XX, deja paso a un contenido de la libertad que excede del establecido en los derechos de libertad (*Freiheitsrechte*) y porque los derechos fundamentales son descubiertos ahora como un significativo factor de integración en la esfera de la vida estatal y social y también como medio de desarrollo del Estado y la sociedad.

---

<sup>59</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 38.

A partir de estas formulaciones “los derechos fundamentales se han transmutado surgiendo una nueva división de determinaciones jurídico-fundamentales: derechos de libertad, garantías institucionales, protección de los órdenes de la vida comunitaria, principios de orientación jurídico-constitucionales y derechos sociales”<sup>60</sup>.

El proceso de formación y consolidación del Estado social que se produce a partir de 1945, encabezado por la experiencia de la Constitución alemana de 1919, trae la lección que la mera plasmación formal de catálogos de derechos, sin contar con una importante implicación de los poderes públicos, corre el riesgo del fracaso. Todavía, la Constitución de Weimar ha funcionado con un auténtico banco de prueba para comprobar cómo una tan sola constitucionalización de los derechos sociales, en el seno de “un ordenamiento que no permite una regulación unitaria y sistemática de relaciones económicas y, a la vez, notables poderes de intervención en la organización de la producción de bienes y servicios, está destinada a quedarse en afirmaciones teóricas o meras aspiraciones”<sup>61</sup>.

Resultado del proceso de evolución del derecho al trabajo en el panorama histórico enfocado se sobresale dos características, siendo la primera la internacionalización y extensión del reconocimiento formal de este derecho con recepción por diversos textos constitucionales nacionales y la acogida por normas internacionales. Ha sido concretado por organizaciones internacionales como ONU, OIT y Consejo de Europa. Por segundo se observó la conformación de una dicotomía entre las legislaciones de los antiguos países socialistas y las de los países de libre mercado.

El Preámbulo de la Constitución de las OIT de 1919, en la Declaración de Filadelfia de 1944, elige como objetivo político la consecución del pleno empleo y como obligación solemne de la Organización “fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común”.

En la ONU, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, incorporan de manera expresa el derecho al trabajo en sus respectivos articulados. Así es que el art. 23.1 de la Declaración establece “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” por su vez

---

<sup>60</sup> GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1982, p. 47.

<sup>61</sup> CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988, p. 19.

el art. 6.1 del Pacto prevé: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.

Aún dentro de la ONU otros instrumentos han reforzado el proclamado arriba, como es el caso de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969 que dispone “el desarrollo social exige que se garantice a toda persona el derecho al trabajo y a elegir empleo libremente”; otra es la Resolución 34/46 de 1979 que establece “a fin de garantizar cabalmente los derechos humanos y la plena dignidad personal, es necesario garantizar el derecho al trabajo”.

El Convenio de la OIT sobre política de empleo nº 122 de 1964 no hace alusión expresa al derecho al trabajo, sin embargo la consecución del pleno empleo aparece como objetivo político íntimamente vinculado al derecho al trabajo.

Ya dentro del ámbito de la Comunidad Europea la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, tras una importante mención al disponer que “toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (art.1, parte I) y después “a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo” (art.1, parte II). Y continua, “a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (art. 2, parte II), y “a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores (art. 3, parte II), y “a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuados.”(art. 4, parte II).

Otros documentos internacionales como el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Carta Social Europea, bien como la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, enfocan cuestiones del derecho del trabajo de forma similar al tratado hasta aquí.

El examen das principales formulaciones teóricas y filosóficas, las utópicas en preceptos constitucionales, la incorporación a declaraciones de derechos y pactos internacionales, permite corroborar con la afirmación de que “el derecho social al trabajo ha llegado a ser una adquisición *sine qua non* que ha entrado en el derecho positivo del estado contemporáneo y en las prerrogativas sociales elementales del ciudadano moderno”<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> ACCORNERO, A., *Il lavoro e il posto*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 1,1980, p. 60. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 43.



#### 4) Recepción del derecho al trabajo en España

Con toda la intensa actividad teórica, la constitucionalización en algunos países y el abrigo del derecho internacional, la recepción del derecho al trabajo por parte del constitucionalismo español fue muy tardía, el que se puede comprobar en un examen a los diversos textos constitucionales promulgados en España. Y, por lo más existe un período regido por Leyes Fundamentales franquistas que impide su consideración como Constitución en sentido estricto, solo después de ese largo periodo aparece formalmente constitucionalizado el derecho al trabajo con el vigente texto de 27 de diciembre de 1978.

Para el retraso del apareamiento del derecho al trabajo ha contribuido, “peculiares circunstancias sociales”<sup>63</sup>, económicas, ideológicas y políticas, incluso la “negación mismo de Existencia en nuestro país de una revolución industrial”<sup>64</sup>, todavía no se puede olvidar del sensible progreso económico que “se experimentó durante el siglo XVIII”<sup>65</sup>. Por estas peculiaridades, aunque con distintas matices, son perfectamente trasladables al caso español las reflexiones anteriores para situar, en su marco histórico correspondiente, la plasmación normativa de la libertad de trabajo.

El régimen liberal fruto de la revolución burguesa, que pone fin al antiguo régimen, ha dado cauce a dos fenómenos que actuarían como claves para el entendimiento de la constitución económico-político del Estado liberal que marca la historia del occidente, a empezar por Europa. Estos fenómenos se identifican, “por un lado la despolitización y privatización de la economía y, por otro, el surgimiento del Estado de Derecho”<sup>66</sup>.

Inicialmente se hay que considerar a la economía como un campo de actividad reservado a la libertad del individuo, obra de la despolitización y privatización de la economía que resulta en el despliegue del régimen feudal y del ulterior control del soberano, cuyo marco es la institucionalización de la propiedad privada. A seguir, el significado que tiene es que la propiedad en toda su extensión, o sea, aquella también de los medios de producción se desvinculan definitivamente del señorío o del gremio para hacerse libre, y para que así se torne efectiva, se requiere el desarrollo de ciertas libertades colaterales identificadas como la libertad de comercio y libertad de empresa. Ahora bien, así es constituido los tres ejes cardinales formados por la “propiedad

<sup>63</sup> ELORZA, A., *La ideología liberal en la Ilustración Española*, Tecnos, Madrid 1970, pp. 14 y 15.

<sup>64</sup> NADAL OLLER, J., *El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814 – 1913*, Ariel, Barcelona 1975, p. 226.

<sup>65</sup> TORTELLA, G., *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, Tecnos, Madrid 1973, p. 1.

<sup>66</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 44.

privada, la libertad de comercio y la libertad de empresa, alrededor de los cuales nace históricamente el derecho privado de esta época”<sup>67</sup>.

Para la afirmación del principio de libertad de trabajo se ha hecho necesario un proceso de destrucción del régimen gremial, por ser un empujón al surgimiento y desarrollo de aquella libertad, proceso este que se extenderá a lo largo de un dilatado espacio de tiempo de España, tanto el fenómeno de la desamortización y la disolución de los gremios fueran factores decisivos para el tránsito del feudalismo al capitalismo.

Se por un lado las corporaciones frenaban el desarrollo de las fuerzas productivas con la rígida regulación y por otro el sistema de jerarquía, plazos de ejercicios y exámenes supondría obstáculo para la liberación de la mano de obra, requisito fundamental de proletarianización para el funcionamiento del sistema capitalista.

Con la Ley y Pragmática Sanción de 13 de febrero de 1682 se comienza la desintegración del sistema gremial en España, y por otras normas que le sucedieron mismo que de carácter bien general, pero que afectaron indirectamente a esta materia como el Decreto de 4 de diciembre de 1705 o el de 18 de junio de 1770; bien referidos a aspectos más concretos y dirigidos a suprimir los distintos obstáculos impuestos por las ordenaciones gremiales como el Decreto de 30 de abril de 1772; Resoluciones de 1777 y la de 1778, incluso otros actos que siguieron la misma materia.

Estas disposiciones esquemáticas presentadas reflejan la ideología y el pensamiento ilustrado sobre la materia, que “disfrazará bajo la denominación de derecho al trabajo lo que no es sino la reivindicación de la libertad de trabajo”<sup>68</sup>, esto es “la liberalización de la fuerza de trabajo de las vinculaciones o adscripciones a que estaba sometida durante el Antiguo Régimen”<sup>69</sup>.

La realidad que el latifundismo agrícola y el hermetismo gremial han provocado una reacción que da origen a estudios, informes y proyectos de economistas y escritores destacados, incluso informes de carácter oficial, que en su conjunto acusan la necesidad de un régimen más abierto y espontáneo. Estas experiencias han criado un ambiente propicio y receptivo en España a las ideas liberales que ha impuesto la Revolución, con un clima muy favorable a la libertad de industria y de comercio.

Fue en este ambiente que floreció el pensamiento de Bernardo Ward y de Gaspar Melchor de Jovellanos, que formularon una defensa del derecho al trabajo en la línea

---

<sup>67</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Autonomía económica liberal y codificación mercantil española*, en AA.VV., Centenario del Código de Comercio 1. Ministerio de Justicia, Madrid 1978, pp. 46 y 47.

<sup>68</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 45.

<sup>69</sup> MARTÍN VALVERDE, A., *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en AA.VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1987, p. XIX.

de Turgot seguida en Francia. Para Jovellanos “el hombre debe vivir de los productos de su trabajo, derivando de este principio el derecho”<sup>70</sup> y que “tiene todo hombre a trabajar para vivir; derecho absoluto, que abraza todas las ocupaciones útiles, y tiene tanta extensión como el de vivir y conservarse. Por consiguiente, poner límites a ese derecho es defraudar la propiedad más sagrada del hombre, la más inherente a su ser, la más necesaria para su conservación”<sup>71</sup>.

De forma análoga señala Valentín de Foronda que “cómo las ordenanzas gremiales contradicen el derecho al trabajo, reputado el título más sagrado e imprescriptible que conoce el género humano y que ha de ser asegurado siempre por el Gobierno, al significar la protección de aquellas personas que no tienen otra propiedad que su trabajo e industria”<sup>72</sup>.

Paralelamente a estas defensas contundentes de la libertad de trabajo y condicionada por ellas se producen también la “proclamación del deber de trabajar y a la condena del ocio”<sup>73</sup>.

En el pensamiento de Jovellanos encontrase una superior valoración de lo subjetivo sobre el objetivo, lo que es característico del régimen liberal, sin tener en cuenta la diferencia entre libertad y exigencias técnicas, que no pueden considerarse radicalmente opuestas, pues “la primera pertenece al mundo de los valores y las segundas al de los hechos [...]. Es curioso observar el paralelismo existente entre la defensa de la libertad de trabajo y de la igualdad del sufragio: en ambos supuestos se prescinde de los elementos objetivos (capacidad) para valorar sólo los subjetivos, inherentes a la personalidad”<sup>74</sup>.

Algunos intentos prácticos de realización del derecho al trabajo, como sea, “el derecho a reclamar un empleo suficientemente remunerado son calificados como anecdóticos, en verdad son más bien a la puesta en pie de mecanismos asistenciales o de beneficencia, como aparece en las Cartas de Francisco Cabarrús”<sup>75</sup>.

Hasta aquí se ha mostrado los aspectos más importantes del panorama que se presenta a los ojos de los constituyentes de Cádiz “en los albores del nacimiento del

---

<sup>70</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 46.

<sup>71</sup> Informe dado a la Junta General de Comercio y Moneda sobre el libre ejercicio de las artes (fechado en Madrid el 9-XI-1785), en *Obras*, Madrid, BAE, Tomo L, p. 36. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 46.

<sup>72</sup> VALENTÍN FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política, y sobre las leyes criminales*, Tomo I, Madrid 1789, p. 60.

<sup>73</sup> JOVELLANOS, G. M., *Discurso sobre el establecimiento de un montepío para los nobles de la Corte, 1784*, Tomo L, p. 14 y ss.

<sup>74</sup> BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1955, p. 278.

<sup>75</sup> FRANCISCO CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Imprenta de Pedro Real, Victoria 1898, p. 36 y ss.

constitucionalismo en España<sup>76</sup> y que ha servido de alguna forma para la paulatina incorporación de derechos fundamentales, hasta llegar al derecho al trabajo.

Las Constituciones españolas del siglo XIX hasta mediado del XX pueden ser clasificadas en dos series ideológicas que coincidentemente corresponde a un criterio temporal de vigencia, teniendo por un lado las de duración efémera, que responden a la ideología de un liberalismo radical que son las de 1812, 1869 y 1931; y por otro, las de tendencia ideológica del moderantismo español de vigencia temporal más larga representadas por las de 1837, 1845 y 1876.

En general ellas hacían remisión a la ley ordinaria para la regulación de derechos, pero constituciones doctrinarias como la de Cádiz de 1812, y las de 1869 y de 1931, contenían una cierta dosis de entusiasmo utópico, nunca intrascendente y siempre significativo, a la hora de formular sus respectivas declaraciones de derechos, siendo notable en las de 1869 y 1931, la amplitud con que se recogía la entonces llamada parte dogmática donde abundan aseveraciones más retóricas que inmediatamente aplicables, “no fue tampoco rara la conversión de las afirmaciones candorosas o ingenuas en garantías jurídicamente exigibles<sup>77</sup>.”

Resulta destacable, en la historia del constitucionalismo español, la falta de un hilo conductor estable como ha sido la Declaración de 1789 para el país vecino Francia, hasta porque el número de constituciones fuera similar entre las dos, incluso el arraigo de las mismas, también escaso, salvo en las prolongadas y profundas crisis del Estado constitucional en España.

Como estaba el tema derecho al trabajo en estas Constituciones:

- En la Constitución Gaditana de 1812 no existió en ella una declaración de derecho explícita, ni mismo la libertad de trabajo en cuanto inicial traducción formal del derecho al trabajo. El que no impidió que se desarrollase una obra legislativa por las Cortes gaditanas al largo del siglo XVIII frente al régimen gremial, incluso por influencia del Edicto Turgot y la Ley Le Chapelier y el propio pensamiento ilustrado personificado en Jovellanos.

Todavía “cuando en el año de 1813 las Cortes de Cádiz decretaban la libertad de industria y de trabajo, no introducían en el régimen laboral español ninguna novedad jurídica ni de hecho<sup>78</sup>”, el camino que conduce a la promulgación del Decreto no ha existido convulsiones de índole revolucionaria, sino más bien un lento y gradual proceso de reforma. El decreto de 1836 restauró el Decreto de 1813 consolidando el

<sup>76</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 46.

<sup>77</sup> TOMÁS, F. y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, Debate Abierto 2, 1990, p. 108.

<sup>78</sup> BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1955, p. 282.

marco liberal de la economía que queda sólidamente cimentada, aunque la constitucionalización de los principios de libertad de comercio e industria no se produzca hasta 1869.

- La idea de derecho al trabajo como es formulada por los revolucionarios franceses de 1848 no aparece en los textos “constitucionales inmediatamente posteriores, y hasta 1869, tampoco es posible hallar un listado de derechos, entre otras razones porque, para la ideología doctrinaria, el valor de los mismos resulta bastante escaso”<sup>79</sup>.

Las referencias que esporádicamente se encuentran “en nuestra historia, salvo supuestos excepcionales, tienen más que ver con la libertad que con el derecho: continuará confundirse la libertad de trabajar con el derecho al trabajo, y la primera será aprovechada únicamente como argumento negativo en las discusiones sobre la huelga o sobre el derecho de asociación”<sup>80</sup>.

- En la Constitución de 1876 la técnica utilizada por este texto constitucional frente al de 1869, consiste en remitir a la ley la regulación de los derechos, por lo que “en virtud de esto, no cabe ya concebirse los derechos como propiamente fundamentales o previos a la propia Constitución o al mismo Estado. En virtud de ello, también se entenderá que tales derechos no podrán ejercerse en tanto que la ley no los regule, como concedidos por ellas”<sup>81</sup>.

- En un ambiente mucho más receptivo que los anteriores fue promulgada la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, resultando más sensible al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales inspirada en la experiencia de la Constitución de Weimar, así es que la Constitución española “quiere extender a la materia más puramente social, y no ya desde luego para garantizar, como en sus orígenes, la propiedad privada y la libertad mercantil”<sup>82</sup>.

La Constitución de 1931 en una línea ya consolidada por la Constitución de 1876 de orientación claramente liberal, el art. 33 reconoce la libertad profesional y de industria y comercio, “salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes”.

La conocida configuración de España, en el artículo 1, como una “República democrática de trabajadores de toda clase”, acogido por la Constitución de 1931, pero no ha acogido al trabajo en su faceta de derecho, mientras lo hizo, en la forma de obligación en el art. 46, así dispuesto: “El trabajo, en su diversas formas es una

<sup>79</sup> TOMÁS, F. y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español, Códigos y Constituciones (1808-1978)*, p. 164.

<sup>80</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 49.

<sup>81</sup> CLAVERO SALVADOR, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid 1986, p. 91.

<sup>82</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo...*, Op. Cit., p. 50.

obligación social y gozará de la protección de las leyes". "Dicha formulación se ha considerado diáfana y plenamente congruente con el previo diseño de una República de trabajadores, pero de una más que dudosa eficacia jurídica"<sup>83</sup>.

Para el doctrinador la Constitución de 1931, salvo excepciones, en la práctica de las relaciones laborales y del Derecho de trabajo la recepción esperada no pasó de ser "una simple referencia simbólica más bien remota"<sup>84</sup>.

En el período de vigencia de la Constitución de 1931 se puede mencionar algunos logros en términos de legislación ordinaria con materializaciones pioneras y concretas en la realización de un derecho al trabajo, sea por las normativas sobre colocación obrera o las limitaciones temporales en la utilización de mano de obra o el laboreo forzoso, e incluso el conjunto de limitaciones sociales a los principios básicos del orden económico capitalista.

- Todavía, es con las Leyes Fundamentales franquista, que ni tuvieron carácter constitucional ni consiguieron que como tal se la tomase, que por vez primera hubo la incorporación nominal del derecho al trabajo entre los derechos reconocidos, si bien que tan solo en Declaraciones y no en la ley y de manera anecdótica, mientras que se debe mencionar, con anterioridad un "Decreto de 28 de mayo de 1937, donde se contempla el derecho al trabajo de los reclusos"<sup>85</sup>.

A pesar de todo sentimiento que pueda despertar por la práctica política que ha propiciado, en líneas generales, "el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938 se presenta como un texto marcadamente propagandístico, obediente a una ideología totalitaria muy determinada y con un carácter esencialmente programático"<sup>86</sup>, sin embargo ha introducido declaración de principio que orienta al legislador y el juez en la producción e interpretación de textos normativos en relación el derecho al trabajo y más el deber social de trabajar.

"Con una retórica y ampuloso lenguaje característico, y la indudable influencia de los regímenes alemán e italiano, el Fuero del Trabajo insiste, en su Declaración primera, y por dos ocasiones, en el valor otorgado al hecho del trabajo por el nuevo Estado y en el reconocimiento del derecho al trabajo"<sup>87</sup>, declarando en el párrafo 4º que "el Estado valora y exalta el trabajo, fecunda expresión del espíritu creador del hombre, y, en tal sentido lo protegerá con la fuerza de la ley, otorgándole las máximas

<sup>83</sup> PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1932, p. 156.

<sup>84</sup> MARTÍN VALVERDE, A., *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en AA.VV., *La legislación social en la historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1987, p. LXXXIX.

<sup>85</sup> ZURITA GARCÍA, J., *La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual*, Revista de Estudios Penitenciarios 241, 1989, p. 51 y ss.

<sup>86</sup> GARRIGUES, J., *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Fe, Madrid 1939, p. 19.

<sup>87</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 52.

consideraciones y haciéndole compatible con el cumplimiento de los demás fines: individuales, familiares y sociales". Siguiendo la misma línea terminológica, el párrafo 6º cataloga al trabajo como "uno de los más notables atributos de jerarquía y de honor", constituyendo "título suficiente para exigir la asistencia y tutela del Estado".

El derecho al trabajo viene expreso en los párrafos 3º y 8º de la Declaración en estos términos:

"Párrafo 3º: El derecho de trabajar es consecuencia del deber impuesto al hombre por Dios para el cumplimiento de sus fines individuales y la prosperidad y grandeza de la Patria"; y Párrafo 8º: Todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión del Estado".

Todavía hay una distancia muy grande entre las manifestaciones formales del régimen y la satisfacción real, es una "declaración ideológica, de principio, válida para orientar al legislador y al juez, pero carente de positividad inmediata"<sup>88</sup>, es en fin una declaración con "gran significación declamatoria, aunque de efectividad muy limitada"<sup>89</sup>. Es importante resaltar que a respecto de esas consideraciones sobre el tratamiento del tema hay discrepancias<sup>90</sup>, pero su examen es necesario incluso por poseer el derecho examinado una cierta virtualidad, con destaque para el principio de estabilidad en el empleo que sería, "quizás, el más destacado"<sup>91</sup>.

El deber de trabajar se completa en el párrafo 5º que establece: "El trabajo, como deber social, será exigido inexcusablemente, en cualquier de sus formas, a todos los españoles no impedidos, estimándolo tributo obligatorio al patrimonio nacional".

En la formación del principio enunciado concurrieron las ideologías dominantes en el Fuero y el artículo 46 de la Constitución de 1931, y también, el "Movimiento de FET y de las JONS"<sup>92</sup>. Como se ha afirmado "se trata de un principio no realizado e

<sup>88</sup> BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo 1*, Marcial Pons, Madrid 1975, p. 129.

<sup>89</sup> ALONSO GARCÍA, M., *Notas sobre el Fuero del Trabajo*, RT2, 1963, p. 77. Citado por SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 52.

<sup>90</sup> SERRANO y SERRANO, I., *El Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Talleres Tipográficos Casa Martín, Valladolid 1939. Afirma que "quien, tras estudiar desde un enfoque claramente religioso el significado del deber de trabajar, afirma que el reconocimiento del derecho al trabajo no es una fórmula hermosa ni huera de realidades, ya que se impone al Estado una obligación para su cumplimiento y realización. Ingenuo razonamiento, desde su postura de defensa del sistema (...)".

<sup>91</sup> MOLTALVO CORREA, J. *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, p. 241. Explica que "la base legal de este principio puede encontrarse en el propio tenor constitucional, sobre todo en la Decl. nº 6 del Fuero del Trabajo, según el cual: 'El Estado velará por la seguridad y continuidad en el trabajo' (más indirectamente, también la proclamación del derecho a trabajar de la Decl. I del propio Fuero, y el artículo 24 del Fuero de los Españoles)".

<sup>92</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 52. Refiriéndose a la Falange Española Tradicionalista (FET) y las Juntas de Ofensiva Nacional-Sindical (JONS).

irrealizable en una estructura social y económica individualista como la nuestra, pero, sin embargo, se ha seguido repitiendo en los textos fundamentales más recientes”<sup>93</sup>.

El Fuero de los españoles de 17 de julio de 1945 proclama en su art. 24 que “todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil”, todavía en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958 en el inciso inicial del apartado X se limita a reconocer el principio del trabajo “como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles”<sup>94</sup>.

Como se ha dicho antes, la recepción del derecho al trabajo por el ordenamiento jurídico español se ha hecho muy tardíamente, pues para ella ha concurrido por primero, el hecho de toda discusión centrarse casi exclusivamente “sobre la libertad de trabajo, en lógica consonancia con la exaltación de la libertad, que prende en el siglo XIX como consecuencia de los iniciales focos encendidos por el pensamiento ilustrado del XVIII”<sup>95</sup>. Por segundo, es que en España no existió un movimiento revolucionario comparable al de 1948 en Francia, que ha contribuido para una radical formación del derecho. Por tercero las ideologías del pensamiento utópico socialista en confronto con el liberalismo capitalista francés en contraste con las divergencias en el diálogo español. Por fin las peculiaridades y cronología del constitucionalismo español, que sólo con la Constitución de 1978 eleva al más alto rango el derecho al trabajo y propicia el desarrollo en la legislación reglamentaria.

- El derecho al trabajo en el sistema constitucional actual

De forma expresa la Constitución española de 1978 reconoce y proclama el derecho al trabajo como un de los Derechos Fundamentales de su Título Primero respectivamente en los arts. 25.2 y 35.1, todavía el enunciado de cada cual, principalmente del último ejerce una vía atractiva de varios otros dispositivos de la Constitución para el alcance de su efectiva aplicación, como verdaderos fundamentos axiológicos del orden constitucional.

La doctrina ha desarrollado estudios importantísimos que no dejan duda sobre “el sistema y estructura”<sup>96</sup> del derecho y del deber establecidos en los dichos preceptos constitucionales, y que, por su vez, sufren la influencia del modelo económico adoptado por España, así es que no se ha de olvidar el hecho de ella haber alzado a la condición de un Estado social y democrático de derecho con las implicaciones de estos derechos sociales sobre una economía social de mercado.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El Fuero del Trabajo y la Carta Social Europea*, Revista de Trabajo 2, 1963, pp. 74-77.

<sup>94</sup> ALONSO GARCÍA, M., *Notas sobre el Fuero del Trabajo...*, Op. Cit., p. 77.

<sup>95</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 53.

<sup>96</sup> Ídem, pp. 69 y ss. Ofrece en esta obra un importantísimo y esclarecedor estudio sobre derechos, libertades y el deber de trabajar.



A su vez, no es posible afirmar con toda certeza cual es el modelo económico diseñado por la Constitución española, todavía no parece erróneo concluir que ella presume un “modelo de economía social de mercado, pero sin establecer un marco cerrado o inmutable, sino más bien abierto y flexible”<sup>97</sup>, que tiene la virtud de permitir “la evolución y la transformación de acuerdo con las exigencias de un orden más justo, y en el que cabe reconocer al Estado un papel de dirección de la economía y de remodelación social”<sup>98</sup>.

Así es posible afirmarse que en España en 1978 se ha “constitucionalizado el sistema de economía de mercado del Estado Social, esto es, el de economía social de mercado, lo cual significa el reconocimiento de la libertad de empresa - en su triple proyección de libertad de acceso al mercado, libertad de ejercicio y libertad de cesación-, y en último extremo, la libertad de competencia en el marco de las exigencias específicas del Estado social”<sup>99</sup>.

Por su vez el “sistema de economía de mercado del Estado social se opone tanto al sistema colectivizado o de planificación central y coactiva o imperativa, en el que las empresas son simples ejecutantes de las decisiones adoptadas por el órgano central planificador, como al sistema de capitalismo clásico, en el que la autónoma consecución de los respectivos intereses particulares se considera la mejor garantía del interés público”<sup>100</sup>.

Concluyendo, España ha elegido un “modelo económico que bien puede considerarse como de economía social de mercado”<sup>101</sup>, en el que los “elementos caracterizadores de una economía planificada o dirigida pugnan por guardar un equilibrio respecto de los inherentes al libre mercado, en una tensión abierta a futuros cambios y transformaciones, según corresponde a la caracterización del Estado como social”<sup>102</sup>.

Es cierto que todos los aspectos examinados relativos al derecho al trabajo y el correlato deber de trabajar no se han agotado el asunto, todavía fueran abordados los más significativos para la comprensión de la esencia de los dos importantísimos institutos para el desarrollo de este trabajo de tesis.

---

<sup>97</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 98.

<sup>98</sup> SANTOS, V., *Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, en AA.VV., *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, p. 371-383.

<sup>99</sup> SASTRE IBARECHE, R., *El derecho al trabajo*, Op. Cit., p. 98.

<sup>100</sup> ROJO FERNÁNDEZ, A., *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, Revista de Derecho Mercantil 169-170, 1983, p. 316.

<sup>101</sup> ENTRENA CUESTA, R., *El principio de libertad de empresa*, en AA.VV., *El modelo económico en la Constitución española 1*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1981, p. 125 y ss.

<sup>102</sup> MONTALVO CORREA, J. *Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales*, en AA.VV., *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1985, p. 247.

No se puede investigar el tema participación de los trabajadores en la empresa sin que tenga con toda clareza el derecho al trabajo y también el deber de trabajar, porque en ellos está la materia prima con la cual se construirá la tesis propuesta. Sin embargo también es de trascendental importancia para el posterior estudio en el Capítulo III, donde se buscará desarrollar un estudio sobre la idea de reorganización del Derecho del Trabajo.

De esta forma, sentadas las bases del estudio sobre el derecho al trabajo, mismo de forma muy sencilla por la naturaleza de su plasmación constitucional, que juntamente con otros derechos y principios, fornecen el fundamento en conexión con el comando del art. 129.2 CE para la real y efectiva participación de los trabajadores en la empresa.

Para no huir a los objetivos de este trabajo o ampliarlo en demasía, el estudio de los artículos 35.1, 35.2 y 25.1, 25.2 CE, o sea, la análisis del deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, incluso los condenados a penas privativas de libertades, es hecho por medio de una sencilla análisis en el Capítulo I, al establecerse la conexión de estos con otros artículos de la Constitución española, cuya relación e importancia que tienen entre si pueden emprestar carácter de real efectividad a los institutos en estudio.

Toda la investigación y el relato histórico de algunos de los aspectos más tajante del registros de la evolución del deber de trabajar y del derecho al trabajo establecidos por la Constitución española, que se acaba de producir, tiene la función primordial y la insoslayable necesidad de una análisis que sirva para ayudar a fundamentar la construcción de la tesis, en los particulares aspectos de la dignidad de la persona que trabaja, del desarrollo de la personalidad y de la relación con la propiedad privada, es decir, con la empresa, la libre iniciativa, todo esto basado en el principio del debido valor al trabajo humano que puede, sustentar y promover la participación de los trabajadores en la empresa.

La construcción filosófica y los hechos estudiados han dado origen al reconocimiento a nivel constitucional de aquellos derechos y deberes, que contaran con la influencia externa ejercida por los postulados de los organismos internacionales y las experiencias de otros países, que de alguna forma han contribuido para la formación del modelo adoptado por la Constitución española, mientras que los factores decisivos emanaran internamente de las fuerzas políticas y social sometidas a alternancia del juego entre partidos políticos liberales, socialistas y otros de menor representatividad política. Esta construcción ha resultado en un robusto ordenamiento laboral que ha servido por largo tiempo a sus propósitos, pero que hoy es muy cuestionado por diferentes segmentos, el que ha colocado el Derecho del Trabajo, en este trabajo de la tesis sobre participación de los trabajadores en la empresa, como telón

de fondo, y cuyo estudio es profundizado a seguir. El deber de trabajar y el derecho al trabajo son las premisas del instituto de la participación.

## 1.2. Caracterización doctrinal del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa

### a) Origen de la participación

Más allá de las críticas que se hacen a la falta de concreción y timidez de la Constitución Española, ya mencionada, ella se articula sobre la idea de 'democracia participativa' y perfila un esquema amplio de participación que desborda los límites tradicionales de la participación en la vida política para introducirse también en el ámbito socio-económico. Y es en este último aspecto que se centrará este estudio por ahora.

De pronto es importante resaltar que para caracterizar este nuevo ámbito participativo, la doctrina ha recurrido frecuentemente al concepto de democracia económica o, en otros casos, al más tradicional de democracia industrial. Pero estos conceptos no son pacíficos, o sea, no están bien asentados se comparado con el de democracia política, por lo que no dispensa una aproximación histórica a la origen del dicho concepto y a las connotaciones que se le han atribuido la doctrina.

Con un enorme abanico de contenido que le ha atribuido históricamente dependiendo de la inclinación de su autor, el concepto de democracia industrial surge "en las postrimerías del siglo XIX, en la obra clásica de los Webb '*Industrial Democracy*'. En dicha obra, el objetivo de la democracia industrial consiste en evitar las desigualdades que se derivan de la regulación de las relaciones laborales en base a un principio de libertad contractual y garantizar una regulación uniforme de la disciplina"<sup>103</sup>, en el escenario de la Gran Bretaña de la época.

Para alcanzar tal fin se plantean diversos instrumentos siendo el más preferente la ley, que para los Webb es "el acto parlamentario que consistiría en la forma ideal de contrato colectivo"<sup>104</sup>, es decir, un pacto nacional concluido entre un sindicato que comprenda la totalidad de trabajadores de una clase y una asociación de empresarios de la que no se excluya ninguna empresa. Otra forma es la "contratación colectiva (forma ordinaria de regulación) y la '*mutual insurance*' (una especie de determinación unilateral de las reglas de la prestación laboral por un sindicato fuerte que monopoliza la fuerza de trabajo en un sector)"<sup>105</sup>. La obra de los Webb contiene allá de la propuesta

<sup>103</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 5.

<sup>104</sup> WEBB, S. Y B., *Industrial Democracy*, Londres 1898, p. 261.

<sup>105</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. ...*, Op. Cit., p. 5 y 6.

señalada otras, pero lo que es importante a pesar del condicionante histórico y de su instrumentalidad sindical es el valor intuitivo por la necesidad de una regulación heterónoma de las relaciones laborales en base a un amplio consenso y con intervención de las instituciones que representan el interés general de todas las partes involucradas.

Otra elaboración doctrinal del concepto de democracia industrial cercana al contenido que hoy se le atribuye, aunque ambiguo, proviene del programa de la socialdemocracia alemana encomendado por el sindicato social demócrata alemán que encarga a una “comisión de asesores científicos”<sup>106</sup>. El dicho programa, que se inserta dentro de un proyecto amplio de transición al socialismo, se centra especialmente en la democratización de las relaciones laborales, por una parte y del gobierno de la economía, por otra.

Esa democratización de las relaciones laborales tiene como uno de sus objetivos atribuir a la participación el reforzamiento de la tutela de los trabajadores, invirtiendo la tendencia por la cual se hallan sujetos a los avatares del libre mercado, entendimiento que se encuentra hasta hoy. Para alcanzar los objetivos en el que dice respecto al centro de trabajo, se lograría por medio de los órganos de cogestión. Por su vez, apunta el proyecto como formas más idóneas las empresas públicas, los autogestionados y las cooperativas y organismos mutuales.

De otra parte en la democratización del gobierno de la economía en el ámbito macroeconómico, la finalidad principal del proyecto consistía en controlar los riesgos que se derivan de una economía de mercado, pues se consideraba que había alcanzado un grado de desarrollo de tipo monopolístico, lo que se debía hacer, mediante el sometimiento de las organizaciones monopolistas a los intereses de la comunidad por medio del control estatal y la otra forma, es a través de la participación en la empresa. Resultando de ambas formas de controle una automática racionalización del sistema.

Estos antecedentes históricos sirven como elemento clasificador de la amplitud del concepto de democracia industrial que en el período de la elaboración de la socialdemocracia alemana en la época weimariana, tal concepto contiene un carácter instrumental al servicio de una transformación hacia un modelo de sociedad diverso, pero también un contenido tan amplio que abarca todo el fenómeno dinámico de la pretendida democratización en materia económica.

A pesar de los impulsores de la teorización alemana se consideraren “herederos del concepto anglosajón de *‘industrial democracy’*, la teorización alemana de la

---

<sup>106</sup> La Comisión, en 1927 – 1928, coordinada por F. Naphtali elabora los principios políticos, económicos y jurídicos que deberían dirigir la actuación del sindicato para realizar la democracia económica (Relación al decimotercer congreso de los sindicatos alemanes, Hamburgo, 1928). Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. *La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 6.

*'wirtschaftsdemokratie'* parte de una confianza casi ciega en el intervencionismo del Estado y tiene unos referentes muy diversos, aunque también importantes elementos de conexión"<sup>107</sup>.

Una de las tangentes entre las posiciones de una y otra es la consideración de que la economía es un asunto público y como tal pretenden sustraerla del dominio privado, al menos cuanto a la relación laboral por medio de la intervención del Estado que todavía debe ser sólo reguladora en la perspectiva webbiana, en lo que difieren de la concepción socialdemócrata weimariana para quien se cuestiona también la titularidad de los medios de producción, en un proceso que pasaría por el desarrollo de la empresa pública en el camino de una futura sociedad socialista. En cuanto los webb planteaban como objetivo la limitación mediante una legislación imperativa, de las prerrogativas excesivas del empresario sin impregnarla de otras connotaciones, el proyecto de Naphtali se plantea como fase intermedia dentro de un proceso de estatalización de la economía, lo que distanciaban un del otro.

Alemania dividida después de la segunda guerra, la Oriental aislada de parte da Europa y de la Occidental, esta bajo la influencia del plan Marshall, guerra fría y súbita derrota electoral de la socialdemocracia en el agosto de 1949, inclusive en el mismo año el Congreso de Múnich de los sindicatos alemanes se realiza sin representación de Alemania oriental, evento en que se contempla la cogestión en la empresa como uno más de los pilares programáticos, junto con elementos de socialización y planificación económica, siendo que estos dos últimos van siendo abandonados, "concentrándose casi exclusivamente en la demanda de codeterminación"<sup>108</sup>.

Estos cambios influyeron en el sentido de que era cada vez menor la relevancia de la transferencia de las empresas a la titularidad pública, hasta terminar operando una identificación entre la idea de democratización industrial y la de participación de los trabajadores en sus distintos niveles, tanto intra como extra-empresariales, pero manteniéndolas en el dominio privado.

En el escenario "socio-político-económico"<sup>109</sup> la codeterminación se afirma como punto de encuentro entre empresariado y sindicato y de ella derivando la participación

---

<sup>107</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 7.

<sup>108</sup> TURONE, S. *Imprenditori e sindacati in Europa: Storia e prospettive della democrazia industriale*, Roma-Bari, 1982, p. 101 y ss. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2...*, Op. Cit., p. 7.

<sup>109</sup> Esto es el escenario socio-político-económico posguerra. Debilitada la social democracia pela derrota electoral para plantear reivindicaciones más radicales, tampoco el empresario alemán podía esgrimir posiciones de fuerza, ya que necesitaba el apoyo de los americanos y estos se hallaban interesados en crear un Estado democrático capaz de servir de bastión en las relaciones de los países occidentales con los soviéticos. Surge así la codeterminación como punto de encuentro entre empresariado y sindicato, entre el gobierno de Adenauer y la oposición socialdemócrata, con la connivencia de los aliados, temerosos de debilitar excesivamente a Alemania ante la "amenaza soviética". Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la...*, Op. Cit., p. 8.

de los trabajadores que surge como modelo alemán fruto de concesión del empresario a los sindicatos, como contrapartida de una paz sindical que permitiera huir al peligro del desmembramiento de la industria alemana por parte de los aliados da guerra. Así es que la “primera ley que introduce tal instituto”<sup>110</sup> fue aprobada por el Parlamento alemán por casi unanimidad.

La doctrina pasa a identificar el concepto de democracia industrial y hasta el de democracia económica con el de la participación en la empresa a partir de la codeterminación alemana. Todavía la misma doctrina sigue hoy en día sin haber atribuido un contenido nítido a estos conceptos que, frecuentemente, se utilizan de forma indiscriminada, cuando no se tomando un por el otro.

Sirve de ejemplo el concepto de democracia económica utilizado as veces para referirse a todo el complejo ámbito de la democratización de la vida económica y en otras, “se limita a la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa”<sup>111</sup>, aunque se utilizan otros conceptos, “como gobierno democrático de la economía, para referirse a las implicaciones macroeconómicas de la participación (programación, concertación,...)”<sup>112</sup>.

#### b) Justificación teórica de la participación y la progresiva superación de resistencias

Durante un largo tiempo han sido muy diversas las virtualidades atribuidas por la doctrina, tanto entre sus defensores como entre sus detractores, resultando casi siempre un perjuicio ideológico la abordaje de la cuestión y que se evidencian en los argumentos utilizados por quien a ella se opone desde “posiciones de liberalismo económico a ultranza, por una parte y, por otra, entre los partidarios de un sindicalismo que podríamos caracterizar como ‘conflictivo’”<sup>113</sup>, lo que aconseja el examen de unas y otras objeciones separadamente.

En la perspectiva del liberalismo económico y sus extremes no faltaron autores que llegaron a considerar que la introducción de forma imperativa de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa supondría, al menos en algunos países,

---

<sup>110</sup> TURONE, S., *Imprenditori e sindacati in Europa: Storia e prospettive, della democrazia industriale*, Roma-Bari, 1982, p. 101 y ss. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 8.

<sup>111</sup> Lo que incluye desde el tradicional accionariado popular, hasta los fondos de asalariados o incluso proyectos con las específicas connotaciones de los fondos colectivos suecos. Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 8.

<sup>112</sup> Esta última acepción es bastante pacífica en la doctrina italiana y ha tenido una recepción casi mimética en determinados sectores doctrinales españoles, sobre todo, entre los iuslaboralistas. Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución... Op. Cit., 2005, p. 8.

<sup>113</sup> URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa..., Op. Cit., p. 8 y 9.

“el fin del sistema de la libre empresa y del mercado”<sup>114</sup>, aunque admitiendo la compatibilidad de ambos institutos en el modelo alemán. Consideraba esta corriente de pensamiento que esta nueva limitación de las potestades empresariales se conjugaría con otras limitaciones importantes ya existentes, alterando una situación de equilibrio o paridad en las relaciones laborales en favor de los trabajadores con grave perjuicio para el sistema de poder en la empresa.

Sin embargo estos argumentos no deben ser considerados definitivos puesto que la imposición por vía legislativa de la participación implicaría por consiguiente en lo mínimo una mejora sustancial del status del trabajador frente al empresario, pero, mismo que haya un incremento radical del status del trabajador hay una verdad subyacente que el equilibrio existente en cada momento en el modelo de relaciones laborales es “contingente y que la incidencia sobre él no se halla sustraída a la voluntad del legislador, siempre que se respete el marco que impone la Constitución económica”<sup>115</sup>.

En los últimos años es presente una cierta evolución en la predisposición empresarial hacia la participación, incluso en algunos países más industrializados como Japón, ya hace tiempo viene introduciendo de forma generalizada procesos de corresponsabilización de los empleados en la gestión de la empresa, todavía esta variante no corresponde a el modelo democrático de empresa, pero tiene la virtud de superación del modelo tayloriano y de su pretendida dirección científica, todavía mismo que no sea el proceso de democratización de empresa deseado, por lo menos evidencia que algunos sectores empresariales están superando las resistencias a la participación de los trabajadores.

En otros sectores del empresariado al tiempo que cuestionaba la dirección científica, también se posicionaban contra al favorecimiento de la participación inclusive indicando como evitar a través del fraccionamiento de las distintas fases del proceso productivo, de forma que el trabajador se quedaba sin idea de conjunto de parte o de todo el proceso de producción.

La base de la cultura tayloriana está siendo cuestionada profundamente por las nuevas necesidades que plantea la competencia internacional y las innovaciones tecnológicas en determinados ámbitos empresariales, principalmente aquellos que emplean tecnología de punta, imponiendo poco a poco la idea de que “un cierto aumento de la dirección participativa viene impuesto también por las transformaciones

---

<sup>114</sup> VISENTINI, B., *Contra la proposta de quinta direttiva comunitaria e ancora contro la “cogestione”*, en *Rivista delle Società*, 1983, p. 121.

<sup>115</sup> En este sentido se tiene la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre el carácter abierto de la Constitución económica que se ha trascendido en la jurisprudencia constitucional de otros países europeos, incluyendo la española. Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 9.

tecnológicas”<sup>116</sup> y que tiene como una de sus consecuencias la exigencia cada vez mayor de “un tipo de trabajador muy cualificado y capaz de adaptarse a los cambios que se puedan plantear en su función dentro da empresa”<sup>117</sup>.

No es más considerado positivo la dirección prescindir de los criterios de mejora de la eficacia que pueden aportar los propios empleados, que son quienes, en muchos casos, tienen un conocimiento más cercano de las deficiencias, a pesar de la rígida división del trabajo perjudicial a la perspectiva de conjunto que puede tener el trabajador del proceso productivo. De ahí constatarse que “una mayor división del trabajo no supone más eficacia en la producción”<sup>118</sup>.

El abordaje del problema de la elección del método organizativo desde la única perspectiva de la productividad donde la alternativa tayloriana es sólo una de las posibles y no necesariamente la más eficaz por tener la inseguridad psicológica como incentivo al trabajador por amenaza de más trabajo, más rápido, quedar en paro o reducción salarial. Mientras que en una dirección participativa se aprovecha los conocimientos y el pensamiento de los individuos para mejorar la producción.

Así es que estos criterios están comenzando a abrirse paso dentro de la cultura empresarial, “sobre todo en los países más industrializados y en los sectores tecnológicamente de vanguardia, que son aquellos en los que más claramente se evidencian las deficiencias del modelo taylorismo, derivadas de su falta de elasticidad operativa e incapacidad de reacción a las transformaciones del mercado”<sup>119</sup>. Todavía cuentan con fuerte resistencia de las organizaciones empresariales a la cultura de participación y por más razón si viene impuesta por ley.

Aún hoy la participación regulada de forma imperativa es tan temida por los demás empresarios europeos como lo fue en su momento por los alemanes, a pesar de las limitadísimas ambiciones de los sucesivos proyectos comunitarios que tienen en la confederación empresarial europea su principal bastión de oposición.

Estas posiciones no son justificables, pero son explicables por tener sido por largo tiempo la cultura empresarial ajena al concepto de democracia industrial.

La resistencia a la participación es consecuencia de una verdadera cultura empresarial tradicionalmente ajena al concepto de democracia industrial, que se busca

---

<sup>116</sup> MARTELLI, A., *Modelli decisionali e democrazia industriale*, en AA.VV: *stato, política económica e relazioni industriali in Europa*, Milán, 1987, p. 210. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 10.

<sup>117</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid 1992, p. 18.

<sup>118</sup> MALM, S., *La liberación del hombre: el futuro del sindicato*, en VALDÉS DAL-RE, F. (coord.): *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid 1994, p. 173.

<sup>119</sup> URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 11.



cambiar a través de ideas bien precisas sobre las prerrogativas de la dirección o del poder en la empresa, poder que sería delegado por la propiedad de forma exclusiva en una tecnoestructura, cuya relación con los trabajadores puede presentarse de distintas formas o estilos de dirección, que irían desde el autoritario, al consultivo y al participativo.

La participación en la cultura managerial “ha sido entendida siempre como una modalidad de relación dirigida a dos objetivos: reducir el costo de la ejecución de las órdenes (...) y aumentar la pertenencia del sujeto a la empresa (...) a efectos de productividad, eficiencia, mantenimiento del liderazgo, etc.”<sup>120</sup>

El cambio de actitud más significativo ocurrió en el ámbito sindical con una importante evolución del movimiento obrero, al menos por lo que se refiere a la participación en la gestión de la empresa, con retraso o incluso, sin lo haber superado en otros países europeos hasta bien temprano.

Dos son básicamente los motivos de las dichas reticencias o cuando non un rechazo frontal, ambos eran de índole tanto teórica como práctica. Así es que los primeros provenían básicamente “de un socialismo dogmático que anatematizaba la participación, por considerarla exclusivamente como elemento de legitimación del sistema. Incluso en algunos sectores menos dogmáticos que arropaban con otros argumentos su rechazo, se evidenciaba el temor a ‘contaminarse’ implicándose en decisiones empresariales”<sup>121</sup>.

Básicamente las razones prácticas, por fuerza de sus tradiciones sindical europea, tenían dos perfiles: un de mayor institucionalización de los sindicatos del norte de Europa y otro los que se inclinaban tradicionalmente por un modelo más conflictivo o menos integrado, representado por Gran Bretaña y los países mediterráneos.

Tradicionalmente se han admitido la existencia de dos modelos genéricos de participación: un de carácter institucional cuyo mayor ejemplo es Alemania y otro de carácter conflictivo representado por Francia e Italia. Y durante años se han considerado estos modelos en compartimentos estancos y que “resultaban absolutamente incompatibles entre sí”<sup>122</sup>, así aceito por la doctrina en general que tendía a alienarse netamente a favor de uno u otro de los dos modelos.

---

<sup>120</sup> UNNIA, M., *Governo del impreso e democrazia industriale*, en AA.VV. Stato, política económica e relazioni industriali in Europa, Milán, 1987, p. 181. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 11.

<sup>121</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 12.

<sup>122</sup> Nadie cuestionaba una rígida clasificación entre una “participación ‘gestionaría’, cuyo ejemplo positivo lo suministraba el ordenamiento del RFA y la legislación consolidada a partir del bienio 1951-1952” y “una participación ‘conflictual’, de la que constituían ejemplos las legislaciones francesa e italiana ... que

Por vías ideológicamente diversas ambos modelos habrían incidido en el progreso de la normativa referente al contrato de trabajo y que son identificadas de esta forma:

- La vía institucional lo habría hecho reforzando la naturaleza personal de la relación de modo que la “atribución a los trabajadores de poderes de cogestión y la derivada atenuación de los elementos de conflicto existentes entre las partes serían su consecuencia lógica y coherente”<sup>123</sup>.

- La conflictiva habría intervenido en sentido muy diverso, impidiendo la implicación del trabajador en el esfera de interés del empleador y operando una “reducción de los deberes del trabajador al puro ámbito de la prestación convenida y reconocimiento de los ‘derechos de libertad’ en el lugar de trabajo”<sup>124</sup>.

A pesar de su simplicidad y claridad y de la ventaja de expresar cierta inspiración que subyace al modelo de relaciones laborales ellas plantean problemas cuando de las mismas se pueden derivar rígidos arquetipos que desconsideran importantes matices de cada modelo nacional, inclusive “aspectos que se pueden dar en ambos y dentro de cada uno de ellos en distinta medida”<sup>125</sup>.

Estas son visiones reduccionistas por considerar sólo algunos parámetros que definen los modelos dejando de fuera del análisis aspectos importantes como es las finalidades que asume la acción del sindicato fuera de la empresa y la existencia o no de una fractura entre la acción del sindicato dentro y fuera de la empresa presente en la realidad. “Además, tampoco se debe prejuzgar la participación contractual como antagónica de la institucional, ya que ambas conviven en el modelo ‘institucional’ donde esta última constituye un instrumento añadido a la negociación colectiva, como sucede en Alemania en los sectores sometidos a cogestión”<sup>126</sup>.

Resulta que el concepto de participación conflictiva, tan querido por la doctrina italiana se queda perjudicada prefiriéndose tratar de una mayor o menor institucionalización de la participación, es que “la rígida separación de los modelos, la mutua estigmatización de la que ambos se servían, ha ido progresivamente

---

desconfiaba de las virtudes integracionistas de los mecanismos representativos de los trabajadores en la empresa” (BAYLOS, A., *Control obrero, democracia, industrial, participación en AA.VV. (BAYLOS dir.): Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, 1992, p.174 y ss.). Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 12.

<sup>123</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 12.

<sup>124</sup> GARCÍA BECEDAS, G., *Democracia y relaciones laborales*, Madrid, 1980, p.158.

<sup>125</sup> De los que son ejemplo “arbitraje, consejos de carácter no sindical y participación orgánica constituirían la esencia de la primera, en tanto que recurso a la huelga, sección sindical de empresa y participación contractual lo serían de la segunda”. BAYLOS, A., *Control obrero, democracia, industrial, participación en AA.VV. (BAYLOS dir.): Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid 1992, p. 174 y ss. Cfr. URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución... Op. Cit.*, p. 13.

<sup>126</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución... Op. Cit.*, p. 13.

difuminándose”<sup>127</sup>, hasta llegar a la actualidad donde el debate sobre los derechos de participación revela la indiferencia potencial de los respectivos modelos conflictual y de gestión.

Ahora bien, partiéndose de esta comprensión se podría distinguir los sistemas de relaciones laborales que se basan en una participación exclusivamente contractual y aquellas en que esta se complementa con formas de participación institucional, sean ellas en el seno de la empresa, sea en los órganos relacionados con la programación – consejos económicos y sociales o instituciones afines – aunque esta clasificación deba ser llevada en cuenta con salvedad por las formas de institucionalización de las relaciones laborales que adquieren en cada país, pues difiere substancialmente entre si el modelo italiano, del francés, del alemán del holandés, del sueco o del español.

El nivel de institucionalización es generalmente más elevado en los países del norte de Europa que en los mediterráneos, resultando que, en determinados sectores doctrinales y del movimiento sindical el rechazo de la participación obedece en gran parte a este tipo de condicionamiento cultural e histórico. Como ocurrió en el período comprendido entre el final de la década de los setenta y comienzos de los ochenta, cuando las circunstancias históricas han convergido elementos sustanciales forzando cambios, entonces “se ha producido un replanteamiento importante al respecto en dichos sectores”<sup>128</sup>.

Una relativa superación del tradicional recelo, tanto empresarial como sindical a la participación fue impulsada por aquellas circunstancias objetivas que se podría presentar de forma resumida en cinco tópicos por “Cruz Villalón”<sup>129</sup>, donde:

El primer es el surgimiento de un nuevo trabajador-tipo, caracterizado por un mayor nivel cultural y de cualificación, con una mayor presencia en el sector de servicios y con unas expectativas no limitadas exclusivamente a la jornada laboral y la retribución.

El segundo un tipo de empresa emergente caracterizada por constituir una institución dinámica, sometida a constante reestructuración, lo que exigiría la necesidad de una permanente acción sindical en su seno.

---

<sup>127</sup> BAYLOS, A., *Control obrero, democracia, industrial, participación: contenidos posibles*, en AA.VV. (APARICIO, J. y BAYLOS codir.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid 1992, p. 177.

<sup>128</sup> Una crítica a la tradicional clasificación entre formas integrativas y conflictivas, partiendo de la consideración de que la nueva empresa es siempre participativa. BONELL, M. J., *Partecipazione operaria e Diritto dell' Impresa*, Milán, 1983. Citado por URIARTE TORREALDAY, R., El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Editorial Comares, Granada 2005, p. 15.

<sup>129</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid 1992, p. 17 y ss.

Por tercer una fuerte tendencia a la concentración empresarial, favorecida por el proceso de unificación económica europea y como consecuencia inevitable el alejamiento de los centros de decisión, sobre todo en las empresas multinacionales.

El cuarto es la “desdramatización o moderación del conflicto social”<sup>130</sup>, como consecuencia de la extensión del consenso sobre el modelo económico-social y del mutuo reconocimiento entre las partes.

En el quinto estaría la consolidación de una situación de crisis de empleo cuyo componente estructural tiene una dimensión muy importante y donde el trabajo se ha convertido en un recurso escaso.

Todos estos factores van a contribuir para “provocar un cierto cambio de actitud hacia la participación, no sólo en los interlocutores sociales, sino también entre los distintos sectores doctrinales”<sup>131</sup>. Esta evolución de gran importancia en la doctrina tradicionalmente, más hostil al modelo alemán, considerada inicialmente como colaboracionista con los intereses del empresario, irá relaborando sus criterios en concordancia con las nuevas condiciones objetivas en que se desarrolla el debate.

Progresivamente, y sin una frecuencia regular, sectores menos entusiastas de la participación institucional pasan a admitirla, aunque en algunos casos sólo condicionada a no realización a través de organismos mixtos o, de que vaya acompañada de instrumentos de programación económica a nivel nacional.

Son dos factores provocadores de ese cambio de actitud. El primer tiene origen en las nuevas condiciones objetivas que se plantearon en función de la crisis económica de 1973 y provocadora la primera llamada de atención sobre el carácter coyuntural de algunos de los aspectos del modelo de desarrollo, cuyo cuestionamiento no se había planteado hasta aquello momento, y que corresponde al modelo de crecimiento que se había producido en el continente a partir de la Segunda Guerra Mundial, caracterizado por el desarrollo sostenido en condiciones cercanas al pleno empleo y adjuntada con la construcción de un Estado de bienestar y que pasa a sufrir pérdidas importantes de estas características por las profundas innovaciones tecnológicas y de la internalización de los mercados, con sus correspondientes efectos en materia de empleo y de competitividad. Por segundo, a dichos cambios se añade las mudanzas políticas por el deshielo ideológico que produce el final de la guerra fría y por la posterior caída de los regímenes comunistas en Europa generadores de grandes transformaciones en todos los campos incluso el psicológico.

---

<sup>130</sup> CRUZ VILLALÓN, *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid 1992, p. 21.

<sup>131</sup> URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005, p. 15.

La conjunción del deshielo ideológico, de lo cambio en las condiciones de empleo y de la competencia provocaran a su vez un cambio de perspectiva tanto en los sectores empresariales como y sobre todo, en los sectores laborales, a la hora de abordar la problemática de la participación en la empresa.

Todos estos cambios, que venían siendo acompañados por una buena parte de la doctrina, conlleva algunos autores a destacar la superación de aquél compromiso posguerra mundial, de aceptación por parte de los trabajadores del taylorismo que en un de sus aspectos era la “postergación de planes de llegar al gobierno de la empresa, a cambio de la obtención de incrementos salariales y de consolidación de un Estado asistencial”<sup>132</sup>, el que no más satisfacía al nuevo trabajador.

Así es que la participación ciudadana pasa a ser un imperativo de democracia en la empresa asimilada en los textos constitucionales, estudiada en el Capítulo I.

Ahora bien, para que no quede cualquiera duda sobre algunos aspectos conceptuales del tema de este trabajo de tesis y fíjese sus contornos en el estudio siguiente.

### 1.3. Aspectos conceptuales de la participación de los trabajadores e institutos conexos

Este conjunto de derechos, garantías y valores es que debe moldurar todo el análisis a seguir.

#### a) La participación

La participación de los trabajadores en la empresa en su origen, como todo instituto de derecho, surgió de una realidad que gana connotaciones dispares según el interés que abriga. Así es que la expresión participar aplicada a la vida e interés del trabajador en las relaciones laborales puede representar un espectro muy variado de significados hasta ningún efectivamente.

Estos aspectos de fluidez y polisemia ya venían siendo observados y criticados por la doctrina científica hace algún tiempo, concluyendo esta en primer lugar por la inviabilidad unitaria de su concepto y por segundo que su ecléctico significado puede llevarlo y lo tiene hecho asumir en el “debate ideológico y político general y de su plasmación jurídica”<sup>133</sup>, la configuración de una “etiqueta estándar”<sup>134</sup> apta a aceptar y

<sup>132</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Madrid 1992, p. 34.

<sup>133</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa. Una revisión institucional*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, promovido pela Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 15.

asumir diversas formas organizativas de los trabajadores en el centro de trabajo pudiendo incorporar la más elemental y sencilla expresión de la representación obrera u otras formas más complejas hasta llegar a la más auténtica forma de autogestión en las cooperativas.

Es cierto también que la expresión participación tiene servido algunas veces para significar muchas cosas o ninguna o, hasta como proclama el doctrinador, “alcanzar la extraña virtud de poder significar todo y nada al propio tiempo”<sup>135</sup>, de ahí se poder concluir ser una expresión “ambigua y vaporosa”<sup>136</sup>.

Así es que la expresión participación por sufrir las incertidumbres lingüísticas y ser afectada por las idiosincrasias ideológicas y políticas que la condenan a ser reconocida muchas veces como mero “embrollo semántico”<sup>137</sup> y se quedar a final sin un concepto unívoco.

Esta compleja y por veces paradójica realidad de uno de los institutos más polémicos, pero con mejor perspectiva para el futuro de las relaciones laborales, está a exigir una análisis más profundizada, a empezar por su concepto.

### 1) Concepto de participación

Es sabido lo cuán importante es conocer el concepto de algo, de ahí el esfuerzo, pues es a través de ello que llegamos a la comprensión de su esencia, propiedad y forma, y por ser así búscaselo con tanto afínco en relación a participación de los trabajadores en la empresa.

Cuando no se posee un concepto depurado en la lenguaje jurídica por cualquier que sea la razón, o mismo que existiendo, su significado y alcance no sea pacífico en la ley, en la jurisprudencia y más aún en la doctrina científica, como parece ocurrir en relación a participación, entonces es recomendable se recurrir al cauce del significado acuñado por la Real Academia Española en su Diccionario, donde se puede extraer la acepción más genuina y quizás más adecuada al sentido real que se busca en el campo del Derecho o mismo de forma más peculiar al del Derecho del Trabajo.

---

<sup>134</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa. Una revisión institucional*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, promovido pela Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 15.

<sup>135</sup> Ídem, p. 15.

<sup>136</sup> Ibídem, p.14.

<sup>137</sup> WEISEE, D., *La démocratie industrielle: cogestione ou control ouvrier? Experiences et projets*, Les Editions d'Organisation, París 1978, p. 25. Citado por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa. Una revisión institucional...*, Op. Cit., p.14.

Lo que se percibe entre paradigma y paragonado es que el entendimiento de la “Real Academia”<sup>138</sup> sufre de las mismas características polisémicas, sin embargo con la fundamental diferencia de que para los institutos de Derecho es requerido propiedad, precisión, clareza y delimitación de entre otras, pero así no ocurre con la expresión participación cuando aplicada a las relaciones de los trabajadores con la empresa, no las posee en plenitud, se quedando ambigua para las trascendentales funciones jurídicas que debe incorporar, mientras la amplitud y la generalidad son características de las definiciones gravadas en los diccionarios como el de la Academia.

Si se busca una univocidad conceptual sin cometerse un sacrilegio, es posible decir de forma específica que participar es “ser parte” en algo o, en el caso del trabajador “estar parte” en el emprendimiento por el tiempo de duración de la relación laboral. Dicho de mejor forma, cuando el ser humano contrata trabajo con otro, o sea, con el empresario independiente de ser una persona natural o una empresa, pasa a ser parte del emprendimiento como lo es el propietario, no como una cosa o “instrumento”<sup>139</sup> sin embargo un sujeto de derecho y obligaciones, de ahí ser tan interesado en su destino y gobierno como lo es este, pero sin llegar a poseer todos los derechos, deberes y responsabilidades de los propietarios o titulares del emprendimiento.

Participar es por tanto ser parte en la empresa, entendida esta como la interacción de los elementos: idea, capital, trabajo del empleador persona natural, insumo, *know how*, tecnología, sinergia y el imprescindible trabajo ajeno, tendentes a un fin.

En se tratando de ese instituto, si se puede identificar algo como univoco esto es tan solo el derecho de ser parte, encontrado en la matriz de la expresión participación en cuanto fruto de una relación laboral que le da cauce y existencia. Esta relación a que se subsume el trabajador genera el derecho de ser parte que es manifestada inicialmente en su género, para alcanzar al final sus especies, ya revelada en las diversas formas de participación en la empresa conocida y consolidada por la doctrina.

La Constitución española reconoce las diversas especies, cuando manda “promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”<sup>140</sup>. Por su vez el Estatuto de los Trabajadores asegura el derecho básico de “participar en la

---

<sup>138</sup> Vid. Diccionario de la Real Academia Español, 22ª. ed., Madrid, 2001, Participar (...) Dicho de una persona: Tomar parte en algo. // 2. Recibir una parte de algo. // 3. Compartir, tener las mismas opiniones, ideas, etc., (...). // 4. Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio...”.

<sup>139</sup> MARGULIES, N. y BLACK, S., *Perspectives on the implementation of participative approaches*. En *Human Resource Management*, vol. 26 n° 3, pp. 385 y 412. Al considerar como uno de los tres fundamentos de la participación, “El primero está centrado en lo que denominan relaciones humanas y considera que las personas son instrumentos que utilizan las organizaciones para alcanzar sus fines (rentabilidad, productividad...)”.

<sup>140</sup> Vid. Constitución Española, artículo 129.2.

empresa”<sup>141</sup> observada el contenido y alcance que disponga la norma específica. Es evidente que aquí el legislador ordinario si refiere al derecho género o matricial, con él dando cauce as diversas formas que están implícitas en el enunciado del art. 61 LET<sup>142</sup>, bien así a una verdadera cultura de participación en la empresa que se desarrolla en los diferentes países y más propiamente en la Unión Europea.

La doctrina científica tiene analizado y proclamado por lo menos cuatro modelos conceptuales básicos y otras más expresiones institucionales, por la ausencia de una concepción jurídica o porque no haya sido “debidamente materializada”<sup>143</sup> por el ordenamiento jurídico español. Tienen también intentado depurar conceptos e identificar realidades como ocurrió en el “Congreso de Salamanca”<sup>144</sup> donde se analizó viejas y nuevas formas institucionales de participación de los trabajadores.

No son grandes o considerables las discrepancias doctrinarias, jurisprudenciales o normativas acerca de los diversos conceptos presentados según la forma, modelo o aplicación de la expresión participación, se si considerar la dramática realidad de las relaciones laborales, las complejidades lingüísticas, los problemas ideológicos, la vanidad y ganancia humana generando tales relaciones y que influyen en las políticas legislativas y por vía de consecuencia las interpretaciones doctrinarias.

Influenciado por esta mezcla se llega a los conceptos de:

- Participación en la producción o en la organización empresarial, significando el desarrollo de la actividad contratada y la búsqueda de los resultados alcanzados por su contribución personal a la comunidad obrera. Cada producto o servicio lleva, por pequeña que sea el desgaste de sus energías, conocimientos técnicos y tiempo, hasta el cuidado con la perfección del producto, resultado de la mejor savia y actividad genial.

Por otra parte resulta sabido que ni todos los trabajadores desenvuelven su labor con el mismo ahínco y comprometimiento y que muchos empleadores no promueven las jornadas de trabajo dentro de los padrones asegurados por la ley y su ambiente de acuerdo con aquellas premisas, que la ley no exige para este y garantiza para aquellos la realización verdadera de este modelo de participación.

---

<sup>141</sup> Vid. LET, artículo 4º, 1, g).

<sup>142</sup> Vid. LET, artículo 61, que establece “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación (...).

<sup>143</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las Nuevas Formas de Participación en la empresa*, Ponencia proferida en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 276.

<sup>144</sup> Vid. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de la Empresa y Participación de los Trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, organización de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad de Salamanca, mayo de 2006.



- Participación en la vida de la empresa o en la gestión social, se realiza cuando la actividad del trabajador deja de ser tratada como uno de los factores productivos, porque sin opinión, sin voluntad, sin voz, que de forma mecánica y aislada cumple órdenes sin conocer el por qué, sin embargo, por el contrario, si se integra al grupo social que la empresa conforma, generando lazos de amistad y respeto de sus colegas de trabajo y de la propia empresa, sufre sus temores, vibra con sus júbilos, oye y es oído, tiene acceso a la información que le permite transformar su marco de vida y la realidad de su posición en el proceso productivo.

- Participación en la gestión de la empresa o en la dirección, aplicada principalmente a las sociedades mercantiles, significa actuar en conjunto con la dirección o administración en la gestión de la empresa, mediante la incorporación de una representación de sus trabajadores en los órganos de decisión, resultante del capital propietario, que se efectúa por la participación institucional o corporativa y paritaria de los trabajadores en el consejo de vigilancia de las sociedades, siguiendo el modelo de cogestión alemana, en un ejercicio constante de buena fe de ambas las partes en el emprendimiento y la producción.

- Participación económica o financiera en la empresa resulta del hecho de los trabajadores pasaren a ser parte beneficiaria o adquirieren acciones, lo que los hacen partícipes de la estructura de su capital pudiendo llegar hasta las formas de "trabajo asociado"<sup>145</sup>, a pesar de permanecer siendo trabajadores de la empresa, son socios de su capital y como tal ejercen poderes correlatos a estos. Esta participación puede manifestarse también por la distribución de los beneficios o resultados empresariales entre los trabajadores empleados.

Tanto las formas tradicionales de participación de los trabajadores en la empresa mencionadas, como las nuevas formas de participación a partir de propuestas comunitarias de UE serán objeto de estudio más profundizado al tratarse de sus modelos en una unidad específica.

No es tan raro que se haga una ligera confusión entre representación y participación de los trabajadores en la empresa, lo que requiere una distinción.

## 2) Diferenciación entre participación y representación

Ultrapasado los principales aspectos en torno de su conceptualización tornase imperativo diferenciar la participación de los trabajadores en la empresa de la

---

<sup>145</sup> El trabajo asociado es la denominación que la Ley 27/1999 establece para la cooperativa en la cual los socios ponen en común su trabajo, su esfuerzo personal y directo. Cfr. MORGADO PANADERO, P., *Problemática laboral y seguridad social de los socios y trabajadores en las cooperativas*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P. dir.), *Economía social y cooperativismo*, Editorial Lex nova, Valladolid 2006, pp. 107 y ss.

representación de los trabajadores en el centro de trabajo, por la proximidad e implicaciones, o mismo interdependencia entre los dos institutos.

Como ya se quedó demostrado, participación de los trabajadores en la empresa significa ser parte en el emprendimiento, o sea, tener más que un legítimo interés en todos los aspectos de la existencia, funcionamiento y resultado de la empresa, es ser sujeto de un derecho material se no por lo menos un derecho subjetivo fundado en la relación laboral.

Por otro lado la representación de los trabajadores en el centro de trabajo es un derecho instrumental cuando está a servicio de la participación, es decir, el representante de alguien o de sí mismo incorpora un poder legal, por vía de mandato, de actuar hasta su propio nombre o ajeno o de ambos concomitantemente para ejercitar aquello derecho de participación. Representar es estar presente y poder operar, es participar o tener la opción o el deber de participar.

El embrollo entre un instituto y otro “consiste en confundir las formas de ejercitar el derecho de participación con los instrumentos de representación”<sup>146</sup>, contemplado en el sistema de relaciones laborales español. El legislador contribuye decididamente por más de una vez, sea con la redacción dada al art. 61 LET y también la confusa incorporación del derecho en el art. 18 y capítulo V de la LPRL, sea en la sistematización de aquel. La confusión se establece cuando se “mezclan cuestiones de distinta naturaleza – la participación en la empresa y los mecanismos de representación unitaria de interés en la misma”<sup>147</sup>.

Diversos son los modelos y formas de representación de los trabajadores unas consagradas por su existencia y uso basado en las normas, otras de construcción doctrinal, jurisprudencial, comunitaria o mismo de la acción social.

También como ya fue identificado con antelación existen cuatro modelos o formas tradicionales de participación introducidos por el legislador y reconocidos por la doctrina científica, allá de nuevas formas que se vienen consolidando.

El que sucede con la representación es que el legislador ordinario sigue el hilo de la Constitución diseñando un cuadro complejo donde ha una representación colectiva y unitaria de los trabajadores en la empresa en la LET, que se realiza por medio de los delegados de personal y comité de empresa a los cuales se adjuntan los delegados y juntas de personal previstos en la LOLS como órganos de representación específica de los trabajadores de las Administraciones Públicas, allá de los representantes especializados de los trabajadores en materia de prevención de riesgo en el trabajo

<sup>146</sup> GARCÍA ARCE, M. C. y PRIETO JUÁREZ, J., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 166.

<sup>147</sup> PRADOS DE REYS, F. J., y VIDA SORIA, J., *Principios constitucionales sobre la participación...*, p. 114. Citado por GARCÍA ARCE, M. C. y PRIETO JUÁREZ, J., *Acción social en la empresa...*, Op. Cit., p.166.

ejercido por medio de sus delegados previstos en la LET y LPRL, estos en relación al riesgo laboral y por fin, la representación sindical prevista en la Ley Orgánica de Libertades Sindicales ejercida por las secciones sindicales y los delegados sindicales.

No se puede olvidar que en el ámbito de la Unión Europea existen los comités de empresa europeos y los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas, pero también, que existen experiencias diferentes en algunos países en término de representación y participación desde la antigua cogestión alemana o de comités otros, como el de la huelga.

El tratamiento jurídico dispensado por el ordenamiento jurídico español se configura por lo tanto en la adopción de una “triple vía de expresión institucional”<sup>148</sup> de la organización colectiva de los trabajadores en la empresa y centros de trabajo: la representación unitaria, la participación en la gestión de la empresa o institucional y la representación sindical.

La Constitución trata de forma dispersa e implícita la representación de los intereses de los trabajadores, por su vez el Estatuto de los Trabajadores al reglamentar los derechos colectivos y la representación unitaria le da tratamiento específico y en algunos aspectos “excesivamente complejo” como es el caso del procedimiento electoral, que allá del art. 67 que trata de la promoción de elecciones y mandato, y de los arts. 69 hasta 76 que disponen sobre aquél procedimiento.

Allá de esta representación unitaria ordinaria prevista en la LET se debe registrar la “representación unitaria extraestatutaria”<sup>149</sup> o sea “los elegidos al margen de la reglamentación contenida en Título II ET”<sup>150</sup> y que pueden ser motivadas por situaciones como es la sucesión de empresas, art. 44.7 LET, por no haber un representante legal que pueda actuar en nombre de los trabajadores, las informaciones deben ser facilitadas al propio trabajador interesado. Nada impide que sea hecha a uno representante elegido de entre ellos, desde que resulte de elección libre y democrática, la empresa puede admitir esa atípica representación.

Tanto más lo sea la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgo Laborales trae otra vía, ahora especializada de representación de los trabajadores en la empresa, bajo la rúbrica de “consulta y participación de los trabajadores”<sup>151</sup>, es decir, aquí la representación si restringe a las materias de seguridad e higiene en el trabajo y

<sup>148</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M, C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria. Ramón Areces, 13º ed., Madrid 2005, p. 339.

<sup>149</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 238 y ss.

<sup>150</sup> Ídem, pp. 238 y ss.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 240.

es ejercida por los delegados de prevención y hasta el comité de seguridad y salud, este solo en empresas con más de cincuenta trabajadores.

La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical trata de la representación sindical una de las más tradicionales formas de representación de intereses de los trabajadores, pero que solo recientemente asume una función de representación en el ámbito de la empresa por su clásica condición conflictiva. Así es que la LOLS viene a asegurar el derecho de los trabajadores a la actividad sindical en el centro de trabajo, cuando afiliado a un sindicato, consagrando un derecho construido bajo de una óptica individualista y no colectiva y cuyos derechos se manifiestan en las siguientes situaciones: a construir secciones sindicales, a celebrar reuniones, recaudar cuotas, a distribuir información sindical, a recibir la información sindical, a recibir la información que le remita su sindicato.

A despecho de algunos aspectos de la representación de los trabajadores en el centro de trabajo se encuentran amplia y adecuadamente reglamentada en la LET, pero otros e importantes elementos no lo están, como es ejemplo su concepto.

La Constitución española no trata de la representación de los trabajadores en el centro de trabajo en su Título relativo a los derechos y deberes, igual lo que ha hecho con la participación, tan poco distingue uno del otro, cuando resuelve en el art. 129.2 CE, tratar de la participación, dejando al legislador y al interprete caracterizar una y otra.

No que el legislador constituyente no tenga usado los institutos de la representación y de la participación en otras esferas de derechos, fuera por lo tanto del relativo a la empresa, es ejemplo cuando culmina en el Título Primero (De los Derechos y Deberes Fundamentales) a los ciudadanos “el derecho a participar en los asuntos públicos (...)”<sup>152</sup> y a ser representado. Más aún, la Constitución en su Título Preliminar, art. 9.2 establece que “(...) corresponde a los poderes públicos (...) facilitar la participación de todos los ciudadanos (...)”<sup>153</sup>.

Cualquier que tenga sido el motivo que orientó el legislador ordinario al elaborar la LET no tiene relevancia para este estudio, sin embargo, lo que ha hecho es perder la oportunidad de dar clarezza y precisión a los dos institutos, pacificando temas tan debatidos desarrollando apenas de modo parcial el art. 129.2 CE.

---

<sup>152</sup> Vid. Constitución Española, artículo 23.1 “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos (...)”.

<sup>153</sup> Vid. CE artículo 9.1 “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Y en el 9.2 corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que (...); remover (...) y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Así es que en el art. 4º LET al tratar de los derechos laborales y en el número uno de los derechos básicos del trabajador, presentados en números cláusulas, de entre ellos se encuentra la participación en la empresa, pero no la representación de los trabajadores en el centro de trabajo. Lo que significa decir, la participación presume la representación propia y de otros, o este instituto no hace parte de los derechos básicos de los trabajadores.

Abriendo el Capítulo Primero que trata “Del Derecho de Representación Colectiva”, el art. 61 LET dispone de la participación, no para dar el significado y alcance de esta, pero para establecer que estando en conformidad con el art. 4, y “sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación (...)”<sup>154</sup>.

Entonces cuando se habla de algunas formas de participación se está refiriendo también a la representación, ya que esta es el instrumento de realización de aquella. Dicho de otra forma cuando los Delegados de personal (art. 62 LET) o Comités de empresa (art. 63 LET) actúan junto a una empresa se está ejercitando un derecho de los trabajadores en el centro de trabajo.

De ahí se tiene que los dos derechos no se confunden, a pesar de la sistemática legislativa, participar es ser obligatoriamente parte en la empresa, que no debe estar excluido como siempre estuvo, y representar es estar presente actuando en su nombre propio o ajeno o ambos, haciendo concreta la participación.

La efectiva realización práctica de estos dos derechos, participación y el de representación de los trabajadores se harán con que las relaciones laborales sean más cooperativas y menos conflictivas.

## b) Conflicto y cooperación

Tanto el conflicto cuanto la cooperación son inmanentes a la condición humana, o sea, hacen parte de su propia naturaleza intrínseca y extrínsecamente. El conflicto y la cooperación están en su día-a-día y principalmente en las relaciones sociales. De ahí con toda la razón ser parte integrante de las relaciones laborales, porque estas, se forman por la confluencia de intereses, siendo que algunos de ellos son opuestos y conflictivos, pero de primordial existencia.

---

<sup>154</sup> Vid. LET, Título II De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa, Capítulo Primero Del Derecho de Representación Colectiva y artículo 61. Participación. “De conformidad con el dispuesto en el artículo 4 de esta ley, sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título”.

El sistema de relaciones laborales viene experimentando importantes cambios, evolucionando en el sentido de ser más cooperativo y menos conflictivo resultando favorable en última análisis a la participación de los trabajadores en la empresa.

Diversos estudios ya registraran estas transformaciones, la tendencia de su evolución apunta para a una nueva configuración de las relaciones laborales, al constatar que “la cooperación, la colaboración, ganarán terreno a coste del conflicto, del antagonismo, de la confrontación”<sup>155</sup> que vendrán por imposición o exigencia de las circunstancias económicas, tecnológicas y productivas allá de la propia dinámica sindical. En el tanto, es cierto que la cooperación o colaboración no substituirán por completo el conflicto que seguirá siendo importante mismo en las relaciones más libres y participativas que se pueda concebir.

### 1) Conflicto, antagonismo o confrontación

En cuanto el conflicto o la propia cooperación se manifiesta en el íntimo de las personas en un dado momento, puede ser que tenga alguna importancia para otras ciencias como a Psicología, sin embargo para el Derecho, principalmente del Trabajo, pierde cualquier importancia que pueda tener, ya no se puede decir el mismo de su manifestación en el mundo exterior al ser humano, cuando se desarrolla en las acciones sociales, por más razón aún en las relaciones sociales y a final en el trabajo. A pesar de no se estar intentando construir una teoría sobre conflicto o cooperación hay que se hacer análisis de algunos aspectos del conflicto social y de la cooperación.

De inicio se debe fijar que todo conflicto de interese es un conflicto también social. Ahora, sin perder de vista el concepto tras registrado, se impone focalizar el conflicto de interese propio de las relaciones laborales, que tiene su clave en la desigual posición económica y social que poseen las partes. En este hilo de entendimiento hay por lo tanto un conflicto estructural propio de las relaciones laborales y otros conflictos de interese como lo es el conflicto colectivo y el conflicto individual de trabajo.

Finalmente es necesario registrar que desde mediados de los años setenta el sistema de relaciones laborales viene sufriendo profundas transformaciones, una de ellas es que el conflicto, el antagonismo y la confrontación vienen perdiendo terreno para la cooperación y la colaboración. No se puede negar la subsistencia del conflicto, ni la importancia del mismo.

No posee este estudio interés de profundizar demás la análisis del conflicto allá de lo que se hice, no obstante es importante frisar que otras expresiones como antagonismo, confrontación también son usadas como sinónimas del conflicto estando

---

<sup>155</sup> DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997, p. 13.

por lo tanto abarcadas por las consideraciones anteriores. A seguir si ha de tratar de la cooperación o colaboración no como forma excluyente del conflicto entre ellos existe una "frontera móvil, que se puede desplazarse en función de las circunstancias"<sup>156</sup>.

## 2) La cooperación

Hoy, en cualquier debate importante sobre participación de los trabajadores en la empresa no se puede olvidar que más allá de las formas legislativas o las ya consagradas por la doctrina, existe un nivel de participación expreso a través de la efectiva colaboración y de la cooperación que el trabajador desarrolla espontáneamente o en atención a un acuerdo contractual o convencional, facto es que dentro del amplio abanico que la expresión, acuñada por el legislador ordinario español "(...) sin perjuicio de otras formas de participación (...)"<sup>157</sup> admite, existe relaciones laborales fruto de una longa evolución que transcurre lejos de los conflictos comunes en muchos ambientes de trabajo, el empleado coopera, colabora y efectivamente participa de la empresa.

No es que todos los intereses de empresario y trabajador empleado tengan perfecta coincidencia, el conflicto como ya se dice anteriormente es de la propia naturaleza de la relación laboral y es irreducible en algunos aspectos, más bien no debe necesariamente excluir la posibilidad de los sujetos del contrato de trabajo desarrollen las actividades de labor en perfecta colaboración, cooperación, cambio de experiencias, consulta y compartiendo en las decisiones del gobierno de la empresa y corresponsabilidad en los resultados del proceso productivo y financiero, que no tenga que ser utópico, pero resulte de avance cultural y una gran buena voluntad quizás de solidaridad.

En la realidad de las relaciones laborales conflicto y cooperación o colaboración no lo es y no precisa serlo excluyentes, el desplazamiento de sus fronteras son perfectamente factibles, sin embargo la gran dificultad es el dominio del poder, es el control de los poderes empresariales.

En materia de extensión del control de los trabajadores sobre las decisiones que se adopten en el centro de trabajo, algunas experiencias ejemplares sobre democracia industrial tienen origen en las teorías, experimentos y política económica, y tiene todo interés en la análisis de la cooperación y colaboración, bien así como la cogestión.

El abordaje sobre democracia industrial fue objeto de estudio en el Capítulo I, y la cogestión tendrá un tratamiento bien más amplio en este capítulo.

---

<sup>156</sup> DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1997, p. 16.

<sup>157</sup> Vid. LET, artículo 61.

Merece registro en relación a democracia industrial algunos aspectos de cooperación y co-decisión en ambiente de participación.

Estudios teóricos y experimentales sobre democracia industrial dan cuenta que la probabilidad de que los trabajadores tengan alguna influencia significativa en la toma de decisiones y en los resultados de los acontecimientos en la empresa, presentan una variación correlato a los cargos, del más bajo a los más altos, así “sería razonable afirmar que cuanto más alto sea el nivel de toma de decisión menos probable”<sup>158</sup> será la influencia de los trabajadores empleados en las mismas.

Algunos estudios vinieron corroborar con tal asertiva al ser observado que en la medida que haya un desplazamiento de niveles más bajo para los más altos de toma de decisiones, en la misma proporción aparece nuevamente “cierto número de potenciales y lógicamente separables niveles de toma de decisión, a saber la fábrica (o unidad de producción), la empresa, la industria y la economía”<sup>159</sup>.

De otra parte la participación no sólo puede afectar a varios niveles de toma de decisiones diferenciados, sino que también al alcance de la influencia real de los trabajadores sobre un cuestión concreta puede variar enormemente y oscilar entre las formas de información más reducidas y el control más absoluto. La afirmación de tales variaciones vienen comprobados en esquemas ininterrumpidos de participación de los trabajadores, desarrollos por diversos autores, un ejemplo de los más sofisticados distinguía entre cooperación y co-decisión.

COOPERACIÓN	CODECISIÓN
1. Derecho de información	1. Derecho de veto: a) temporal; b) permanente
2. Derecho de protestar	2. Derecho de “co-decisión”
3. Derecho a sugerir	3. Derecho de decisión
4. Derecho de consultar	

Schuchman (1957:6)<sup>160</sup>.

En otro extremo están las cooperativas que son la expresión más perfecta de la colaboración o cooperación, es la transición del socialismo para una plena democracia de trabajo no “alienante”<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> POOLE, M., *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1996, p. 32.

<sup>159</sup> Ídem, pp. 32 y 33.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 34. Schuchman (1957:6) en el primero “hace referencia a aquellos programas en los que los trabajadores pueden influir en las decisiones pero no son responsables de las mismas, contrasta con la situación del segundo, en el que los trabajadores tienen un control y una autoridad reales sobre decisiones concretas”.



### c) La cooptación

El verdadero origen del instituto de la cooptación no está en el posicionamiento sistemático que habían adoptado las entidades sindicales en relación a cualquiera forma de cooperación entre trabajadores y empresa en torno de las relaciones laborales, acusando al trabajador de haber cooptado, cuando él acordaba con el empleador alguna actividad participativa directa, huyendo a la estrategia sindical de una relación conflictiva, donde la cooptación significaba tomar partido de la empresa contra y excluyendo la representación sindical.

La cooptación tiene su origen y filosofía en el sistema desarrollado en Holanda en consecuencia de los estudios de una Comisión nombrada en 1965, presidida por el profesor Verdan que al final publicó un informe favorable a la introducción del Consejo de Vigilancia para las grandes sociedades de capitales y, en su mayoría, la Comisión se mostró también partidaria de la presencia de los trabajadores en el mismo, que sería un representante o dos, si el Consejo de Vigilancia estuviera compuesto de más de cinco miembros.

Por su vez los sindicatos católicos y socialistas manifestaron su oposición a un sistema de elección de representante en el Consejo de Vigilancia por los trabajadores, pues según su entendimiento comprometería la libertad de acción frente a la dirección y propusieron, en cambio, que fuera el Comité económico y social quien presentara una lista de personas aceptables para ambas partes – trabajadores y capitalistas –, correspondiendo el nombramiento definitivo a los accionistas y al Comité de empresa de común acuerdo.

Pero esta propuesta carecía de viabilidad por la función encomendada al Comité económico y social que, en 1969 propone un sistema que sirvió de base a la Ley de 1971, donde se acepta el principio de que los trabajadores y los que aportan capital han de tener la misma influencia en la composición del consejo de vigilancia, de establecerse el sistema de cooptación para la selección de los miembros de la Dirección, que ya viene funcionando satisfactoriamente en la práctica a través de la llamada “cláusula oligárquica”<sup>162</sup>, y se atribuye a la Asamblea y al Comité de empresa un derecho de veto, de forma que la designación cuenta con la confianza de ambas partes sociales.

---

<sup>161</sup> NIEVES NIETO, N., *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid 2005, p. 23. Karl Marx y el trabajo alienante (Manuscrito económico-filosófico 1844).

<sup>162</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas, servicios de publicaciones*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, p. 58. En nota de pie de página explica que “cláusula oligárquica” es un principio admitido tradicionalmente y vigente hoy también para las sociedades no sujetas al régimen especial del consejo de vigilancia, tendrá lugar en base a una propuesta que contenga, al menos, dos personas para cada plaza vacante; la facultad de hacer tales propuestas imperativas puede atribuirse a los titulares de acciones prioritarias, a miembros de la Dirección o del consejo de vigilancia o, incluso, a terceros; la Asamblea puede sustraerse al carácter vinculante de la

Con ello se cree haber encontrado el camino intermedio para llevar los intereses de los trabajadores a los órganos decisorios de la sociedad sin que por ello se restrinja la libertad de movimiento y la acción sindical.

## **II. Evolución institucional y normativa de la participación de los trabajadores en la empresa**

### **2.1. Participación y representación de los trabajadores en las normas de la Organización Internacional del Trabajo**

Mismo siendo la OIT un organismo internacional que surgió en las dos primeras décadas del siglo XX, sólo medio siglo después reconoce y recomienda a sus países miembros la necesidad de asegurar como forma de participación del derecho de representación de los trabajadores en la empresa. No obstante ya había expresivas manifestaciones de participación de los trabajadores en la empresa en países a ella filiados, mucho más desarrolladas y que se hace estudio en el Derecho comparado aún en este capítulo.

A raíz de los sucesos alcanzados en el final de la década de los años sesenta y sugestionado por las medidas adoptadas en Francia e Italia sobre el establecimiento de representaciones sindicales en el ámbito empresarial, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, aprobó en 2 de junio de 1971, el Convenio 135, sobre “la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa”.

Este instrumento normativo internacional atribuye el carácter de representante de los trabajadores “tanto (...) a los nombrados o elegidos por los sindicatos, o por los trabajadores de la empresa y cuyas funciones no se extiendan a las actividades que reconozcan como exclusivas de los sindicatos”, art. 3º del dicho convenio.

En la misma fecha y sobre la misma materia se aprobó también la Recomendación 143 que acompañaba al Convenio, se quedando así plasmada en la normativa internacional la alternativa sobre el doble canal de representación de los trabajadores en el marco de la empresa, aunque el objeto primero del convenio era garantizar a tales representantes una “protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlas”, tanto para ostentar dicha condición como por sus actividades, por razón

---

propuesta por un acuerdo que obtenga los dos tercios de los votos emitidos que representen más de la mitad del capital social.

de la afiliación a un sindicato o por tomar parte en la actividad sindical, art. 1º de la Convención.

Todavía aquél Convenio y la Recomendación que lo acompaña no fueron los primeros a tratar de la materia, la misma OIT, en la Conferencia General de 1967, si bien de forma indirecta, trató de la representación de los trabajadores en el marco de la empresa en la Recomendación 130, sobre examen de reclamaciones con la cual se pretendía favorecer, entre otros extremos, el establecimiento de procedimientos eficaces para dicho examen dentro de la empresa, que “deberían dar a las partes una garantía completa de objetividad”, y en los que deberían participar, en igualdad de derechos y de responsabilidades los empleadores, las organizaciones de trabajadores o los representantes de los trabajadores en la empresa.

Otro Convenio de la OIT, el de nº 154 de la Conferencia General de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva donde se manifiesta de forma clara, reservando la negociación colectiva a los sindicatos y a las organizaciones de trabajadores. Así es que incluye la previsión de que “la ley o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto la expresión negociación colectiva se extiende igualmente a la que se desarrolla entre un empleador y los representantes de los trabajadores libremente elegidos por éstos”.

Además, prevé el Convenio, cuando la negociación colectiva incluya también las negociaciones que tengan lugar en estas representaciones colectivas, que “deberán adoptarse si fuera necesario, medidas apropiadas para garantizar que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajadores interesados” como está establecido en el art. 30.2 del Convenio nº 154.

Así se puede decir que este Convenio de la OIT mantiene con energía el principio de atribuir la negociación colectiva a los representantes sindicales, pero es consecuente también con la “existencia de prácticas nacionales que han confiado funciones negociadoras a los representantes electivos de los trabajadores, que no se deberá desarrollar en perjuicio de la negociación colectiva que corresponde a los sindicatos como componente principal de su libre actuación”<sup>163</sup>.

La OIT visando captar los aspectos principales de esta verdadera búsqueda de formar una cultura de participación como estrategia de reducción del conflicto en las relaciones laborales y realización de derechos sociales, presente en los ordenamientos jurídicos y en la realidad de muchos países y de la propia Unión Europea, pero también como desarrollo y mejor gestión en tiempo de intensa competitividad.

La democratización del Estado español y su Constitución de 1978 ya tendrían principios inspiradores trazados por las normas internacionales dictadas por la OIT

---

<sup>163</sup> RIVERO LAMAS, J., *Democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 179.

relativamente al Derecho del Trabajo y específicamente sobre representación de los trabajadores como forma de participación en la empresa. Todavía es cierto que la influencia mayor ha venido con su admisión en la comunidad europea y la influencia del Derecho social europeo, que se pasa a examinar.

## 2.2. Origen y evolución de la participación de los trabajadores en la Unión Europea

Antes de hacer una aproximación histórica evolutiva del origen de la participación a nivel europeo se debe tener muy claro las causas y objetivos que llevaron a su surgimiento y desarrollo.

Desde su origen y por buen tiempo la finalidad perseguida con el proceso de integración comunitaria en Europa fuera exclusivamente económico, por lo que no contemplaba en primer plano y solo en segundo las políticas sociales que resultaban como mero instrumento de conciliación entre los intereses económicos defendido por cada uno de los Estados miembros, siendo que la participación hace parte de esas políticas sociales así es que no fuera aventada por algún tiempo, pero hoy estas políticas son prioritarias.

Así es que en primer nivel de análisis como ocurrió en el proceso de formación de la comunidad donde la participación no ha hecho parte de los objetivos o derecho que se instituyó, tan poco ha surgido como reconocimiento de una serie de derechos sociales fundamentales.

Por segundo, ni la antigua o la actual noción y regulación comunitaria de la participación es el “resultado de las demandas de los trabajadores frente a clase empresarial”<sup>164</sup>, como fuera en el pasado más remoto y que permanece siendo así en muchos países miembros de la comunidad.

Tradicionalmente las reivindicaciones emancipadoras de los trabajadores dependientes contra la clase empresarial generaban los conflictos que por vía de consecuencia afectaban no tan solo las partes, pero compelían a la autoridad pública a intervenir regulando los intereses, en busca sino de una cooperación por lo menos la pacificación, sin embargo no es esto el que ocurrió en el ámbito comunitario.

Un tercer aspecto es la realidad de la cual “emerge la necesidad de la colaboración en la convergencia de sus respectivos objetivos”<sup>165</sup> relativamente a la unión, trabajadores y empresa.

---

<sup>164</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 16 y 17.

<sup>165</sup> Ídem, p. 15.

La intervención de los trabajadores en el proceso de toma de las decisiones empresariales se presenta como una oportunidad de implicarlos en las demandas de eficiencia productiva, en las exigencias de la competitividad y en las nuevas necesidades surgidas de una economía globalizada, de ahí el grande interese de la propia comunidad de hacer de su espacio un amplio centro de mutua colaboración y responsabilidad por medio de la participación, procurando sacar el máximo de ventajas perfectamente reconocibles.

De la parte de los empresarios, “porque van a disponer de dependientes más comprometidos con el desarrollo y calidad de sus prestaciones”<sup>166</sup> alcanzando resultados más auspiciosos sin gran pérdida de poder en su empresa.

Por su vez de la parte de los trabajadores porque van a “poder conocer, manifestarse y en su caso intervenir para evitar las negativas consecuencias que les pueden ocasionar determinadas decisiones de gestión empresarial”<sup>167</sup>, colaborando no solo en la producción, pero también en otros sectores vitales de la empresa que pueden afectar su trabajo y su vida particular.

También se ha de reflexionar que las relaciones organizativas y funcionales entre la participación y representación de los trabajadores y su derecho a la negociación colectiva, son dos realidades ni siempre distintas, pero se puede decir que son dos caras de una misma moneda, que hacen parte de aquellas realidades apuntadas, sin embargo poseen un historial diferente, por esto ambas requieren un tratamiento diferenciado sea por el legislador, doctrinador, instituciones y mismo por las partes implicadas, cuando está en juego aquel derecho a la negociación colectiva.

La participación y la representación en el ámbito de la comunidad europea, bien como en mucho de sus países miembros experimentaron diferentes trayectorias en sus campos de actuación, así es que los instrumentos participativos comenzaron a reconocerse por el ordenamiento comunitario en la década de los años setenta, pero así no ocurrió con el derecho a asociarse, a negociar y a celebrar convenios colectivos.

Estos derechos fueran reconocidos por la OIT y después en el ámbito del consejo de Europa, pero su reconocimiento a nivel comunitario sólo ocurrió en el año de 1989.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores fue el instrumento del reconocimiento de todos aquellos derechos, pero

---

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006,, p. 15.

<sup>167</sup> Ídem, p. 15.

también los de información, consulta y participación aunque “siempre al margen del fenómeno asociativo y contractual”<sup>168</sup>

La Acta Única Europea allá de aprobar la Carta Comunitaria introdujo la primera gran reforma del Tratado de Roma, que pone fecha al nacimiento del Mercado Único Europeo: el 1 de enero de 1993; y trae la nueva definición de este Mercado. “El Acta Única incluyó además el principio de cohesión económica y social en la actuación comunitaria e incorporó un artículo específico según el cual la Comisión Europea procuraría desarrollar el Diálogo Social”<sup>169</sup>.

Resulta muy clara la nueva orientación en la Comunidad Europea basada también en principios de cohesión social allá de recomendar al Consejo el desarrollo del diálogo social, como una señalización de la preocupación de entre otros aspectos, con las relaciones laborales por su dúplice presencia en el económico y en el social, y más las implicaciones de la libre circulación de trabajadores.

Otra manifestación se configura como un deber asumido por la Comunidad de reaccionar frente a una “serie de fenómenos distorsivos de la libre competencia y del correcto funcionamiento del mercado común”<sup>170</sup>. Un de esos fenómenos transformador de la realidad, por veces para el malo, pasa a ocurrir en el momento en que se permitía a las empresas operar libremente en todo el territorio de la Comunidad, posibilitando a la misma empresa “eludir la aplicación de la legislación laboral del país en el que operan, optando por los ‘destinos laborales’ que se presten más atractivos desde el punto de vista de los costes”<sup>171</sup>, problema que después pasa a ser generado por el recurso al “teletrabajo”<sup>172</sup> respaldado por la tecnología, a través de la “dispersión espacial y potencial ubicuidad del trabajo”<sup>173</sup>.

<sup>168</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 16.

<sup>169</sup> FERRER DUFOL, J., *Coordinación de las políticas públicas de Trabajo en la Unión Europea*, Seminario Internacional de Políticas Públicas de Trabajo y Renta en la América Latina y en el Caribe. Brasilia, septiembre de 2002, p. 4. Definición de Mercado Único Europeo es el “espacio sin fronteras interiores, en el cual la libre circulación de las mercancías, las personas, los servicios y capitales está garantizada según las disposiciones del presente Tratado.”

<sup>170</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en...*, Op. Cit., p. 17.

<sup>171</sup> SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y Globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 102.

<sup>172</sup> Ídem, p. 7. Él autor conceptúa esta tipo de labor así: “Esta modalidad, que recibe en la mayor parte de los casos la genérica denominación de ‘teletrabajo’, se caracteriza por añadir a los elementos de los que resulta (...) una prestación laboral a distancia (...) (es decir, la alteración del lugar habitual de su desenvolvimiento y la utilización de medios informáticos y telemáticos), (...)”.

<sup>173</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid 2000, p. 766.

Así es que se hacía necesaria la equiparación de sus reglamentaciones jurídicas mediante la instauración de una forma societaria única desvinculada del ordenamiento del Estado donde esté fijada la sede de la empresa.

Ahora bien, establecido no apenas los marcos de la participación de los trabajadores en la empresa en el campo de interés de la Comunidad Europea, como también la moldura en que se circunscribe, se puede pasar a tratar inicialmente de su desarrollo histórico evolutivo desde su origen.

La primera tentativa real de una unificación jurídica con este propósito comunitario tuvo origen en 1965 con base en una “propuesta del Gobierno Francés a la Comisión Europea”<sup>174</sup> dando origen a un proceso que consumió cinco años de elaboración para resultar en una proposición de reglamento de estatuto de la sociedad anónima europea aprobada por el Consejo y que fue modificada cinco años después por un dictamen del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo, que a pesar de los cuidados y del tiempo de su preparación no logró transformarse en una norma definitiva sobre el objeto que se hubiera propuesto.

Se ha de preguntar por qué no lograr éxito ese reglamento de estatuto de la sociedad anónima europea, pues si no había oposición a la ordenación mercantil uniforme de una nueva forma societaria de carácter transnacional, es que subyacente a los intereses en juego estaban muchas reticencias y oposiciones de los Estados al sistema de participación de los trabajadores adoptado en su organización, pues seguía el modelo alemán de cogestión, que atribuye un papel activo en la gestión de las empresas.

A partir de 1967 registrase discusiones en el seno de las instituciones comunitarias para la creación de un Estatuto para la Sociedad Europea, como nueva entidad jurídico-empresarial transnacional de derecho comunitario diferente y adicional a las formas societarias previstas en los ordenamientos internos de los países miembro, constituyéndose el sistema de participación de los trabajadores en la misma el caballo de batalla que impide la formación un consenso político en torno a su aprobación.

Algunas experiencias ya han demostrado que soluciones normativas dispensadas en cada uno de los distintos ordenamientos internos intentando salvar obstáculos y desencuentros estableciendo referencias genéricas, como se ha hecho en otras ocasiones, poco sirve dadas las profundas diferencias existentes en los sistemas nacionales de democracia industrial. Esto es visible en los siguientes hechos pues mientras que en siete de los, a época, quince Estados miembros de la Unión Europea, los representantes de los trabajadores están presentes en los órganos de administración o de vigilancia de las sociedades de capital, en el resto, la participación se basa en la concesión a los

---

<sup>174</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 17.

mismos de derechos de información y consulta funcionales a la acción representativa colectiva.

Como apunta la doctrina “son justamente los gobiernos de aquellos países cuyos ordenamientos contemplan mecanismos de cogestión, quienes han venido tradicionalmente oponiendo fuertes resistencias a habilitar una forma jurídica de empresa ‘opcional’,”<sup>175</sup> justamente para que sus empresas nacionales no huyesen de las exigencias impuestas por los sistemas internos de cogestión.

Un acuerdo de base, entre instituciones comunitarias e interlocutores sociales, fundamentado en el informe Ciampi en torno a la necesidad imperiosa de la Sociedad Europea para la economía de la Unión, fue encargado a un Grupo de Expertos para se establecer la ulterior delimitación de un marco definidor de reflexión teórica y técnica, para el desarrollo de un sistema europeo de participación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea y que resultó en el informe Davignon, de 21 de mayo de 1997, que se proponía realizar un análisis de los diferentes sistemas de cogestión existentes en la Unión Europea, y la posible equivalencia con otras formas de asociación de los representantes de los trabajadores en los procesos decisorios en las empresa. La competitividad de la empresa europea, no en vano, se basa crecientemente en la utilización de un tipo de mano de obra especialmente calificada y con capacidad de adaptación rápida a los cambios y que pasa a ser un importante instrumento diferencial propiciado por la participación.

Otro aspecto a ser avaluado por el grupo era considerar y sopesar las posibilidades reales de fuga o huida de los sistemas nacionales de cogestión que se abrirían con la aprobación del Estatuto de la Sociedad Europea, incluso determinar el tipo de reglas legisladas o negociadas aplicables a la participación en la misma.

En caso de se alcanzar un modelo negocial autodeterminado por los agentes sociales, hay también que definir quien deberían ser los sujetos negociadores, cuando y cómo se producirían las negociaciones en el marco de proceso de adquisición de la personalidad jurídica de la Sociedad Europea, y en caso de falta de acuerdo, cuales las consecuencias resultantes, es decir determinar la necesidad o no de un cuerpo de reglas subsidiarias. Estos objetos de reflexión estaban presentes en la experiencia del modelo negociado de información y consulta albergado en la Directiva 94/45/CE, sobre el comité de empresa europeo, y la posibilidad de adopción de esta forma jurídica, como opción se quedaría restringida a los tres casos siguientes: “la formación de una sociedad

---

<sup>175</sup> BAZ RODRIGUÉZ, J., *El derecho comunitario de la participación de los trabajadores en la empresa, tras la Directiva 94/45 CE. Nuevos avances y perspectivas*, Revista Carta Laboral nº 25, de 1 de marzo de 2000. Editorial Praxis. S.A., 2000, p. 4.



matriz europea (*'holding company'*); la fusión transnacional de sociedades (*'mercer'*); y el establecimiento de una filial común (*'joint subsidiary'*).<sup>176</sup>

Otra contribución para el marco general sobre la información y consulta de los trabajadores viene en las conclusiones del denominado, informe Gyllenhammer, de noviembre de 1998, de un grupo de expertos en materia de relaciones laborales y cambio industrial que sin recomendar directamente el establecimiento de reglas obligatorias a nivel comunitario, pero sugiere la necesidad de crear un sistema de información y consulta más amplio y de alta calidad dentro de un marco europeo para la información y consulta de los trabajadores, que al mismo tiempo reconozca la situación a escala nacional, y considerar que los interlocutores sociales son los que están en mejores condiciones para encontrar, a través de acuerdo, soluciones prácticas aplicables a sus respectivas culturas.

Por su vez, en el marco de la estrategia para el empleo, las buenas prácticas de información y consulta de los trabajadores en las empresas europeas es percibido como un autentico factor de productividad al garantizar la existencia de una mano de obra calificada y motivada, permitiendo a los trabajadores afrontar los cambios y adaptarse a los mismos, como un elemento que preserva la empleabilidad de los trabajadores.

Paralizado por casi dos décadas el proyecto resurge con una nueva configuración, vino estructurado en dos vertientes, una estrictamente mercantil, regulando todos los aspectos de la estructura societaria, y el otro, desde el punto de vista laboral, vuelto exclusivamente para atender al imperativo del régimen de implicación de los trabajadores en las decisiones empresariales.

No fue por acaso que la Comunidad Europea optó por aquel modelo de reglamento, era la única forma de convivir con la diversidad. Así es que aún en 1975 la presentación del Libro Verde de la Comisión sobre la participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea, tenía una finalidad muy clara, reiniciar un proceso de armonización ya que reconocía las grandes diferencias existentes en las estructuras societarias y en las relaciones industriales de todos los Estados miembros.

La realidad se ha impuesto al legislador pues la heterogeneidad de modelos internos se oponía a una normativa comunitaria uniforme para todas las entidades que pretendiese optar por un sistema de sociedad anónima de dimensión europea, y más, la rigidez de un modelo único no se presentaba como a mejor opción pudiendo exacerbar las divergencias existentes y tornando inviable cualquier iniciativa, lo que se podría contornear ofreciendo una solución más “flexible que aunase las distintas regulaciones

---

<sup>176</sup> BAZ RODRIGUÉZ, J., *El derecho comunitario de la participación de los trabajadores en la empresa, tras la Directiva 94/45 CE. Nuevos avances y perspectivas*, Revista Carta Laboral nº 25, de 1 de marzo de 2000. Editorial Praxis. S.A., 2000, pp. 4 y 5.

existentes en los Estados miembros, aunque sin olvidar las divergencias derivadas de la evolución de cada contexto socioeconómico en particular<sup>177</sup>. Mientras todo este esfuerzo político-intelectual, específicamente este proyecto se quedó inerte por un buen espacio de tiempo.

No hubo propiamente un hiato letárgico sobre la materia, las actividades internas de la Comunidad van después mostrar sus frutos y nada se perdió, por el contrario, los procesos de elaboración anterior significaran avance decisivo para cualquier iniciativa posterior. Nuevos impulsos al proyecto fueran dados por la presentación del “Libro Blanco de 1985”<sup>178</sup> y más tarde el memorando de la “Comisión de 1988”<sup>179</sup>.

Muchas fueran las iniciativas de normas europeas de entre ellas el Consejo aprobó en 21 de enero de 1974 una Resolución a cerca del programa de acción social de la Comunidad que tenía entre sus objetivos realizar la adopción de medidas para alcanzar la “participación de las partes sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas”<sup>180</sup>.

Para dar consecución a aquel programa y con el fin de alcanzar la armonización de las legislaciones internas en los procesos de “reestructuración empresarial derivadas de la crisis económica”<sup>181</sup> fueran aprobadas tres Directivas a saber: a) Directiva 75/129/CEE de Consejo, de 17 de febrero, que trata de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos<sup>182</sup>; b) Directiva 77/187/CEE del Consejo de 14 de febrero, relativo a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad<sup>183</sup>; y c) Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre a la “protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”<sup>184</sup>. Todas estas Directivas confluyen en la búsqueda de armonización de la posición de los trabajadores en todas las situaciones de crisis empresarial.

---

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 18.

<sup>178</sup> Ídem, p. 18. Libro Blanco de 1985 trata de la consecución del mercado interior.

<sup>179</sup> Ibídem, p. 18. El memorándum de la Comisión de 1988 se tradujo por una nueva propuesta con dos ámbitos diferentes: uno estrictamente mercantil, sobre la estructura societaria, y el otro desde su perspectiva laboral, para disciplinar todo lo relativo al régimen e implicación de los trabajadores en el nuevo ente societario de carácter transnacional. En 1991 hubo la modificación por el Parlamento Europeo de la propuesta de Directiva 1989.

<sup>180</sup> Vid. DOCE C13, de 12 de febrero.

<sup>181</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el...*, Op. Cit., p. 21.

<sup>182</sup> Vid. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) L 48, de 22 de febrero.

<sup>183</sup> Vid. DOCE L 61, de 5 de marzo.

<sup>184</sup> Vid. DOCE L 283, de 28 de octubre.

La Directiva 77/187/CEE fue sucedida por la Directiva 2001/23/CE, vigente y que hace remisión a la Directiva 80/987/CEE, para facultar a los Estados disponer sobre su no aplicación cuando de insolvencia empresarial.<sup>185</sup>

Esas Directivas, excepto a 80/987/CEE, fueran concebidas con el propósito de por medio de la participación se disminuir el clima de conflicto que suele acompañar todos los procesos de crisis económicas, por la “asignación de derechos de información y consulta a sus representantes frente a la decisión empresarial”<sup>186</sup>.

Fruto de una depuración de un de los más importantes documentos normativos comunitarios sobre participación de los trabajadores en la empresa, se consolida con la aprobación de la vigente Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, tratando de 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”<sup>187</sup>.

La Directiva 94/45/CE, porque tiene la difícil pretensión de permitir ser administrada la diversidad de prácticas y regulaciones estatales de sus países miembros en materia de participación, para tanto ofrece la clave que es la libre negociación entre las partes implicadas - empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria – para la determinación del procedimiento y contenido de los derechos de información y consulta de los trabajadores de todas las entidades de su ámbito de aplicación.

Dentro del concepto de empresa y grupos de empresas de dimensión comunitaria se incluyen todas aquellas entidades o grupos mercantiles que “cuenten con 1000 o más trabajadores en el conjunto de los Estados miembros y que empleen en los centros de trabajo o en las distintas empresas integrantes de un grupo, respectivamente, 150 o más trabajadores en dos Estados diferentes”<sup>188</sup>.

En una apretada síntesis el que prevé la Directiva es la “creación de un instancia que represente los intereses de todos los trabajadores de la empresa o del grupo mercantil en el ámbito de la Comunidad”<sup>189</sup>, siendo que esta instancia es representada por un comité de empresa europeo o un procedimiento alternativo e información y consulta que tienen competencia transnacional y de libre elección de las partes interesadas, con observancia también de las “normas comunitarias”<sup>190</sup> para el caso.

<sup>185</sup> Vid. artículo 5, Directiva 2001/23/CE.

<sup>186</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006., p. 21.

<sup>187</sup> Vid. DOCE L 254, de 30 de septiembre.

<sup>188</sup> Vid artículo 2, Directiva 94/45/CE.

<sup>189</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho...*, Op. Cit., p. 19.

<sup>190</sup> Vid. Normas Comunitarias pertinentes.

1) Vid. en la propia Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre: caracterización de la empresa o grupo como comunitario, elección de representante de las partes (trabajadores y empresa);

El objeto de la Directiva 94/45/CE del consejo, de 22 de septiembre, es la “mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores”<sup>191</sup> en las empresas o en los grupos de dimensión transnacional incluidos en su ámbito de aplicación. En la búsqueda de atinjar este objetivo ofrece las herramientas necesarias para trabajar con la diversidad de las normas y la realidad de los países miembros, así con su contenido abre camino para otras normas.

Representando un paso más allá en el camino recogido acerca del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión europea, introducido por la Directiva 94/45/CE que creó el Comité de Empresa Europea y también por la Directiva 97/74/CE sobre la misma materia, que se ha traspuesto al ordenamiento jurídico español por la Ley de 24 de abril de 1997 y que ha sido completado después por la Ley de 29 de noviembre de 1999.

En 2009 aquella directiva ha sido modificada sustancialmente y refundida por la Directiva 2009/38/CE, de 06 de mayo de 2009 con el objetivo general de mejorar el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Con esta directiva hubo una depuración y facilitación de la aplicabilidad de la norma traspuesta por la Ley 10/2011 de 19 de mayo que modifica la Ley de 24 de abril de 1997.

Por su vez la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre completa el estatuto de la sociedad anónima europea cuanto a la materia relativa a la implicación de los trabajadores en la empresa. Así también la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio, completa el estatuto de la sociedad cooperativa cuanto a la implicación de los trabajadores.

La regulación comunitaria sobre participación de los trabajadores, inicialmente en el contexto empresarial supraestatal influenciado pelos “acontecimientos económicos, políticos y sociales”<sup>192</sup> de los primeros años de la década de setenta, afectando de forma substancial la comunidad, fue una obra de construcción cuidadosa y que después exigió una correspondiente adecuación de los ordenamientos jurídicos internos de sus Estados miembros.

---

2) Vid. Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros concerniente a los despidos;

3) Vid. Directiva 2001/2/CE del Consejo, del 12 de marzo, también relativa a aproximación de las legislaciones de los Estados miembros cuanto al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, bien como los derechos de información y consulta de los trabajadores vigentes en sus respectivas legislaciones estatales.

<sup>191</sup> Vid. artículo 1.1 de la Directiva 94/45/CE.

<sup>192</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 19.

Todo este trabajo paciente de construcción normativa europea de casi treinta años acerca del reconocimiento de mecanismos de participación de los trabajadores, culmina con la aprobación de la Directiva 2002/14/CE del Consejo y Parlamento Europeo, de 11 de marzo, estableciendo un marco general regulador de la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea, por lo tanto una “modalidad más débil”<sup>193</sup> de participación, pero de más fácil asimilación.

El establecimiento de reglas jurídicas vinculantes en materia de información, consulta y participación de los trabajadores es una temática que “se sitúa en el corazón de los debates sobre la política y el ‘modelo’ social europeo, y sobre el tipo de desarrollo económico y social deseable”<sup>194</sup> para Europa. La trascendencia de la materia y las controversias propias de su telón de fondo fueron los factores determinantes del largo debate sostenido, tanto a nivel teórico-político como técnico-jurídico y que ha propiciado una extrema y cuidadosa progresividad y un alcance limitado de las actuaciones normativas que resultaron de todo el proceso.

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 dimensión comunitaria introducido por la Directiva 94/45/CE, supuso un “verdadero hito, tras décadas de intentos frustrados, al establecer definitivamente cauces institucionales en favor de la capacidad de influencia de los trabajadores en el proceso decisorio de las empresas y grupos europeos actuantes en el ámbito comunitario”.<sup>195</sup> Esa Directiva se constituyó en el primer producto derivado del Acuerdo de Política Social anejo al Tratado de Maastricht y de sus procedimientos favorecedores de la legislación europea negociada, que todavía no contó con el apoyo de la patronal europea UNICE, a pesar de tomar como referencia directa las prácticas de información y consulta ya vigentes en grandes empresas europeas.

Los estudios del derecho comparado desarrollado por las Comisiones hasta el final de los 90, han puesto de manifiesto algunas conclusiones dotadas de indudable interés de entre las cuales se destaca a de que la mayor parte de Estados miembros de la Unión Europea disponen de marco jurídico de origen legal o contractual que contempla procedimientos de información y consulta a distintos niveles de gestión (el centro de trabajo, la empresa y el grupo empresarial, pero que ni siempre está garantizado su aplicabilidad de modo efectivo. Así es que en algunos ordenamientos, la relación entre información y consulta de los trabajadores acerca de las decisiones económicas o estratégicas, incluso de sus implicaciones sociales, no siempre funciona en la práctica de manera adecuada, es que muchas veces la participación tiene lugar cuando el proceso

---

<sup>193</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 22.

<sup>194</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J., *El derecho comunitario de la participación de los trabajadores en la empresa, tras la Directiva 94/45CE. Nuevos avances y perspectivas*, Ed. Praxis S.A. Carta Laboral nº 25, Mar 2000, p. 1.

<sup>195</sup> Ídem, p. 1.

de toma de las decisiones está demasiado avanzado como para que pueda hacerse valer una influencia laboral efectiva. El que conlleva a la necesidad de anticipación a los problemas, especialmente en materia de empleo (gestión preventiva o previsional), resulta verdaderamente esencial como política de acompañamiento de las decisiones estratégicas.

a) Diferencias entre modelos vigentes en algunos países miembros de la UE

En que pese la construcción normativa de un sistema comunitario de participación de los trabajadores haber sido desarrollada bajo un modelo social propio, por exigencia de un contexto que contaba inicialmente con una diversificada influencia de las realidades y de los ordenamientos jurídicos de sus países miembros. Hoy aún está presente la diversidad que convive con la existencia de cierta homogeneidad del propio Sistema de Derecho Social de la Unión Europea.

No se pretende realizar un estudio riguroso y exhaustivo del derecho comparado, puesto que, existe al final de este Capítulo un estudio alentado que pertenece al tema de la tesis y que, por ahora solo se desea destacar los modelos de participación y de representación sindical de los trabajadores en los ordenamientos jurídicos de algunos de los Estados miembros (EE.MM.) que ejercen mayor influencia cuanto el tema.

1) Países de la Unión Europea clasificados en el sistema de doble canal

La orden de presentación procura considerar el grado de influencia y contribución para la normativa europea, así es que se empieza por aquellos que más tienen contribuido que son: Alemania, Francia, España, Holanda, Luxemburgo y Portugal, de entre otros. Todos ellos adoptan en sus ordenamientos el sistema de doble canal, pero con características propias.

2) Países de la Unión Europea clasificados en el sistema de canal único

No se puede hurtar a un análisis de la representación sindical en países de proyección en la Unión por la conexidad de los dos institutos en estudio y como opción importante a las formas de participación de los trabajadores en la empresa.

Cada Estado miembro mantiene sus especificidades y en general estos sistemas de representación única se caracterizan por una reducida tasa de institucionalización y la agrupación de todas las funciones representativas, incluidas las contractuales y participativas en el canal sindical, al contrario de lo que ocurre con la de doble canal cuyas funciones se dividen entre las diversas instancias.

La expresión canal único no debe entenderse en sentido exclusivamente sindical, sino “predominantemente sindical”<sup>196</sup>, tan poco como excluyente de otras formas de participación, y la razón es que en muchos de estos sistemas también existen organismos de composición mixta al modelo de participación con funciones especializadas de representación. Mientras que muchas veces existe la previsión legal de consejos, comisiones o juntas fuera de la actividad sindical, sin embargo no existen de hecho o son poco expresivas.

Los principales países, por la expresión de su presencia e influencia en el Derecho Social Europeo, donde predomina el sistema de canal único son: Gran Bretaña, Italia, Suecia, Dinamarca, Bélgica e Irlanda.

#### b) El Derecho Social y los instrumentos de la acción comunitaria para la participación de los trabajadores

Ahora que se encamina la investigación en el sentido de alcanzar los principales instrumentos de la acción comunitaria, el foco se vuelve para el sentido inverso al del estudiado en el apartado anterior, es decir para el derecho social comunitario, por su vez, ejerciendo su influencia sobre los ordenamientos y las prácticas de sus países miembros.

No se busca más el contenido y contorno de un Derecho Social Comunitario consolidado, ejemplo de ello es el de participación de los trabajadores en la empresa y la regulación de sus institutos esenciales – información, consulta y participación en la gestión -, conquistas desarrolladas al largo de tres décadas y de extenso proceso de asimilación y construcción colectiva y selectiva. Con esta bagaje la comunidad buscar alcanzar los objetivos preconizados a partir de la opción por una acción persuasoria e influencia en los ordenamientos jurídicos y la realidad de sus países miembros, para alcanzar cierta unidad e identidad.

Como ya visto, desde los años setenta ha sido intensificada la labor de las instituciones comunitarias en la búsqueda de establecer, desarrollar y consolidar mecanismos de participación de los trabajadores en la empresa basada en subsidios provenientes de informes y experiencias positivas y negativas de sus Estados miembros.

El carácter económico predominante del Derecho fundamental de las Comunidades Europeas añadido a las “escasas e imprecisas competencias de la originaria Comunidad Económica Europea en el ámbito social”<sup>197</sup> explica el limitado

<sup>196</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 63.

<sup>197</sup> ALONSO OLEA M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 750.

desarrollo inicial del Derecho Social comunitario. A presencia tan sólo de objetivos de política social en el primero proyecto comunitario diseccionado al social no se mostró suficiente para romper la inercia de los países miembros cuando el Derecho Social era una competencia original de los Estados miembros.

La primera mudanza vino con el Acta Única Europea que reiteró y amplió los objetivos al enunciar la “equiparación por la vía del progreso”<sup>198</sup> de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores mediante la armonización de los sistemas sociales, la aproximación de las legislaciones nacionales, la colaboración entre los Estados y el diálogo social europeo el que representó un pequeño avance.

Las crisis económico-social que tienen experimentado el mundo y particularmente la Comunidad Europea tienen actuado como un dínamo sobre la acción social y por vía de consecuencia sobre la producción de normas de cuño social hasta llegar a la participación, o mismo la implicación de los trabajadores en la empresa, esta respuesta vinieron en la forma de los tratados y acuerdos marco, de directivas sociales armonizadoras y los reglamentos.

En el nivel más alto el segundo documento importante para el estudio que se desarrolla fue la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

El avance de la dimensión social con la construcción de un Derecho social europeo fue de una elevada complejidad pues que pasaron a contar con dos marcos jurídicos autónomos y complementarios, el Tratado de la Unión Europea y el Acuerdo sobre la Política Social, previsto el segundo para “salvar las insalvables”<sup>199</sup> resistencias del Reino Unido, situación anómala pero necesario para el avance de la política social europea.

Así el modelo social Europa viene se desarrollando por medio de diferentes instrumentos como el Libro Blanco o la Agenda Social Europea y otros.

El Tratado Constitutivo de la Unión Europea reforzado por el Consejo de Essen y Dublín atribuye al diálogo social entre los “interlocutores sociales”<sup>200</sup> una relevante significación como un “instrumento capital de la política europea”<sup>201</sup>, y con razón pues la participación de los interlocutores sociales comunitarios, mediante el sistema de

---

<sup>198</sup> ALONSO OLEA M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid 2005,, p. 750.

<sup>199</sup> Vid. El texto de la Carta Comunitaria sólo no fue aprobada por el Reino Unido, de ahí un programa de acción para la aplicación de la Carta por los otros miembros que la aprobaron, verdadero catálogo de medidas de política social.

<sup>200</sup> FERRER DUFOL, J., *Coordinación de las políticas públicas de trabajo en la Unión Europea*, Seminario Internacional sobre Políticas Públicas de Trabajo y Renta en la América Latina y en el Caribe, Brasilia, septiembre de 2002, p. 10.

<sup>201</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 252.



doble consulta, ha contribuido en la elaboración de propuestas y medidas de cuño social que llevaron a acuerdos importantes de política social, como fueran los de empleo.

La política social comunitaria ha asumido desde sus orígenes propósitos de consolidar mecanismos de participación de los trabajadores en la empresa, y, con distintas motivaciones y finalidades, ha fructificado en un número considerable de estudios, resoluciones, opiniones conjuntas, propuestas de Directivas. Esta construcción normativa se concretiza en la Directiva 94/45/CE, primero “éxito ‘directo’ relevante”<sup>202</sup> superando el hábito de limitarse a consagrar principios de participación como venía haciendo en la regulación de otras materias.

La Directiva enmarca la superación de una “actividad fallida”<sup>203</sup> en un período de fuerte oposición de la organización empresarial europea y de algún gobierno europeo, pero en su período de gestación de treinta años ha inicialmente promovido, en distintos países de Europa, largo debate doctrinal sobre la idea neta de participación de los trabajadores en la empresa. Por su vez la actividad comunitaria representó un apoyo institucional a la estrategia del sindicalismo europeo, apostando por el desarrollo de formas de participación en ciertos sectores y en las empresas multinacionales.

Con esta visión del desarrollo de la construcción del contenido de aquella Directiva se puede trazar un paralelo a lo que ocurrió con los muchos trabajos apreciados, y especialmente en las distintas propuestas de Directivas que se han sucedido, todos pasaran por una evolución en sus contenidos y significados en función de las mudanzas de las pretensiones y de sus objetivos.

El primitivo intento de la Directiva 94/45/CE de armonizar las legislaciones de los Estados miembros, en materia de participación de los trabajadores en la empresa, ha perdido su protagonismo, cede lugar a la propia participación de los trabajadores que pretende representar un nuevo paradigma: el modelo europeo de empresa. Ahora reforzada por la nueva Directiva 2009/38/CE. Esta depuración del objeto en la construcción normativa lleva la participación de los trabajadores en la empresa a aspirar ser “signo de la identidad social europea y el concepto reduccionista que se ha impuesto de la Europa Social posible”<sup>204</sup>.

Como resultado de un largo camino de marcha y contramarcha a la cual se puede atribuir, como primer marco, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas (1975), trayendo el abordaje de la participación como un imperativo

---

<sup>202</sup> DURAN LÓPEZ, F. y SAEZ LARA, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 33.

<sup>203</sup> Ídem, p. 35.

<sup>204</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., Subsidiaridad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos, *Relaciones Laborales* nº 1/1993, p.59 y ss.

democrático bajo el principio ideológico de la democratización de las relaciones industriales, hasta que la Directiva 2001/86/CE reorienta para el nuevo sentido de participación al referirse a la implicación de los trabajadores, significando la “información, consulta, participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”<sup>205</sup>, poniendo en acción la denominada “dimensión social de la UE”<sup>206</sup> regulados por los siguientes instrumentos aquí clasificados por sus objetivos.

c) Las síntesis normativas europeas sobre derecho de participación de los trabajadores

1) Las actuaciones sectoriales de la comunidad decurrentes de “vicisitudes de la relación laboral por causas empresariales”<sup>207</sup> que atienden a:

- los postulados de la dimensión social de la comunidad por medio de procesos de “armonización de las legislaciones nacionales”<sup>208</sup> que se plasman en la “Directiva 75/129/CE”<sup>209</sup> relativa a los despidos colectivos;

- la cultura de información y consulta de los trabajadores como forma de tutelar las condiciones de trabajo y el empleo en operaciones de reestructuración y crisis, a través de la información y consulta no vinculante sobre las decisiones empresariales, que encuentran cauce:

Primero, en la “Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001”<sup>210</sup>, sobre la consulta a los trabajadores ante la decisión extintiva empresarial; y el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Segundo, en la “Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980”<sup>211</sup> sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

- la tutela de la seguridad y salud en el trabajo a través de la información, la consulta y se acrecente la participación equilibrada entre los empresarios y los

<sup>205</sup> Artículo 2, letra h de la Directiva 2001/1986.

<sup>206</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 72.

<sup>207</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 249.

<sup>208</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano...*, Op. Cit., p. 73 y ss.

<sup>209</sup> Vid. La Directiva 75/129/CE fue modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio de 1992, y ambas por su vez por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998.

<sup>210</sup> Vid. La Directiva 2001/23/CE, deroga las anteriores Directivas 77/187/CEE y 98/50/CE.

<sup>211</sup> Vid. La Directiva 80/987/CEE, fue modificada por las Directivas 87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987, y 2002/74/CE, de 2 de septiembre de 2002.

trabajadores y/o sus representantes por medio de procedimientos e instrumentos adecuados, previstos en la Directiva 89/391/CE, del Consejo de 12 de junio de 1989, “verdadera directriz marco en la materia de seguridad y salud”<sup>212</sup> y que se desdobra en varias otras directivas específicas.

2) La armonización se ha producido por medio de iniciativas normativas destinadas a abrigar los derechos de información y consulta en ámbito comunitario a ser alcanzado:

- con 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, establecido por la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994 y cuya sustituta Directiva 2009/38/CE.

- por vía de constitución de un “marco general”<sup>213</sup> relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en el Conjunto de la Comunidad Europea proporcionado por la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002.

3) Las acciones que viabilizan la consolidación de un derecho europeo de sociedades que permita la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, exenta de los obstáculos que pueda resultar del ordenamiento jurídico local, relativo al territorio donde esté implantada y actuando, y que fueran traducidas así:

- por la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, que, en relación a la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, aprobado por el Reglamento 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001;

- y también por la Directiva 2003/72/CE que se ocupa de la implicación de los trabajadores en el sistema de autogestión de la Sociedad Cooperativa Europea.

4) Normas de aplicación directa por los Estados miembros

El derecho Europeo de sociedades que viene se formando plantea:

<sup>212</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 250.

<sup>213</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 75. También encontrada en PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 251.

- La Sociedad Anónima Europea – SE – allá de la Directiva 2001/86/CE que trata de la implicación de los trabajadores, está plasmada en el Reglamento CE nº 2157/2001 de Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba su “Estatuto”<sup>214</sup>.

La SE por su Reglamento adaptó un modelo ecléctico pues en la estructura del Reglamento está previsto primero el sistema dual y después el sistema monista.

El “sistema dual”<sup>215</sup> se encuentra regulado en la sección Primera del Título III, donde los arts. 39 y 42 del Reglamento, tratan del asunto, así es que el art. 38, b, RSE establece que el sistema dual se compone de dos órganos: el de control y el de dirección.

El segundo sistema de administración de la SE que contempla el Reglamento es el denominado sistema “monista”<sup>216</sup> que se encuentra registrado en la sección segunda del Título III (art. 43 y arts. 43 a 45 RSE), sólo el órgano de Administración.

- La Sociedad Cooperativa Europea – SCE. De la misma forma que la SE, por su Directiva 2003/72/CE disciplina el derecho de participación, complementando su norma estructural tiene el “Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)”<sup>217</sup> aprobada por el Reglamento CE nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003. Este Reglamento está destinado a establecer un “marco jurídico uniforme”<sup>218</sup> en el que las cooperativas, demás entidades y personas físicas de los distintos Estados miembros pueden planear y llevar a cabo un emprendimiento comunitario en forma de cooperativa.

El considerando 7 de la Exposición de Motivos – EM – prevé a regencia de la entidad posprincipios de entre los cuales se destaca el de estructura y gestión democrática. Y el art. 1 del Reglamento enmarca su principal objetivo la satisfacción de las necesidades y los fomentos de las actividades económicas o sociales de sus socios. Ya en el considerando 10 de la EM se proclama que en la consecución de sus objetivos se han de respetar los principios, de entre otros, de que todos ellos obtengan provecho de las actividades en función de su participación; que sus socios se encuentren implicados, de alguna forma, en las actividades de la cooperativa; que reparta equitativamente el control de la cooperativa entre sus socios; y que se distribuyan los beneficios en función de las actividades realizadas.

---

<sup>214</sup> Vid. Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) publicada en DOCE nº L294/1 de 10/11/2001.

<sup>215</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea*, Editorial Bosch, Barcelona 2004, p. 178.

<sup>216</sup> Ídem, p. 197.

<sup>217</sup> Vid. Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) publicado en DOCE nº L207/1, de 18 de agosto de 2009.

<sup>218</sup> NIEVES NIETO, N., *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid 2005, p. 68 y ss.

#### 5) Derecho derivado cuyo contenido no es obligatorio para los Estados

Recomendación 92/443/CEE de 27 de julio de 1992 responde a la voluntad comunitaria por respetar al máximo las realidades nacionales en materia de participación económica o financiera al tiempo en que propicia la flexibilidad absoluta en la utilización de cualesquiera fórmulas o modalidades en consecución de tales fines por los Estados miembros es decir, medio para lograr una distribución más amplia de la riqueza de las empresas y favorecer una mayor implicación de los trabajadores en el futuro de la empresa. Ella responde al empeño comunitario de revitalizar la participación económica y financiera a través de todos posibles instrumentos, desde el tradicional accionariado obrero hasta las más recientes fórmulas de implicación de los trabajadores en el capital o en beneficios de las empresas, “conocidos *stock options*”<sup>219</sup>.

#### 6) Derechos fundamentales en la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea considerada inicialmente como una Declaración, en el entendimiento del Tribunal de Justicia Europeo debían ser los Estados miembros quienes, mediante las correspondientes reformas normativas, otorgasen valor vinculante a los preceptos de la Carta.

El proyecto de Constitución europea fue preparado con el rango de una constitución, el que no fue recogido con tal naturaleza en el texto del nuevo Tratado de Lisboa, se quedando con la declaración contenida en el artículo 6.1 de reconocimiento de un valor jurídico equivalente al de los Tratados.

“Además el propio artículo 6 perfila los contornos de esta valoración al declarar en el párrafo dos del propio artículo 6.1 que las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”<sup>220</sup>.

Mismo teniendo sido suspensa la homologación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa en 16 de diciembre de 2004, por no tener logrado aprobación en referéndum en dos Estados miembros, el francés y el holandés, parte de su contenido fue recogido por la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en 12 de diciembre de 2007 en Lisboa, que consagra los derechos y libertades que por esto tiene perfecto acogimiento en la Constitución de España en su art. 10.

La referida Carta al tratar de los derechos fundamentales de las personas reúne los derechos de dignidad, libertad e igualdad de entre los cuales se destacan, mismo con la salvedad de que casi todos tienen pertinencia con el tema abordado, pero de forma

<sup>219</sup> GARCÍA ARCE, M. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trota, Madrid 2004, p. 279.

<sup>220</sup> DIÉZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Thomson Reuters, 5ª ed., Pamplona, p. 176.

especial, de entre las libertades se destaca la libertad de expresión y de información art. 11, libertad de reunión y de asociación art. 12, libertad profesional y derecho a trabajar art. 15, libertad de empresa art. 16 y derecho de propiedad art. 17. Por su vez contempla entre las igualdades, la igualdad ante la ley art. 20, de no discriminación art. 21, igualdad entre hombres y mujeres, mayores y discapacitados art. 23, 25 y 26 respectivamente. Estos derechos y libertades están en consonancia con la “declaración”<sup>221</sup> de su Preámbulo.

En relación a los derechos fundamentales de carácter económico y social la Carta reúne bajo la genérica denominación de solidaridad los siguientes derechos: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa art. 27; derecho de negociación y de acción colectiva art. 28; derecho de acceso a los servicios de colocación art. 29; protección en caso de despido injustificado art. 30; condiciones de trabajo justas y equitativas art. 31; prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo art. 32; seguridad y ayuda social art. 34; protección de la salud art. 35. Aquí la Unión Europea reúne los derechos que no solo consagran la participación en la empresa como da cauce a su efectividad por los Estados miembros.

Más allá, la dicha Carta al disponer sobre la ciudadanía de la Unión, en el art. 9, afirma que “(...) la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Así, se debe conjugar el precepto con el art. 9 de la Constitución de España, en el que dice respecto a su ámbito de aplicación.

Ahora bien, por el art. 6, al reconocer los Derechos enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales con el mismo valor jurídico de los Tratados, está reconociendo implícitamente los derechos y las libertades enunciados, que por fuerza del art. 10.2 de la Constitución española incide y vincula las personas y el Estado español.

Otros derechos son contemplados, pero merece destaque especial el de solidaridad en su concretización por medio de los derechos de información y consulta marcando de forma indeleble el derecho de participación del trabajadores en la empresa y el poder vinculante de goza.

### 2.3. Origen y evolución de la participación de los trabajadores en la empresa en España

#### a) Origen de la participación de los trabajadores en España

---

<sup>221</sup> Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, donde se declara que: “consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”.

- 1) Circunstancias históricas y políticas que dan inicio a la legislación de cogestión en España y la tendencia dominante en el movimiento obrero español.

El movimiento obrero actuante a lo largo del siglo XIX tenía centrado su poder de movilización, en general, en la lucha por su propia subsistencia y la identificación como clase y por tanto, en actitud de radical oposición al sistema y sus instituciones, de entre las cuales la “fabrica del propietario”<sup>222</sup> es la principal motivadora. Al igual de que sucedió en otros países europeos, hubo en España la cristalización de las tendencias partidarias de una intervención en la vida de la empresa cuyas primeras manifestaciones se sucedieron en los años veinte del siglo XX.

Este posicionamiento vino ligado a los cambios de orden económica y política que con distinta intensidad se produjeron entonces y que gana cuerpo con la difusión teórica del llamado control obrero, como vía alternativa de organización económica de la sociedad, alimentada por el planteamiento de los grandes teóricos de la época, y que se va concretando en la práctica de los países capitalistas como forma de reivindicación del control obrero por medio de exigencia de participación en la gestión de la empresa o de democratización de la economía.

España no se queda inmune a esta onda, sobre todo por ocasión de la presentación del Anteproyecto de Ley de contrato de trabajo de 1922, fruto de un grande debate realizado en el seno del Instituto de Reformas Sociales. Se previa en el Anteproyecto la creación de Consejos de cooperación industrial, de estructura paritaria ya que era compuesto de obreros y representantes de los directores técnicos y mandatarios del capital en igual número con la misión específica cuanto al “económico, el legal, el técnico y el social”<sup>223</sup>.

Merece ser señalada la función prevista en el Anteproyecto para aquel Consejo cual sea, la de intervención en los Consejos de administración de las Empresas que se reconocía a sus homólogos germánicos, los *Betriebsrät*, en el art. 70 de la Ley de 4 de febrero de 1920.

Este contenido del Anteproyecto sufre alteración siendo excluido el capítulo referido a los Consejos de cooperación industrial que contaba con el firme apoyo de la U.G.T., como quedó asentado en las conclusiones de su Congreso de noviembre de

---

<sup>222</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid, p. 81.

<sup>223</sup> Ídem, p. 82. En nota al pie de página informa que el Preámbulo de proyecto atribuye a “las funciones concretas (...) la misión principal de ‘contribuir a obtener el mejor rendimiento económico de la explotación, asegurar la aplicación leal de los contratos y reglamentos de trabajo, servir de órgano mediador entre la Empresa y los obreros (...) y obtener que todos os elementos que intervienen en la vida del trabajo conozcan las condiciones en las cuales se desenvuelve su respectiva industria ramo industrial, y procurar que sean normales y pacíficas las relaciones entre esos mismos elementos’... (Base 98)”.

1922, pero sufrió la enérgica oposición de la patronal, así es que el Proyecto aprobado por el Instituto de Reformas Sociales no más contemplaba el citado capítulo.

Tiendo salido de la Dictadura de Primo Rivera, ya en el marco de la II República, se buscó una organización general de carácter corporativo, a través de mudanzas en el ordenamiento jurídico a comenzar por la Constitución cuyo proyecto en el artículo 46 establecía que la legislación social aseguraría: “la participación de los trabajadores en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecta a la defensa de los trabajadores”<sup>224</sup>. Cuando aún se trabajaba el texto constitucional, un proyecto de Ley de 1931 intentó implantar las Comisiones Interventoras de Obreros y Empleados.

Este proyecto tendría un alcance interventor mayor que los proyectos frustrados de Consejos de Cooperación Industrial, pero acogía y reforzaba los postulados del control obrero en la línea señalado, así es que el Consejo Interventor de Obreros y Empleados va mucho más allá del ya propuesto hasta entonces, acentuando la interferencia sindical en todos los aspectos.

Ningún proyecto anterior fue objeto de tan amplia y duras críticas por parte de los empresarios, por su pretendida intervención en la autonomía de la dirección de la empresa, por no corresponder al espíritu de responsabilidad y colaboración que debe exigírsele al trabajador allá de repercutir grave e irreparablemente en la crisis política y económica del momento. Esta posición empresarial no estuvo exenta de críticas también. No se olvide que España experimentaba un período de gran turbulencia política y social, el anarquismo y el mundo estaba a la sombra de la quiebra de la bolsa de Nova York en 1929.

No sorprendió que el Proyecto no se hubiese convertido en Ley, tan poco los principios constitucionales fueran incorporados a la Constitución aprobada.

Algunas experiencias extraordinarias en relación a la gestión de empresas en el período de la guerra civil, con una “legislación de urgencia sobre ‘intervención e incautación de industria’”<sup>225</sup>, unas de estas experiencias se concretizaron con la colectivización que se desarrollaron en distintas zonas de la España republicana.

Amparado por el Decreto de la Generalitat de 24 de octubre de 1936 sobre colectivizaciones y control obrero se intenta una nueva forma de organización económica de base autogestionaria. Así es que se distinguen empresas privadas dirigidas por el empresario, pero sujetas a fiscalización del Comité Obrero de Control y Empresas colectivizadas cuya dirección es ejercida por un Consejo de Empresa elegido

---

<sup>224</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid, p. 82. Proyecto de Constitución no aprobada, artículo 46.

<sup>225</sup> Ídem, p. 83.



por la Asamblea General de trabajadores. Esta experiencia fue interrumpida por el fin de la guerra civil y el nuevo régimen implantado.

España pasa por gran cambio en relación a las políticas anteriores cuando se permitió elaborar y discutir Proyectos de participación de los trabajadores para una realidad política que, en este como en otros campos, se mueve entre la proclamación de fidelidad a una determinada concepción ideológica – en este caso la vaga idea nacionalista y corporativa del orden económico y de la empresa – y un interesado y controlado pragmatismo.

Una análisis del que ocurre en escenarios así muestra como consecuencia que en las Leyes se hace retórica con una idea de la empresa que mezcla principios totalitarios y comunitarios, o sea, se pretende una síntesis de la función de principios básicos del sistema capitalista que privilegia la propiedad y la iniciativa privada, sometidos a limitaciones y controles del que sería una economía social de mercado, superadora del sistema capitalista.

Así la participación en este modelo sigue coherente con la ideología comunitaria y jerarquizada del nuevo Estado, como sucede con la “institución de los Jurados de empresa”<sup>226</sup>.

Los jurados de empresa con su función de armonía y colaboración, a pesar del pretense riesgo de tornarse un canal de reivindicaciones de los trabajadores, que podría escapar al control de la organización sindical vertical, por su evolución y sobre todo a partir de la Ley de convenios colectivos de 24 de abril de 1958 se transforma paulatinamente en una institución de defensa de los intereses de los trabajadores frente a los empresarios. Por otro lado el “Fuero del Trabajo”<sup>227</sup> se acentuó el elemento totalitario de subordinación jerárquica al “jefe de la empresa (...) responsable ante el Estado”<sup>228</sup>.

Llama la atención, mismo en aquello contexto, el régimen contenido en la Ley de 21 de julio de 1962 y su Decreto de desarrollo de 15 de julio de 1965 que fueron bien retratado en el Preámbulo de la Ley, “las presentes normas se limitan a otorgar a la

---

<sup>226</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid, p. 84. En nota al pie de página nº 217, Exposición de Motivos de Decreto de 18 de agosto de 1947 que crea los Jurados de empresa: “sin perjuicio de la facultad de dirección que incumbe a los jefes de las empresas (constituyen) un instrumento idóneo de colaboración constructiva, constituido por representantes de los distintos sectores o actividades que intervienen en la creación de riqueza (...)”

<sup>227</sup> PALOMEQUE LOPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 16.

<sup>228</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa...*, Op. Cit., p. 84. En nota al pie de página citación 214, sobre el art. 26 de la Ley de Principio Fundamentales del Movimiento y el Fuero de los españoles.

representación del trabajo una participación restringida” y complementa que “no pretenden implantar en el mundo laboral español un régimen efectivo de cogestión que en países de vida económica más compleja y desarrollada no se ha consagrado todavía”; en España y en la coyuntura actual , “podría acarrear consecuencias desfavorables, en especial...”<sup>229</sup>

Desde el principio la Ley y las especiales circunstancias sociopolíticas motivaron la desconfianza y que, en un clima más de indiferencia que de oposición, no planteara graves problemas en el funcionamiento de las empresas ni suscitara el interés que sería de esperar de una forma de participación.

El tema de la participación en los órganos de la sociedad se ha quedado relegado a un plano de menor atención, hasta la salida de la última Dictadura y en una fase de grave crisis económica, la principal preocupación de los empresarios ha sido el establecimiento de un adecuado marco de relaciones laborales, asegurando un interlocutor válido con el que dialogar y pactar. Ahora orientados por el nuevo clima de liberalización de las relaciones laborales presidida por la autonomía colectiva de las partes sociales, sin poner en peligro la libertad de iniciativa y gestión propia de un sistema de mercado.

De otra parte, el movimiento obrero tiene como objeto primero evitar que la crisis empresarial afecte sus intereses económicos y sociales, y sin con todo perjudicar aquel marco de libertades que aseguran la estructuración del sindicalismo democrático, o sea, la búsqueda de las más adecuadas formas de organización, la unidad sindical y la manera de llegar a ella.

El Real Decreto de 6 de diciembre de 1977, “otorgan su respaldo no a una sino a varias centrales sindicales”<sup>230</sup>, esto generó dificultad para una representación unitaria en la empresa, a partir de este hecho el natural protagonista del debate sobre participación de los trabajadores en la empresa pasa a ser los Comités de Empresa.

Un importante papel puede ejercer el Comité de Empresa, actuando como órgano unitario del conjunto de los trabajadores en la empresa, trayendo para el seno del Comité las distintas tendencias y opciones sindicales en función del sistema de elección de sus miembros, allá de actuar como instrumento integrador para la unidad sindical

---

<sup>229</sup> Vid. artículo 2 del Decreto de 15 de julio de 1965, condiciones: que adopten la forma jurídica de sociedad; que estén administrada por Consejos u organismos similares designados en todo o en parte por los poseedores de capital social; que el organismo administrador esté compuesto, cuando menos, por tres representantes del capital que estén obligados a organizar en su seno jurado o jurados de empresa; que cuenten con quinientos trabajadores fijos a su servicio y que hayan transcurrido tres años desde la fecha de su creación. También trata de las situaciones facultativas, menos de quinientos trabajadores, etcétera.

<sup>230</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid, p. 91.

desde la base, de otra forma por el carácter no sindical del Comité, “está abierto a la representación de todos los trabajadores de la empresa, afiliados o no”<sup>231</sup>.

Distintos Proyectos y Propuestas durante el período de transición democrática se han ocupado de la representación de los trabajadores, siempre partían de que el órgano primario para el ejercicio de los derechos de los trabajadores en la empresa debía ser el Comité de Empresa, línea seguida por el Real Decreto antes mencionado, sobre elección de representante de los trabajadores en el seno de las empresas.

## 2) El período de transición del sistema tradicional de participación para el actual

Muchos de los países europeos desde el pos segunda guerra mundial ya venían desarrollando experiencias significativas de participación de los trabajadores en la empresa sea a coste de sus propias vivencias, o por influencia de modelos exitosos de otros países que, de alguna forma contribuyeron para la búsqueda de una identidad europea.

Un período de grandes transformaciones se señala por los años 70 y 80 del siglo XX, provocado por las crisis económicas, políticas y social que sacudieron Europa y todo el mundo y que impusieron mudanzas profundas en la empresa, reforzando en última análisis la idea de participación en medio a exigencias y flexibilización normativa. La propia Unión Europea se dinamiza en la búsqueda de alcanzar resultados económicos con fines sociales y viceversa, de ahí la intensificación del desarrollo de un derecho social europeo.

España rodeada por esa realidad continental venía de un largo período de gobierno autoritario que sobrevivió hasta casi la mitad de aquella primer década, y que a partir de ella empieza un difícil, pero provechoso por sus resultados, período de desarrollo político con los gobiernos democráticos, de acción social de partidos políticos y sindicatos, de perfeccionamiento jurídico con una nueva constitución y el proceso de reconstrucción del ordenamiento jurídico interno, de económico con las transformaciones de los medios de producción y que gana gran impulso con su ingreso en la Comunidad Europea.

Los marcos más significativos para esta investigación sobre la participación de los trabajadores se pueden identificar primero con la promulgación de la Constitución Española de 1978, que trae una “norma en blanco, precepto abierto”<sup>232</sup>; segundo con la

---

<sup>231</sup> ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid, p. 91.

<sup>232</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 311.

influencia de la comunidad europea por medio de sus Directivas y Reglamento, mismo en los dos años que antecedieron a su admisión en 1985; y por tercero la reformulación del Estatuto de los Trabajadores que va a dar consecución normativa al “programático”<sup>233</sup> derecho de participación previsto en la Constitución.

El modelo español reivindicativo conflictivo de representación de los trabajadores en la empresa se va a los poco cediendo espacio para una más amplia participación, con los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico y la paulatina superación de la desconfianza que representantes de empresas y de trabajadores cultivaran por muchos años en España, así como en otros países.

Durante mucho tiempo diversas organizaciones sindicales mantuvieron una visión de que la participación era algo subalterno, que su función era fundamentalmente reivindicativa por eso mantenía la participación adornada por una cierta mistificación. La participación no era “otra cosa sino la cogestión, el interesamiento y en definitiva el involucrar a los trabajadores en un sistema que les colocaba, inevitablemente, en una posición subalterna”<sup>234</sup>.

De la parte de la empresa, también no era pacífica la presencia sindical, desde mucho había el miedo de la pérdida del poder empresarial, de la presencia muy fuerte de la entidad sindical dentro de la empresa.

El proceso de saturación de cada uno de estos seguimientos, los cambios en la legislación y la percepción de la importancia de la colaboración y de la participación para la actividad sindical y para la dinámica de las relaciones laborales, han contribuido para que cada vez más se queden superados aquellos planteamientos.

Es inolvidable que España en los últimos dos décadas del último siglo desarrolló una ancha experiencia de concertación y diálogo social en su sistema de relaciones laborales, principalmente la concertación no institucionalizada que llevó a la “celebración de acuerdos tripartitos en materia económica y social”<sup>235</sup>.

La legislación negociada tuvo su apogeo hasta prácticamente las leyes de reforma laboral de 1994, experimentó una ligera decadencia, para después presentar un relativo renacimiento con materias reformistas en termo de pensión y mercado de trabajo en 1997. Esas experiencias de debate político sindical acreditan las partes sociales a negociar la participación en la empresa ampliando el legislado.

---

<sup>233</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 205.

<sup>234</sup> DURAN LOPEZ, F. SAEZ LARA, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 15.

<sup>235</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Concertación y diálogo social*, Editorial Lex Nova, Valladolid 1999, p. 62.

Bajo la influencia de las experiencias sobre participación en el sistema de relaciones laborales teniendo como rico laboratorio el espacio europeo que venía proporcionando combinación y interacción entre dos funciones básicas de la acción colectiva, de las cuales es ejemplo la función-negociación colectiva y la función-participación resultado de acuerdos de grupo suscritos a nivel transnacional europeo para instituir mecanismos de información y consulta en los grandes grupos actuantes en el mercado único comunitario que ha servido de inspiración a la Directiva 94/45/CE. Estaba así configurado un contexto de empresas de grupo “prototipo organizativo más representativo de la nueva empresa en transformación, actuando además como un novedoso ‘sujeto colectivo’ en el sistema de relaciones sindicales”<sup>236</sup>, forneciendo novedosas experiencias de interlocución, participación, información, consulta y negociación, y en definitiva, de democracia industrial.

Otras experiencias han servido también para reforzar la importancia de estos cambios en el sistema de relaciones industriales como ha ocurrido en Francia con los denominados Acuerdos Marco de Grupo, reconocidos por la doctrina, no como instrumentos negociales encargados de temas de negociación específicos a cerca de movilidad del personal en el contexto del grupo o la creación de estructuras de representación apropiadas, pero también por su posición estructural novedosa. Por su vez en Italia, en la década de los ochenta, comenzaron a proliferar ciertos acuerdos de grupo, originariamente en el sector público de la economía, que han oscilado entre el nivel empresarial y el sectorial, filtrándose con posteridad la experiencia a otros grupos de índole privada inspirados en una lógica netamente participativa, en el doble sentido de la predisposición de instrumentos de prevención de conflicto, y de instauración de mecanismos internos de composición de los mismos.

Las experiencias de participación y negociación en el marco de relaciones laborales españolas, con “contenidos y formas novedosas acaecidos en el ‘nivel grupo’ han presentado un inicio lento y gradual, pero decidido de nuevas fórmulas flexibles y originales de participación de los trabajadores en la empresa impulsado justamente desde la negociación colectiva”<sup>237</sup> que empieza a cobrar forma, a partir de los años 1997 y 1998, una experiencia aún embrionaria, pero que supone una verdadera práctica autóctona, con matices propios y originales, de renovación de la acción colectiva en las empresas de grupo de ámbito nacional, en la medida en que sus exponentes actuales – los más relevantes de ellos, bajo la autodenominación de Acuerdos Marco de Grupo – muestran novedosos, peculiares e interesantes modos de interacción y combinación de

---

<sup>236</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J., Participación y negociación colectiva en los grupos de empresas españolas. Análisis del “Acuerdo marco de grupos”, como instrumento técnico de interacción operativa entre ambas funciones, Ponencia presentada en el X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. Zaragoza. Informes e Estudios. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 2000, p. 730.

<sup>237</sup> Ídem, p. 732.

la función negociadora y la función participativa, en su morfología y niveles de actuación.

Todavía los Acuerdos-Marco de Grupos nacen en la “experiencia sindical española vinculada al ámbito de las empresas de titularidad estatal, y tiene como primer exponente el ‘Acuerdo sobre Participación en la Empresa Público’ de 1986”. Por un proceso de contagio surgen como experiencias piloto en el sector público, una tímida pero embrionaria de Acuerdos Marco de Grupos privados negociados, no más de cuatro o cinco en 1997 y 1998, pero que resultaran de enorme relevancia al “instalar climas de diálogo permanente en el ámbito del grupo que facilite la adaptación a las necesidades de la competitividad, adquiriendo los trabajadores, en contrapartida, garantías de conservación del empleo, de privilegio de las políticas de formación o de control de la descentralización productiva”<sup>238</sup>.

Con este sencillo registro de la participación, negociación colectiva y representación en los grupos de empresas españoles con presencia comunitaria, sigue la investigación en el ordenamiento español y el sistema adoptado.

- 3) El complejo sistema del derecho de participación adoptado por el ordenamiento español.

Por cierto el legislador español tenía otras opciones de modelo y forma al estructurar su sistema normativo sobre la participación de los trabajadores en la empresa ante la riqueza de vías, experiencias, incluso las propias y las influencias a cual no estaba inmune.

En el derecho comparado ya se encontraban calcificados aquellos referentes al de “vigilancia y control, información y consulta, codecisión y negociación”<sup>239</sup> ya reconocido por la legislación española.

Aquel mismo derecho ofrece un abanico de opciones legislativas para el sistema de participación a ser elegido, son tres los grandes modelos que le dan forma: representación reivindicativa; canal dual de representación; y centro de trabajo como unidad electoral básica, ya testados con sus vicisitudes, pero que lleva en consideración

---

<sup>238</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J., *Participación y negociación colectiva en los grupos de empresas españolas. Análisis del ‘Acuerdo marco de grupos’, como instrumento técnico de interacción operativa entre ambas funciones*, Ponencia. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo. Zaragoza. Informes e Estudios. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 2000, p. 738.

<sup>239</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 199.

factores culturales, políticos, filosóficos, económicos, cual sea la realidad de cada uno, allá de la identidad que se busca de un modelo flexible europeo.

#### b) Tratamiento legislativo de la participación del trabajador

El verdadero modelo de participación español empieza a delinearse en los años 80 del último siglo, cuando la acción exclusivamente reivindicativo-conflictivo sometida a los testes de las grandes crisis, principalmente de la década anterior, no tenía respondido a las expectativas, mostrando sus inconvenientes por no ofrecer soluciones, pero lo que muchas veces demostró fue la profundización de las crisis ante un radicalismo demostrado por algunas entidades sindicales. Hasta entonces el canal único se presentaba como una de las opciones, pero recorrida como modelo de representación de los trabajadores a nivel de empresa, incluso apoyado por el debate “teórico-doctrinal”<sup>240</sup>.

La origen del actual régimen legal de participación de los trabajadores en la empresa en España se encuentra, como se ha visto, en el art. 129.2 de la Constitución que establece: “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa (...)”, este es el núcleo del comando constitucional que interesa más cerca a este estudio, pero él no se dirige tan solo a ello, pues continua “(...) y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. Como alerta el doctrinador, ella dedica tan sólo un “precepto a la participación en la empresa”<sup>241</sup>.

A pesar de esa concisión toda, el enunciado y su localización son pasibles de crítica que les hace grande parte de la doctrina, sea por la ubicación del derecho de participación, fuera de la parte dogmática o declarativa de derechos constitucionales contenidos en el Título I sobre “Los derechos y deberes fundamentales”, donde reconoció “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y que encargó a los poderes públicos que garantizarasen y protegiesen “su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación”, art. 38 CE.

---

<sup>240</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 204.

<sup>241</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 37.

Como ya analizado la pertenencia de la participación en la empresa al Título VII que trata de “economía y hacienda”, art. 129.2 y después del párrafo que trata de “formas de participación de los interesados en la Seguridad Social (...)”, da bien la dimensión de la importancia atribuida al derecho de participación.

La participación hace parte de un “conjunto heterogéneo de mandatos constitucionales encomendados a los poderes públicos sobre cuestiones de participación institucional en sentido amplio”<sup>242</sup>, es decir, se dirige a los poderes públicos de modo genérico, visando iniciativa gubernamental y actividad legislativa, para atribuir un mandato constitucional de triple y diferenciada expresión institucional sucesiva: la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa; el fomento de las sociedades cooperativas; y el establecimiento de los medios que facilite el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción art. 129.2 CE.

Queda claro que el legislador constituyente quiso e hizo la distinción de los tres institutos, pero reservó al legislador ordinario su configuración y sistematización. Así es que, participación de los trabajadores en la empresa es un instituto diferente del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción y que ambos difieren de los partícipes de una sociedad cooperativa.

Por lo tanto, la participación de los trabajadores en la empresa es un derecho reservado al trabajador que tiene un contrato de trabajo con la empresa y tiene vínculo con un centro de trabajo, labor que es ejercido colectivamente y directamente, puede también que esta participación se ejerza por medio de representación a través de la entidad sindical, nada de esto implica en propiedad o sociedad, propios de los dos otros institutos.

Ya las sociedades cooperativas son “una expresión jurídica singular de propiedad colectiva de los medios de producción empresariales”<sup>243</sup>, que buscan determinado fin social y, el más importante para este estudio, tiene su capital formado por aportaciones de sus socios y que desarrollan la actividad laboral en conjunto, son propietarios o titulares directos de la misma, en una fórmula institucional de autoempleo colectivo.

La facilitación de las condiciones del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción, tornándose el trabajador asalariado titular de acciones de la sociedad para la cual realiza su trabajo y que sin aquella creación de medios

---

<sup>242</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 42.

<sup>243</sup> Ídem, p. 44.



posiblemente no lo lograría ser propietario. Así pasa a ser accionario obrero o recibe retribución por “opción sobre acciones del capital de las sociedades”<sup>244</sup>.

En suma el legislador constituyente quiso poner en relieve la distinción entre la participación de los trabajadores en la empresa, objeto de este estudio, y la participación en la propiedad de la empresa, quiso también fijar que la participación de los trabajadores en la empresa posee diversas formas, y a final, dejar al legislador ordinario la función de desarrollarla, “lo deja todo en manos del poder legislativo”<sup>245</sup>.

El legislador ordinario investido del mandato constitucional que le fue atribuido por el art. 129.2, para cumplir la encomendada promoción eficaz de las diversas formas de participación de los trabajadores en la empresa y teniendo en vista los diversos modelos de participación conocido, y las influencias políticas, tuvo que elegir el sistema de participación más adecuado a la realidad de España.

El sistema reivindicativo de longa tradición en España confrontado con el de colaboración en la gestión, optó el legislador por el primero aunque no en toda su pureza.

Hasta la reforma de 1998 predominó el carácter reivindicativo del sistema en detrimento de la acción de cooperación de los trabajadores en la empresa, a pesar de este haber sido ampliado después de aquella reforma, pero mantuvo en relación al otro sistema un pequeño protagonismo.

Por su tradición hasta la década de 80 del siglo XX, el sistema de relaciones laborales tenía un carácter de relaciones embrionarias y altamente conflictivas con grandes dosis de “espontaneidad y confusión”<sup>246</sup>. Mismo con las reformas del Estatuto de los Trabajadores, los derechos de información y consulta atribuidos a los representantes de los trabajadores en la empresa se revelan como instrumentos muy débiles de participación en la gestión empresarial, sin que se pueda afirmar que el régimen jurídico estatutario, de forma categórica defina los representantes como órganos de participación en la gestión empresarial.

---

<sup>244</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 45.

<sup>245</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 311.

<sup>246</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 207.

El nuevo sistema fue instaurado bajo la experiencia retrógrada tanto en la perspectiva funcional como organizativa del pasado, bien como se presentaba inadecuado para el desarrollo de una acción sindical más consensual o participativa.

Siguiendo el hilo de los aspectos considerados, menos mal que el legislador empiece incorporando la “participación en la empresa”<sup>247</sup> en al art. 4.1, g), del Estatuto de los Trabajadores tornándolo un de los derechos laborales básicos que asiste al trabajador en la relación individual de trabajo, “con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga sus específicas normativas”.

Así se iniciaba a criar las condiciones para atender el comando constitucional de promover eficazmente las diversas formas de participación, e incluso rellenando el vacío dejado cuanto el derecho de participación, que con la combinación del comando del art. 129.2 CE de promoción eficaz de “las diversas formas de participación en la empresa”, y con el derecho básico de “participación en la empresa” previsto en el art. 4.1, g) da LET, convierte “técnicamente, a partir de un ejercicio legislativo consecuente del mismo, en un derecho subjetivo de los trabajadores asalariados en su empresa”<sup>248</sup>.

Hasta aquí, por la Constitución, art. 129.2 y art. 4.1, g) LET, el contenido esencial del derecho de participación en la empresa aún continua marcado por una incertidumbre, porque está en la dependencia del “contenido y alcance que (...) disponga su específica norma” art. 4.1 LET. Este expediente técnico de delegar su determinación a otras esferas normativas, deja aquel derecho con un conjunto de facultades que componen el poder jurídico, pero obligando a seguir el hilo de delegación del Estatuto.

Saliendo de la parte dedicada a los derechos individuales, donde se encuentra el derecho de participación del trabajador, se llega al Título II, Capítulo Primero que abriga el derecho de representación colectiva, abriendo en él una brecha para la ubicación de la participación. De este modo el legislador desarrolla una fórmula “restrictiva y ambigua”<sup>249</sup> en el art. 61: “De conformidad con lo dispuesto en el art. 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título”.

---

<sup>247</sup> Vid. LET, art. 4º, g. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE de 29 de marzo de 1995.

<sup>248</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 47.

<sup>249</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 207.

Comparado con el precepto constitucional la fórmula del art. 61 LET es demasiado restrictivo, no desarrolla como hubiera sido deseable para alcanzar en su integridad el derecho de participación, lo frustrando cuando identifica el derecho de participación de los trabajadores en la empresa con la solo creación de órganos de representación, a pesar de esta se constituir en una de sus manifestaciones en su sentido más amplio, pero no lo “agota de modo alguno”<sup>250</sup>, lo que confirma la previsión de otras formas de participación.

En la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su art. 34 prevé formas de participación, hace uso también de una fórmula restrictiva, pero tiene la virtud de separar derechos de participación y representación.

Cuanto la ambigüedad ella se revela por mantener en el enunciado del art. 61 LET la expresión “otras formas de participación”, sin la preocupación de precisar con exactitud el alcance de esa remisión. Se puede pensar que el legislador de forma intencionada quiso usar una “etiqueta estándar”<sup>251</sup> que pudiese abrigar todo el desarrollo normativo posterior, incluso anunciar la coexistencia de cauces representativos que se iba a producir entre la representación unitaria y la representación sindical.

Para corroborar esta última afirmación relativamente a la representación unitaria, ella fue objeto de regulación por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, derogado después por la actual Ley. Por el lado de la representación sindical se desarrollaría la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

La fortalecida opción por la representación reivindicativa no excluyó las otras formas de participación de los trabajadores de signo más colaborador y gestor y que por vía de consecuencia restaran obscurecidas en el Estatuto. El art. 64 LET trata de estas formas más débiles, reconocido a los representantes de los trabajadores “participar como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares” art. 64.7.b) LET y de otra forma poder “colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos” art. 64.7.c) LET.

---

<sup>250</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 207.

<sup>251</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 15.

Viene ganando terreno en las relaciones sindicatos y patronales y el propio ámbito de la empresa una evolución bastante saludable, que camina de los iniciales planteamientos de confrontación, para los de diálogo y de este para la concertación. En este punto la configuración predominantemente conflictiva de la legislación ordinaria tiende a ceder espacio para fórmulas de participaciones cooperadoras entre trabajadores y empresa, por medio de negociación colectiva dentro de un modelo más perfeccionado de la democracia industrial inglesa.

Esto viene siendo reforzado por la transposición de la normativa europea en la Ley 10/2009 “sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria” también los refuerzan la Ley 10/1997 modificada por la Ley 10/2011, y Ley 31/1995 de “Prevención de Riesgos Laborales”, mudando de forma lenta pero firme, la realidad en España.

El rasgo esencial del modelo final de información y consulta objeto de transposición, que resulta de un proceso de gestación pleno de dificultades y controversias, consiste en el abandono de los propósitos de unificación o convergencia institucional, más característicos de las primeras iniciativas. Los objetivos de armonización institucional iniciales se vieron suplantados por la “persecución de objetivos político-legislativos concretos, así como también por un principio de reconocimiento recíproco de los diversos modelos nacionales y de su equivalencia substancial para el cumplimiento de los objetivos comunitarios”<sup>252</sup>. Partiendo de esta perspectiva las transposiciones de las Directivas pasan a dotar de soporte normativo el ordenamiento español, con un sistema de información y consulta transnacional de carácter posibilista y pragmático, que se caracteriza por ser plenamente respetuoso con las diversidades normativas e institucionales y con las peculiaridades de la práctica de los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros, en el caso de España como ha ocurrido con la Ley 10/1997, de 24 de abril, instrumento de transposición de la Directiva 94/45/CE y por las siguientes y más recientemente la Ley 10/2009 de transposición de la Directiva 2009/38/CE.

Este estudio no tiene el propósito de agotar el asunto con el análisis sobre modelos de representación, profundizando el necesario para su perfecta comprensión, así es que no se puede hurtar a una visión estructural del modelo jurídico español consagrado por el Estatuto de los Trabajadores.

Como ya dicho antes la primera opción del legislador ordinario fue por un sistema que predominaba la participación centrada en la representación reivindicativa, y a seguir para dar cuerpo a esta representación eligió el modelo organizativo mixto o

---

<sup>252</sup> BAZ RODRÍGUEZ, J., *El sistema europeo de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria: reflexiones en torno a la Ley 10/1997, de 24 de abril*, Relaciones Laborales nº 3 febrero 1998, La Ley, Actualidades, Madrid 1998, p. 25.

de doble canal, unitario y sindical, configurado en las “otras formas de participación”<sup>253</sup> del art. 61 de la LET.

El primer canal, el que más se asemejó al antiguo régimen, tuvo su desarrollo dentro del Estatuto de los Trabajadores. De otra parte el segundo canal se originó de la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical (LOLS), cuyo representación sindical se hace a través de los delegados y las secciones sindicales.

El complejo modelo español actual de la representación de los trabajadores en la empresa cuenta o puede contar con:

Primero, la asamblea de trabajadores regulada por los arts. 77 hasta 80 de la LET;

Segundo, la representación unitaria ordinaria con órganos unipersonales o colectivos según sea el número de trabajadores de la unidad electoral, así se puede tener: en los centros de trabajo o empresa Delegados de Personal art. 62 LET, también centros o empresas, Comités de Empresa art. 63.1 LET, Comité conjunto art. 63.2 LET y Comité intercentros art. 63.3 LET;

Tercero, representación unitaria extraestatutaria de los elegidos al margen del regulado en el Título II da LET, como ocurre en la aplicación del art. 44.7 LET en caso de sucesión de empresa;

Cuarto, representación especializada: la representación de los trabajadores en la empresa, especializada en materia de seguridad e higiene en el trabajo que es regido por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgo Laborales;

Quinto, la representación sindical: la LOLS regula la representación sindical de forma amplia y no cabe como ya se dice aquí detallarla.

La presencia de la representación sindical en la empresa es cada vez más significativa, sea a través de sus secciones y delegados sindicales, sino también mediante la sindicalización de la propia representación unitaria elegida mayoritariamente, de entre listas presentadas por los sindicatos.

### c) Jurisprudencia de los Tribunales Españoles sobre participación

Analizado el modelo español a la luz de las leyes se impone un examen de algunas manifestaciones de la Jurisprudencia de los Tribunales españoles para ver como han se manifestado en torno de la participación de los trabajadores en la empresa.

---

<sup>253</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 211. El anterior régimen que había potenciado a los enlaces sindicales y jurados de empresa, y desacreditado a conciencia el asociacionismo obrero, con la implantación de un sindicato vertical privado de la capacidad de conflicto.

Una de estas manifestaciones fue la sentencia del Tribunal Constitucional 134/1994 que reconoce la existencia de un cierto grado de interacción en las empresas españolas, entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria de los trabajadores, que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de instituciones y a sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otro tiempo fueran manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse.

Por su vez esta interacción contribuye para la quiebra de esta rígida separación entre la representación sindical y la unitaria desde el momento en que la representatividad de los sindicatos se mide en función de sus resultados en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal (art. 6 y ss. LOLS), lo que ha obligado a las organizaciones sindicales a intervenir activamente en unas elecciones que, a la parte todos llaman "sindicales".

Una grave disfunción del sistema representada por la protección que la Ley dispensa en el ejercicio de su función representativa es que los representantes unitarios quedan en desventaja frente a los sindicales, planteando en la práctica numerosos problemas, como tiene sido la controversia sobre si los órganos de representación unitaria son titulares del derecho de libertad sindical, a la que "puso fin la STC 40/1985 dando una respuesta negativa"<sup>254</sup>.

La doctrina constitucional en la interpretación del Tribunal Constitucional, mismo reconociendo el desarrollo por los representantes unitario de funciones materialmente sindical en la defensa de los intereses generales de los trabajadores no pueden acudir al proceso especial y urgente de tutela de libertad sindical, del que tanto uso hacen los delegados sindicales, salvo a los afiliados a un sindicato, esto se torna un incentivo a que busquen el resguardo de la sindicalización.

La dualidad de representación unitaria y sindical en España tiene presentado ventajas, como es ejemplo en materia de negociación colectiva, más también tiene posibilitado un solapamiento de funciones, llevando algunas veces a la competición y emulación entre ambas representaciones que a nadie beneficia y los Tribunales siendo llamado a pronunciarse sobre demandas de conflictos colectivos o de impugnación de convenios de empresa en los casos del art. 87 LET, que reconoce legitimación inicial para negociar convenios de empresa o ámbito inferior, indistintamente a representantes unitarios y representantes sindicales, el que tiene condicionado a que la mayoría de los miembros del Comité sea formado por representantes sindicales.

---

<sup>254</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 214.

El ámbito espacial de la representación de los trabajadores en la empresa formulada por los arts. 62.1 y 63.1, LET trae una ambigüedad, se la representación se desarrolla “en la empresa o centro de trabajo”. En su sentencia de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/00) concluyó el Tribunal que el “precepto constitucional art. 129 contiene sólo una declaración programática”<sup>255</sup> dirigida exclusivamente al legislador ordinario por lo que no puede ser invadida por el judiciario para sustituirla, por mejor que sea su propósito.

Así es que, para la jurisprudencia por las sentencias de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/00) y 19 de marzo de 2001 (rec. 1012/2000) la regla general del sistema legal de representación de los trabajadores, confirmado por la única excepción prevista en el art. 63.2 LET, es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica, confirmado también por diversos preceptos del Reglamento de Elecciones, Real Decreto 1844/1994 de 9 de septiembre.

La información y consulta sobre la actividad empresarial bien como el de negociación no dejan de ser herramientas necesarias para el desarrollo efectivo de la función de representación de intereses a la disposición de Delegados y Comités. En este hilo el Tribunal Constitucional ha recordado que los órganos de representación unitaria y electiva en la empresa “no son estructuras de participación de los ciudadanos en la vida política, sino instancias organizativas de los trabajadores en los asuntos de la empresa (STC 189/1993)”<sup>256</sup>. Así es que cuando éstos negocian, reciben información o son consultados por el empresario, se limitan a representar y defender los intereses del conjunto de los trabajadores de la unidad productiva. A ese labor el legislador “elocuentemente”<sup>257</sup> tituló de participación en la empresa.

En la consolidación de doctrina de los Tribunales pertinente a este estudio se constituyó la cuestión sobre el uso de medios informativos de la empresa por representante de los trabajadores. En la primera sentencia 13-10-95 (6-3-9/95), el Tribunal rechazó la pretensión del Comité de Empresa a tener acceso a los programas para transmitir a los trabajadores sus comunicaciones, ya en la siguiente sentencia de 26/11/2001 (rec.1142/2001) profundizó la cuestión del correo electrónico usado como herramienta de trabajo, en este caso la Sala IV del Tribunal Supremo consideró se tratar de una cuestión relativa al contenido adicional de derecho fundamental de libertad sindical, resolvió entonces que la utilización del sistema debía ser objeto de negociación

---

<sup>255</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 219.

<sup>256</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p 50.

<sup>257</sup> Ídem, p 50.

colectiva o de acuerdo de cualquier tipo, en su falta, solo con consentimiento del demandado, la empresa.

Al llegar al Tribunal Constitucional la cuestión, hubo el rechazo de la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia 281/2005 de 7 de noviembre, en ella afirma que, sitúa la cuestión en los terrenos del contenido adicional del derecho a la libertad sindical y, desde ese enfoque, existe la obligación del empresario de permitir la comunicación con la utilización de su sistema interno de correo electrónico, mediante ciertos límites que no se basa en el art. 8.2 da LOLS, pero que en su sentencia establece los límites del uso.

#### d) El debate sindical sobre la participación de los trabajadores

Las tres últimas décadas del siglo pasado marcó España por un largo proceso de diálogo y concertación social lo que permitió importantes transformaciones sin grandes traumas. El marco español de relaciones laborales “no ha avanzado a golpe de iniciativas políticas, sino a lomos de sucesivos acuerdos de concertación”<sup>258</sup>.

El Acuerdo Básico Interconfederal ahora por delante ABI, de 1979 “supuso el primer acto de legislación laboral negociada”<sup>259</sup> en España, abriendo camino para otras.

Partiendo de un proyecto de Estatuto del “Gobierno”<sup>260</sup> la Unión General de los Trabajadores (UGT) y Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) negociaron, incluso con otras entidades también representativas de los trabajadores, teniendo resultado en el ABI que sentó las bases de lo que fueron el Título II del futuro Estatuto y sobre todo, el Título III, influyendo incluso en la eliminación del Título IV de anteproyecto. Este Acuerdo fue transpuesto, mediante un cuidadoso trabajo de acoplamiento de los firmantes del Acuerdo, el Ministerio de Trabajo y los responsables de los Grupos Parlamentarios del PSOE y de la UCD.

En su trámite, composición y depuración en los costes el proyecto contó con la colaboración de otros partidos y leyendas y también con oposiciones.

Al tiempo de las negociaciones para el ABI otros avances significativos se promovieron, algunos lo antecedieron y otros lo siguieron, como los pactos políticos de la Moncloa I y II, Acuerdo Marco Interconfederal que llevó a Ley Orgánica de Libertad Sindical, el Acuerdo Nacional de Empleo, el Acuerdo Interconfederal de 1983 y otros de menor significado pero que contribuyeron para la transición democrática y estabilidad social y económica.

---

<sup>258</sup> ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., *Los contextos del Estatuto de los Trabajadores. Transformaciones laborales en España*, A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales, Madrid 2005, p. 43.

<sup>259</sup> Ídem, p. 51.

<sup>260</sup> No se puede olvidar que el gobierno en la época era ejercido por la Unión Central Democrática.



Estos hechos sellaron un período mucho importante para los contextos político, económico, social y especialmente para las relaciones laborales que empezaron con la sustitución del principio intervencionista, que había regido esas relaciones hasta entonces, por el de la autonomía de las partes, con la negociación colectiva ganando espacio cada día mayor.

Hasta aquí los protagonistas de las conquistas laborales fueran las entidades sindicales y las organizaciones empresariales, homologados por agentes políticos.

La reforma de 1994 tuvo como objetivo principal la generación de empleo, teniendo como instrumento de sus principales líneas de actuación la flexibilización de las relaciones laborales y la potenciación de la negociación colectiva. En estas medidas el principal actor y quien tomó iniciativa fue el Gobierno, teniendo sindicatos y empresa como implicados en estas medidas de alteración de la legislación del trabajo.

Otras reformas se siguieron a aquella con destaque para las de 2010/2011 cuyo foco principal continua siendo el empleo por el agravamiento del desempleo con la renitente crisis económica.

No se puede concebir una cultura de negociación que no tenga como elemento clave el debate. Es a través de ello que puntos de grande divergencia, casi visceral, como es el tema sobre participación de los trabajadores en la empresa, vienen siendo negociados con madurez y responsabilidad que requiere, porque se ha de romper a tabús que están en los orígenes de las relaciones del trabajo asalariado.

Su anclaje por la parte del empresario está en la propiedad privada y la libre iniciativa, y de la parte de los trabajadores en la dependencia económica y la subordinación, estos factores cristalizaron las relaciones laborales hasta los años 60 del siglo XX.

Todo el debate sobre el trabajo asalariado desbarraba en su piedra angular, la dependencia económica y que posee como corolario la prestación del servicio y su contrapartida salarial, lo que mantuvo empresario y trabajador asalariado en posiciones opuestas por longo tiempo.

Existen países donde ha más de dos siglos experimentan una relación menos conflictiva, con relaciones basadas en la colaboración, la cooperación y hasta la codecisión o mismo una negociación permanente no apenas individual como también colectiva, pero este no tiene sido el modelo español de relaciones laborales.

Los agentes sociales a los pocos pasan a ejercer los papeles que son suyos por naturaleza, pues son ellos los sujetos de las relaciones laborales, o por lo menos sus representantes.

La participación de los trabajadores en la empresa ha generado desconfianza del empresario que siempre la tiene visto como una amenaza a su poder de dirección y acreditado que la actuación del trabajador en las decisiones puede comprometer incluso la salud de su emprendimiento. De la parte del trabajador, un número significativo de ellos mismos desconfiaban de su capacidad para actuar en las decisiones vitales para la empresa, excepción hecha a los sindicatos y sus representaciones que desarrollaron en sus actividades la conciencia y por veces la osadía de que se el empresario es capaz, ello también puede ayudar en las decisiones visando el bien estar de la empresa y defendiendo los intereses de los trabajadores.

Hoy por hoy se puede decir que ha disminuido la desconfianza del empresario sobre la participación de los trabajadores como Delegados de Personal o componiendo los Comités de Empresa, o mismo en su actuación individual no más representa el peligro que se imaginaba, que puede ser un factor muy positivo ya que conoce la empresa por dentro, incluso lo torna implicado en su destino. Sin embargo, aún exista cierta desconfianza de algunos empresarios individualmente considerado, él que no ocurre cuando colectivo, por la confianza en la organización que los representan. Están, por así decir, superados los principales óbices prevaleciendo la confianza en la negociación en todos los niveles.

La oposición que aún persiste en algunos sectores a la participación de los trabajadores en la empresa, de modo general, viene siendo vencida por la influencia que procede de la Unión Europea sobre los derechos ya consagrados de información y consulta, y al final el de implicación del trabajador en la empresa.

Mismo que se repita lo que ya fue dicho antes, pero es importante reforzar que la participación de los trabajadores será cada vez más un instrumento primordial de la acción sindical, aunque por largo tiempo algunas entidades sindicales la tenía visto con desconfianza por la equivocada visión de una "posición subalterna"<sup>261</sup>. Por otro lado las estrategias empresariales no podrán olvidar de la participación como instrumento de reducción del conflicto en las relaciones laborales y ampliación de la "cooperación y colaboración"<sup>262</sup>. Esta visión fue tantas veces reiteradas por la doctrina científica, que se espera venga hacer parte de una verdadera cultura en el ámbito económico, político y social.

No es posible se huir a un registro de que en la hora que se concluye esta parte de este trabajo, está en gestación nuevas medidas de reforma laboral, con serias dificultades de una amplia negociación, como los que España ha conocido en el final de las décadas de los años setenta e inicio del ochenta.

---

<sup>261</sup> DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas S.A., Madrid 1997, p. 15.

<sup>262</sup> Ídem, p. 13.

e) La construcción doctrinaria a cerca de la participación de los trabajadores

Sin perder la importancia que siempre tuvo para la doctrina científica y a pesar de haber perdido un poco del calor que el debate provocó durante muchos años, el concepto de participación sigue despertando interés, mientras hoy haya grande consenso cuanto la imposibilidad de un “concepto unívoco”<sup>263</sup> o mismo su significación más genuina, él se mantiene como fuente de investigación.

Teniendo desistido de buscar la unidad conceptual, la opinión vigente entre una parte de la doctrina española es que participar significa el derecho a tomar parte en la organización compleja que es la empresa actuando como miembro de la misma en las decisiones que puedan afectar al trabajador en su condición de partícipe en esa empresa-organización, como ya se ha puesto de manifiesto antes.

Una parte de la doctrina científica a pesar de reconocer las dificultades de un concepto fuerte, entiende por participación, y en sentido propio, la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades.

La “ambigüedad y vaporosidad”<sup>264</sup> de la expresión participación que resulta de la forma como fue cunada por el legislador Constitucional en el art. 129, y también en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 61, tiene sido motivo de una amplia análisis doctrinal que vislumbra la participación “dentro del debate ideológico y político general y de su plasmación jurídica, como una etiqueta estándar”<sup>265</sup> que se adapta a cualquiera situación del trabajador en la empresa.

Otra fuente de críticas casi que unánime de la doctrina científica en relación al precepto constitucional del art. 129.2 “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” por el que el reconocimiento de dicha

---

<sup>263</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 279. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, pp. 15 y 62 “(...) la inutilidad de la noción de participación como categoría explicativa unitaria”; ORTIZ LALLANA, C, *La participación de los trabajadores en el Plano Internacional y comunitario*, p. 70. Comenta que: “(...) resulta difícilmente reconducible a la unidad (...)”.

<sup>264</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006. p. 14. Comparte también de ese entendimiento en relación a la ambigüedad GARCIA ARCE, M. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción Social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, pp. 146, 153 y 156.

<sup>265</sup> Ídem, p. 15. Comparte también como el entendimiento de compararse a una etiqueta estándar.

participación es “tibio y ni siquiera elevado a la categoría de derecho de los trabajadores”<sup>266</sup>.

Muchas críticas también son dirigidas al posicionamiento sistemático o ubicación de la participación, que debería estar en el Título I, Capítulo III De los principios rectores de la política social y económica y no en el Título VII Economía y Hacienda donde se encuentra por el cual denotaba ya las incertidumbres que sobre el tema albergaba el legislador constitucional.

Importantes limitaciones proceden de la alejada ubicación de la participación de los trabajadores, por esto la doctrina advierte de la “virtualidad política, pues del art. 129 es inmensa, tanto cuantitativa como cualitativamente”<sup>267</sup> por la disfunción que efectivamente se ha de producir entre el contenido virtual del precepto y su eficacia jurídico-real generada de su colocación sistemática en la Constitución.

El mandato conferido por el constituyente en el art. 129.2, al legislador ordinario por medio de un comando general y abierto de una norma de contenido programático, también suscitó muchos debates, sea por los aspectos negativos de una “norma en blanco”<sup>268</sup>, sea por la oportunidad perdida de cualificarlo como un derecho concediendo todas las garantías o, de otra parte, ha quien vea el aspecto de tener dejado un espacio para la evolución sin el trauma de cambios constitucionales, pero también ha quien lo identifique como un derecho de contenido “complejo y difuso”<sup>269</sup> que abarca la participación en la gestión, participación en los órganos directivos, participación económica, etcétera.

La doctrina científica tiene demostrado estar acorde con la inclusión de la participación en la empresa entre los “derechos básicos de los trabajadores”<sup>270</sup> en medio a un elenco de ellos establecidos en art. 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, mientras seguimientos de esa doctrina considera que vuelven a “adolecer los arts. 4.1, g) y 61

<sup>266</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 205. Lo mismo afirma A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2005, p. 545.

<sup>267</sup> PRADOS DE REYS, F. J. y VIDA SORIA, J., *Principio constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo*, en Ó. ALZAGA VILAMIL (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978 X*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, p. 108. Citado por GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 149.

<sup>268</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “La participación de los trabajadores en la empresa, PS, 121, 1979, p. 429. Citado por GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 152.

<sup>269</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales...*, Op. Cit., p. 205.

<sup>270</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 47. Así también es tratado por SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, p. 207.

LET de la misma indefinición y ambigüedad que ya se puso de manifiesto en el estudio del art. 129.2 CE<sup>271</sup>, incluso en el análisis de su contenido en el capítulo uno de este trabajo.

Algunas dificultades han sido “señaladas”<sup>272</sup> por doctrinadores que indican se deber tener cuidado, por causa de las ambigüedades, para no incurrir, en la confusión entre la parte – art. 61 y siguientes – y el todo – art. 4.1, g), LET -, de la misma manera que resulta necesario precisar que ni todas las facultades de participación hacen parte de la misma lógica. Así es que el art. 61 LET está directa y expresamente conectado al art. 4.1 LET, del cual es natural extensión y que el art. 61 LET abriga dos realidades distintas.

Estas dos diferentes realidades del citado artículo son identificadas así, de un lado es la existencia amplia e inespecífica de otras formas de participación, sin la indicación de momento y forma de concretarse, la otra es el reconocimiento y la prioridad al ejercicio del derecho de participación por medio de un de los canales de representación unitario existente en el ordenamiento jurídico.

Hay un consenso entre los doctrinadores que en relación a participación de los trabajadores en la empresa el Estatuto es una norma de desarrollo parcial, basta una lectura crítica del art. 4.1.g y después del art. 61 y que ellos formando conjunto con el art. 129.2 CE presentan un problema de difícil solución en un futuro próximo.

Se puede extraer, de las muchas fuentes de información que el legislador tenía en la doctrina científica, los medios para desarrollar las normas sobre participación, que presenta una fuente riquísima, pero ha hecho su opción, diferente del marco doctrinal.

El desarrollo de un estudio sobre Ley Orgánica de Libertad Sindical, de la normativa relacionada con el personal de servicio de las Administraciones Públicas y normativa en materia de prevención de riesgo laboral, es más propia de una investigación a cerca de representación y este no es el objetivo inmediato de este trabajo como ya se ha dicho.

#### f) Órganos titulares de los derechos de participación

##### 1) El doble canal de representación

En el sistema español la dicotomía entre representación unitaria y representación sindical se resuelve de un modo ejemplar, por el establecimiento de un modelo dual, en la línea seguida por otros ordenamientos, como el francés o el italiano.

<sup>271</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 156.

<sup>272</sup> Ídem, p. 156. También tienen el mismo entendimiento, C. MOLINA NAVARETE, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, (dir.) de J. L. MONERO PEREZ, Comares, Granada 1998, p. 134.

Es visible la preferencia que la LET asume por la representación unitaria, encomendada, como se sabe, a los Comités de Empresa y delegados de personal que se define por un u otro en función del número de trabajadores representados pues es de “carácter absolutamente imperativo, sin que pueda alterarse por negociación electiva”<sup>273</sup> por la doctrina del Tribunal Constitucional, todavía deja el Estatuto abiertas las puertas “a otras formas de participación” art. 61. Ésta es la vía legal que venía permitiendo la introducción del sindicato como alternativa de participación de los trabajadores en la empresa, a través de reconocimiento de las secciones sindicales, primero a través de la negociación colectiva, en base a las previsiones contenidas en el Acuerdo Macro Interconfederal de 1980 y en el Acuerdo Interconfederal de 1983 y, posteriormente, mediante la inclusión de los mismos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que consolida esta alternativa de representación.

Ese sistema de doble canal de representación-participación se separa de la línea predominante en Derecho Comparado, en donde se parte, por lo común, de una diferenciación de funciones entre sindicatos y comités, atribuyendo a los primeros la negociación colectiva y relegando para los representantes unitarios las funciones de colaboración y participación en el seno de la empresa; participación que, en determinadas materias, puede llevar a la concertación de acuerdos sobre temas concretos.

Por el contrario, en España, “se adopta una fórmula mixta legitimadora (unitaria-sindical) en materia de negociación colectiva. Así, la legitimación para negociar convenios de empresa o de ámbito inferior es compartida por comités y sindicatos, aunque los primeros gozan de legitimación preferente cuando el convenio afecte a la totalidad de los trabajadores en la empresa”<sup>274</sup>.

En el ordenamiento jurídico español la estrecha interconexión que se produce entre la representación unitaria y la representación sindical debida, de una parte, a la conocida extracción sindical de los propios representantes unitarios por las propias características del proceso electoral y, por otra, al hecho de tener ambas instituciones encomendadas funciones materialmente sindical en el ámbito de la empresa. Esta duplicidad en la práctica plantea numerosos conflictos, siendo sobradamente conocida la controversia que tiene su origen en la STC 40/1985, de 13 de marzo sobre “si los órganos de representación unitaria son titulares del derecho de libertad sindical”<sup>275</sup>, cuestión ya analizada antes.

---

<sup>273</sup> STCT 16 de diciembre de 1980.

<sup>274</sup> GALIANA MORENO, J. M., *La participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (VIDAL CARVANA, G. dir.), *El cambio laboral en la década de los 90*, Ed. Esposa-Calpe, Madrid 1991, pp. 53-60.

<sup>275</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., *La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 23, 1985, p. 301 y ss.

## 2) Competencias generales de los órganos unitarios y sindicales

En el ordenamiento español los Comités de empresa y delegados de personal gozan unitariamente art. 62.2 LET de los que se ha denominado por la doctrina de un panel de competencias “formalmente cuantioso”<sup>276</sup>, establecido básicamente en el art. 64 LET. Todavía, se advierte que dicho precepto no agota la totalidad de las competencias que los representantes de los trabajadores tienen reconocido por la legislación laboral, puesto que otros preceptos de propio Estatuto, así como diversas disposiciones normativas les atribuyen también verdaderos derechos de representación, de los cuales algunos aspectos se han tratado antes.

“Tales competencias son susceptibles de ordenación sistemática de la forma que sigue: a) competencias de negociación; b) competencias de información y/o de consulta; c) competencias de vigilancia y control; d) otras competencias y funciones”<sup>277</sup>.

Así también la LOLS art. 10.3 confiere a los delegados de las entidades sindicales con presencia en el Comité, en empresas de más de 250 trabajadores, el derecho a recibir idéntica información y documentación que la empresa deba facilitar a los representantes unitarios, así como el de asistir, con voz pero sin voto, a las reuniones de los comités de empresa y órganos internos en materia de seguridad e higiene, y el de ser oído por la empresa con carácter previo a la “adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos”<sup>278</sup>. Esta equiparación de delegados sindical con los representantes unitarios deriva por cierto del Convenio nº 135 de la OIT.

Por el hecho de ser los delegados sindicales los titulares de tales potestades y no las secciones sindicales, va a significar la atribución de un plus de medios para el ejercicio de la acción sindical en la empresa a los sindicatos que cumplan la exigencia de representatividad en los órganos unitarios frente a aquéllos que no acrediten esta “condición legal de implantación”<sup>279</sup>.

### - Competencias de negociación

Más allá de la atribución legal de legitimación para negociar convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior, dotados de eficacia general a los órganos de representación unitaria, así como a las secciones sindicales, a que ya se ha hecho

<sup>276</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Ed. Tecnos, Madrid 1995, p. 289.

<sup>277</sup> GALIANA MORENO, J. M. y GARCIA ROMERO, B., *La Participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 20.

<sup>278</sup> GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa*, CES, Madrid 1999, p. 120.

<sup>279</sup> Ídem, p. 119. Recomendación STCO 188/1995, de 18 de diciembre.

referencia antes, interesa destacar ahora otras manifestaciones de negociación entre representantes legales de los trabajadores y el empresario completando esta abordaje. Así es que aquí se refiere a los acuerdos de empresa sobre asuntos específicos previstos por la LET a lo largo de su articulado arts. 22.1, 24.1, 29.1, 31.1, 34.2, 34.3, 37.4, 40.2, 41.2, 41.4, 44.4, 47.1, 51.4, 67.1, 82.3 y 85.1, cuyo número se ha visto notoriamente incrementado a partir de las reformas laborales de 1994 y de 2010. “El papel de dichos acuerdos es en la mayor parte de los casos subsidiario del convenio colectivo”<sup>280</sup>.

- Competencias de información y consulta

En atención a la posición que puede adoptar el órgano de representación, los derechos de información pueden dividirse en derechos de información pasiva y derecho de consulta o de información activa. Así es que en el caso de información pasiva y derecho de consulta, el órgano de representación adquiere el papel de mero receptor de información. Cuando fuere el caso del genérico derecho de información activa, cabe distinguir dos supuestos en atención al sujeto destinatario de la información, pues a la vez, puede ser, de un lado, el propio empresario, en cuyo caso, el representante de los trabajadores, se convierte en un suministrador de información a través de la emisión de un informe sobre aquellas cuestiones que le deban ser sometidas a consulta, de acuerdo con la normativa aplicable, es decir, “comunicación de información en sentido ascendente”<sup>281</sup>. Sin embargo, puede tratarse de los propios representados como dispuesto en el art. 64.1.12 LET y art. 8.1, b) y c) LOLS.

La información a sus representados puede ser llevada a cabo mediante la celebración de asambleas o reuniones previstas en el art. 77 LET y art. 81, b) LOLS, o a través de los tablones de anuncios que la empresa ha de poner a disposición de los representantes unitarios en cumplimiento del art. 81 LET o de las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, art. 8.2, a) LOLS, o en fin, mediante la presencia en un “local adecuado” donde puedan permanecer dichos representantes para comunicarse con los trabajadores conforme art. 81 LET y art. 8.2, c) LOLS.

El límite jurídico al ejercicio de la actividad informativa de los representantes de los trabajadores en la empresa se encuentra en el deber de “sigilo profesional” del art. 65.2 LET, el cual constituye una garantía para el empresario sobre el uso conforme a las exigencias de la buena fe de los datos reservados que ha suministrado. Como el que ocurre en otros países estudiado tales datos deben ser utilizados únicamente para la actividad representativa que dichos órganos ejercitan, lo que implica que no pueden ser

<sup>280</sup> GALIANA MORENO, J. M. y GARCIA ROMERO, B., *La Participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 21.

<sup>281</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid 1992, p. 100.



utilizados “fuera del estricto ámbito de aquéllos” o transmitidos a quienes no sean titulares de la misma, es decir, ni a terceros ajenos a la empresa ni tampoco a los “propios trabajadores representados”<sup>282</sup>.

Los derechos de información pasiva se encuentran recogidos básicamente en el art. 64.1, apartados 1º, 2º, 3º, 6º, 7º y 8º de la LET, con la periodicidad y extensión que se expresa en cada caso y tiene como requisito previo otras manifestaciones del derecho de participación en la empresa que tienen los representantes de los trabajadores, como facultades de vigilancia y control de la normativa laboral, derecho de consulta, art. 64.1, 4º y 5º LET, o como fase “previa a un proceso de negociación colectiva”<sup>283</sup>.

La potestad de información en este caso recae sobre aspectos económicos y financieros de la empresa art. 64.1, 1º y 3º LET; también sobre celebración de nuevos contratos de trabajo y supuestos de subcontratación art. 64.1, 1º y art. 42.4 y 5 da LET; conocimiento de los modelos de contrato escrito que se utilicen en la empresa, art. 64.1, 6º LET y el derecho de recibir una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse escrito art. 64.1, 2º LET; en el ejercicio disciplinario el empresario tiene que informar una vez impuesta la sanción al Comité de empresa y delegado de personal, art. 64.1, 7º LET, o en carácter previo, en el caso de los delegados sindicales, cuando la medida afecte a un afiliado a su sindicato art. 10.3, 3º LOLS. Informar también al representante sobre absentismo en la empresa art. 64.1, 8º LET y aún sobre aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales art. 64.1, 8º LET y 18.1 LPRL.

Otros preceptos de la LET establece el derecho de recepción de información sobre pago de salario y prestaciones de seguridad social, art. 29.4 LET; movilidad funcional descendente art. 39.2 LET; movilidad geográfica art. 40.1 LET; modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual art. 41.3 LET; transmisión de empresa art. 44.6 LET; iniciación del procedimiento por fuerza mayor como causa de extinción de los contratos art. 51.12 LET; preaviso en despido por causas objetivas de tipo económico art. 53.1 c) LET; despido colectivo art. 51.2 LET, en fase de consulta y negociación.

En el caso de consulta considerado por la doctrina como una especie de segundo grado de intervención de los representantes, tras las potestades de mera información por tener mayor incidencia en la esfera del “poder empresarial y de su ejercicio”. En atención a la importancia de las materias que son objeto de opciones o de decisiones empresariales, la norma atribuye a los representantes de los trabajadores la posibilidad de emitir su opinión sobre ellos, con carácter previo a su ejecución o puesta en práctica. Y, las materias sobre los cuales los órganos de representación han de emitir informe,

---

<sup>282</sup> GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa*, CES, Madrid 1995, p. 119.

<sup>283</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, A., *Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas*, Ed. CISS, Valencia 1998, pp. 107 y 108.

son las que se refiere a la organización del trabajo en la empresa art. 64.1, 4º LET, incluso la reclamación prevista en el art. 39.4 LET y art. 137.1 LPL; y la modificación del estatus jurídico de la empresa art. 64.1, 5º LET.

- Competencia de vigilancia y control

Es de suma importancia la función de vigilancia de los representantes en el cumplimiento de la legislación laboral por la empresa art. 64.1, 9º, a) y b) LET. Así es que están facultados para vigilar la observancia de las normas en materia laboral, seguridad social y de empleo, bien como de pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, pudiendo formular acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos y tribunales competentes art. 65.1 LET. Las normas laborales también les confiere una potestad de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa, art. 19 LET y art. 21.3 LPRL.

Otras competencias también son señaladas a los representantes de los trabajadores como derechos instrumentales, cuales sean: la participación en la gestión de obras sociales, art. 64.1, 10º LET; la colaboración con el empresario para establecer medidas tendentes al mantenimiento o incremento de la producción art. 64.1, 11º LET; solicitud de la incoación del procedimiento de regulación de empleo, con el fin de evitar perjuicios a los trabajadores de imposible o difícil reparación art. 51.9 LET; competencias en materias de despidos colectivos relativos al derecho de huelga art. 3 DLRT y legitimación para iniciar procedimiento de conflicto colectivo art. 18.1 RDLRT y 152, c) LPL.

### 3) Constitución de la representación unitaria

La dimensión del centro de trabajo de empresa por la regulación por parte de los arts. 62 y 63 LET, a efecto de la constitución de la representación unitaria es nítida: ninguna representación para el caso de una plantilla inferior a 6 trabajadores; un delegado de personal si la plantilla se sitúa entre 6 y 10 trabajadores y éstos lo deciden así por mayoría; uno o tres delegados de personal si tiene más de 10 y menos de 50 trabajadores; y comité de empresa cuando la plantilla tiene 50 trabajadores o más.

Así es que esta “regulación dibuja una serie de franjas para las que la solución legal se encuentra diferenciada en función del número de trabajadores en el centro o en la empresa al servicio del empresario”<sup>284</sup>. De esta forma se tiene una inferior, constituida por las microempresas, para las que no se prevé representación alguna; una segunda intermedia, con elección de delegados de personal, bien sea de manera

---

<sup>284</sup> RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., *La representación unitaria de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. coords.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 2011, p. 70.

voluntaria por parte de los trabajadores o impuesta por la Ley; y una tercera superior con constitución de comités de empresa.

Resulta por el dispuesto en la legislación que los centros o empresas de menor dimensión, o no hay instancia representativa o ésta se materializa en los delegados de personal; y para los de dimensión mayor, la representación se constituye a través del comité de empresa. Todavía una cierta flexibilización se introduce por medio del “comité de empresa conjunto” art. 63.2 LET y del “comité intercentro” art. 63.3 LET, pero las reglas generales indicadas son en todo caso rígidas, siendo de aplicación forzada para cada una de las franjas que se han señalado.

En términos generales algunos problemas surgen de la rigidez legal señalada, pero se ha buscado encontrar soluciones más flexibles por medio de negociación colectiva, el que la doctrina en general ha rechazado que por convenio colectivo se disponga sobre el ámbito electoral, por ser “normas de orden pública y carácter rígido”<sup>285</sup>.

En la práctica de la negociación colectiva se identifican algunos convenios en lo que se establece el ámbito provincial para la constitución de la representación unitaria en la empresa, con independencia de los centros de trabajo que posea; u otros que se ordenan la constitución de un único órgano de representación para todos los centros de trabajo de la empresa; y aún otros que permiten elección de representante en centro de menos de diez trabajadores.

Para las situaciones de falta de representación unitaria que puede no ser solo por el número de trabajadores de la plantilla, ante la presunción de que la representación cuenta con la adhesión generalizada de trabajadores, sindicato y hasta empleador puede no ser así, todavía ha situaciones en la que esto tenga, en casos de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo por ejemplo, como está previsto en los arts. 40 y 41 LET con las modificaciones de la Ley 35/2010, en que el acuerdo con el empresario tras el periodo de consulta debe realizarse, en ausencia de representación legal de los trabajadores, con “una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la empresa y elegidos por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados por el sindicato más representativo del sector”. Son estas sentidas ausencias que dan la dimensión de la importancia de esta forma de participación.

---

<sup>285</sup> CALVO GALLEGO, F. J., *Procedimiento electoral. En Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*. Ed. La Ley, Madrid 2004. Citado por RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., La representación unitaria de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E.(Coords.) El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa, Tecnos, 2011, p. 71.

Algunos de los aspectos aquí abordados o tuvieran una aproximación en los capítulos anteriores o serán mejor detallados a seguir en el estudio de las diversas formas de participación en la empresa.

### **III. Formas de participación de los trabajadores en la empresa**

#### **3.1. Formas tradicionales de participación**

La comprensión del estadio actual de las relaciones laborales es consecuencia de un muy largo, difícil y lentísimo proceso de transformaciones que combinan elementos intrínseco y extrínseco y directo e indirecto al ambiente de la empresa y su contexto, identificables principalmente por cuatro factores:

- El personal, representado por empresario y trabajador dependiente cuanto a los aspectos psicológico y cultural, que pueden ser añadidos a otros de menor significado. Allá de la presencia de terceras personas que pueden actuar junto a la empresa;

- El proceso reúne todos los aspectos referentes a los medios materiales, no materiales, técnicos y tecnológicos de la producción de bienes o servicios y su dinámica;

- El mercado, se revela por los diferentes niveles de necesidades, exigencias de consumo, competitividad, incertidumbre y otros; y

- Las crisis que acompañan en la historia del hombre generando las grandes transformaciones, los conflictos y las mudanzas de paradigmas llevando a nuevas crisis y sus contextos.

Por influencia de los factores apuntados mucho ha cambiado en las relaciones entre las partes del contrato de trabajo, las actividades laborales y mismos las expectativas de los trabajadores sobre su actividad y la vida de la empresa, justificando cada vez más el reconocimiento y la efectividad de la participación de los trabajadores en todas las otras esferas de la vida y dinámica de la empresa.

No se puede decir que el trabajador nunca hubiera participado, ni, desde las primeras acciones de alguien desarrollando una actividad laboral remunerada en provecho de otra persona, ahí ya había la participación inconsciente pero había en la producción, lo que faltaba era participar de las demás esferas, de las cuales trataremos adelante.

El legislador español no quiso enumerar cuales eran las “diversas”<sup>286</sup>, u “otras formas”<sup>287</sup> de participación de los trabajadores, en el número 3.2.3, b) de este trabajo de tesis, se ha hecho una aproximación de diferentes formas posibles, todavía las clásicas serán estudiado a seguir.

Mientras es posible extraerse las siguientes conclusiones: que la expresión cuñada en la Constitución “diversas formas” sugiere, “así pluralmente, la existencia de estructuras participativas en la gestión o gobierno de la empresa”<sup>288</sup>, además el enunciado del LET, de “otras formas” posible de participación puede conducir a él de la propiedad o en los beneficios, allá de la ejercida a través de los órganos de representación colectiva.

Aún el ordenamiento jurídico español al tratar de la “prevención de riesgos laborales”<sup>289</sup> prevé derechos de participación y representación, sin olvidar también que la “Ley de Libertad Sindical”<sup>290</sup> por su vez trata de la representación sindical.

La posibilidad de una fijación por los tribunales ya esta descartada pues, los Tribunales Constitucional y Supremo por su vez confirman que no pueden interferir con actuaciones típicas del legislado en materia reservada a las Cortes.

Por parte de la doctrina científica ella es unánime cuanto al reconocimiento de diversas formas, mientras “sólo una parte de ella” reconocen cuatro modelos o formas de participación, cuáles sean: participación en la organización o producción, en la gestión social o vida de la empresa, en la dirección o administración y la económica o financiera, mismo que los identifiquen con diferentes nomenclaturas.

Se abre un paréntesis para fijar la distinción que debe existir entre forma o “modelo de participación”<sup>291</sup> y los sistemas. En cuanto estos representan las grandes

<sup>286</sup> Vid. Constitución española, artículo 129.2 “Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa...” (Se ha subrayado).

<sup>287</sup> Vid. Estatuto de los Trabajadores artículo 61. “... y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación...” (Se ha subrayado).

<sup>288</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 389.

<sup>289</sup> Vid. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, artículo 34 y ss.

<sup>290</sup> Vid. Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, artículo 8 y ss.

<sup>291</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 15 a 23. Este mismo autor en el libro *Derecho del Trabajo*, coautor con ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., apunta la participación en la gestión o gobierno de la empresa, participación en la propiedad, participación en los beneficios, la representación colectiva o unitaria de los trabajadores, esta indicada por el legislador, artículo 61 LET. Otros doctrinadores ofrecen sus clasificaciones tales como: LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 279-281. Ofrece una clasificación de “posibles

opciones legislativas de los ordenamientos laborales de uno o doble canal mixto, o mismo el flexible o ecléctico, que viene se consolidando en Unión Europea representados por una variedad de formas o modelos institucionales por medio de las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores a través de representantes indicados por entidades sindicales o directamente electo por los trabajadores, y, aquellos significando la manera de cómo se ejercerán los derechos de participación.

Ahora bien se puede pasar al análisis de *per se* de cada una de las formas, procurando conciliar las nomenclaturas que se viene consolidando a lo largo de su evolución.

#### a) Participación en la producción o en la organización empresarial

Como señala la doctrina científica la participación en la producción es un de los modelos conocidos y que tiene fundamento en el propio contrato de trabajo y una realidad indiscutible, la actividad laboral, su razón de existir.

Es inconcebible que en la época que vivimos de muy fuerte competitividad alguien pueda ser contratado para nada hacer, para no desarrollar cualquier trabajo, así es que el trabajador dependiente, con base en el acuerdo de voluntad empieza a desarrollar una actividad que contribuye para el resultado final objetivado por la empresa. Puede ser que su actividad no esté relacionada directamente con el producto o servicio, solo contribuye de forma indirecta, pero ha participado de alguna forma para el resultado. Por excepción el trabajador empleado puede se quedar por algún tiempo a la disposición de la empresa sin una actividad real y efectiva, siempre por

---

niveles de ejercicio del derecho de participación” al proponer tres posibles niveles: a) participación en la organización de la empresa; b) participación en la gestión social; c) participación en la dirección. Considera aún un último nivel la participación económica. SAMPER JUAN, J. , *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 208 y ss. Señala que “junto a la representación reivindicativa iban a tener cabida otras formas de participación”, también existe a de “la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares” (artículo 64.1.10º); y para “colaboración con la dirección de la empresa para conseguir medidas de mantenimiento e incremento de la productividad de acuerdo compactado en los convenios colectivos” (artículo 64, 1, 11ª). GARCÍA ARCE, Mª. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción Social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 56-72. Estos autores inicialmente al tratar de los modelos hacen la distinción entre modelo de colaboración, conflictivo y mixto y afirma para concluir, citando A. BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 95, que “cada fórmula de participación contiene en si misma potenciales dosis de cooperación y de conflicto, medidas no predeterminada de reivindicación y de integración”. De ahí ofrece la siguiente clasificación: participación en las decisiones y/o gestión, económica y/o financiera cual sea en la propiedad y en los beneficios); participación interna-externa (se diferenciando básicamente en relación a presencia o ausencia, respectivamente, de representante de los trabajadores en los órganos de dirección y administración de la empresa); participación directa-indirecta (se diferencia por el hecho de que mientras en aquella los trabajadores individualmente participan en el poder empresarial para organizar el trabajo con decisiones en equipo, y la indirecta es ejercida por representantes sindicales mismo que elegidos en el seno de los órganos de participación, o los representantes sindicales).

poco tiempo. Antes bien el art. 4, 2, a) LET establece el “derecho a la ocupación efectiva”.

En derecho comparado el de Brasil, la Consolidación de las Leyes del Trabajo – CLT - por ejemplo, considera una falta grave el empleador sustraer servicio al trabajador que hubiera contratado, se lo hace sin una motivación que lo justifique. Es decir, el empleado que contrata trabajo tiene derecho al ejercicio de la actividad objeto del acordado. Ha trabajadores que se realizan en su trabajo, él es un motivo de satisfacción, incluso sentirse útil y orgulloso de haber participado de la producción de determinado bien o servicio, y en España, cumplido con su deber, ejercitando su derecho al trabajo art. 35.1 CE.

En estos términos el empleado tiene el derecho de participación en la producción. Como es cierto que por el contrato de trabajo, o por sí sólo, no torna el trabajador socio patrimonial del empresario, es cierto también que el deber de trabajar se le atribuye un derecho, que a pesar del trabajo ser retribuido por el salario, no exonera el empleador de tornarlo efectivo con el desempeño de la actividad.

Tanto que se lo busque en las raíces de la definición del trabajo, más el respectivo contrato presentado en la legislación franquista, o en el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 1, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, el Código del Trabajo de 1926, art. 1, en todos ellos “la participación en la producción abría de conducir al individuo trabajador como llegó a decirse (...)”<sup>292</sup> a hacer parte de una comunidad de trabajo bajo una interesada concepción comunitaria de la empresa, sea cuando se busca apoyo en la “doctrina corriente entre sociólogos y economistas”<sup>293</sup>, en principio, el obrero es un asociado del patrón, cuando colabora a la formación del producto, y en conclusión, “es indudable que existe en el origen del contrato industrial una asociación para un determinado resultado”<sup>294</sup>.

Así puesto, el desarrollo de la actividad laboral por el trabajador es nada más y nada menos que la participación en la producción en la empresa basada en un acuerdo de voluntad a que las partes contratantes no se pueden negar so pena de quebrar el vínculo contractual.

La participación en la organización de la empresa es por lo tanto entendida como “conjunto de elementos dirigidos a la obtención de un determinado resultado

---

<sup>292</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 16.

<sup>293</sup> Ídem, p. 17.

<sup>294</sup> HINOJOSA FERRER, J. de, *El contrato de trabajo, Comentario a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 25. Citado por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa...*, Op. Cit., p. 17

productivo, de un producto o servicio acabado"<sup>295</sup>. De ahí la participación en la producción ser un deber-derecho del trabajador empleado y del empresario.

b) Participación en la vida de la empresa o en la gestión social

Sin menospreciar la importancia donde y como es ejercido el trabajo por el empleado, pero es fundamental para esta parte del estudio que se hace, el contexto en medio del cual se desarrolla la actividad laboral y sus interrelaciones, incluso los soportes de la retaguardia.

Como alerta el doctrinador la participación aquí no puede ser entendida como "participación en la administración y dirección de la sociedad mercantil, sino en la gestión ordinaria de aquellos asuntos que, con independencia del resultado productivo, tienen un efecto directo en el bienestar y seguridad de los propios trabajadores"<sup>296</sup>.

Diferente de la idea del pasado de gestión compartida de la obra social de la empresa, que hoy es concebida más ambiciosamente como la acción social de la empresa, es decir, de la misma forma que la empresa cuida de sus equipos haciendo su manutención o cuando trabaja externamente la imagen de la empresa mejorándola o manteniéndola en buen concepto, de la misma forma que se preocupa en actualizarse técnica y tecnológicamente a nivel de administración, producción y comercio de sus productos así ha de tener cuidados con sus trabajadores, pues de ellos depende el resultado de todo el proceso productivo.

Las medidas recomendadas deben alcanzar no sólo el trabajador y sus familiares, pero también su "entorno social, local o aún más amplio"<sup>297</sup>, alcanzando incluso objetivos que superen los "tradicionales de tipo cultural, recreativo y asistencial"<sup>298</sup>.

La doctrina llama atención para la Propuesta Institucional del Consejo de Europa, al definir "siempre por vía negativa"<sup>299</sup> este tipo de participación como siendo aquella situación contraria al "estado de aislamiento del trabajador, simple ejecutor de órdenes jerárquicas y de tareas sumamente específicas, que no tiene más que un mínimo de

<sup>295</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 279-280. Apud. HEPPLE, B., *Labour Laws and Global Trade*, d. Hart: Oxford and Portland Oregon, 2005, p. 23.

<sup>296</sup> Ídem, p. 280.

<sup>297</sup> *Ibidem*, pp. 279-280. Ápud HEPPLE, B., *Labour Laws and Global Trade*, d. Hart: Oxford and Portland Oregon, 2005, p. 23.

<sup>298</sup> *Ibidem*, pp. 279-280. Ápud HEPPLE, B. "*Labour Laws and Global Trade*", d. Hart: Oxford and Portland Oregon, 2005, p. 23.

<sup>299</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 17.



contactos con sus colegas, con el medio en que trabaja en sentido amplio y con el contexto general de la empresa”<sup>300</sup>.

Más que una condición esencial, la información profesional y social, permite al trabajador valorar las posibilidades de transformación de su marco de vida y hacerse una idea de su posición en el proceso productivo, ella se transforma en la propia participación en la vida de la empresa. Este modelo de participación resulta en una integración mayor del trabajador en la empresa, lo hace sentirse parte de ella, con todos los resultados positivos que pueda obtener.

La “acción social en la empresa”<sup>301</sup> ofrece un abanico muy ancho de opciones que puede emprender la empresa en beneficio del trabajador y de si propia, por medio de acciones internas y externas que pueden alcanzar el trabajador y su familia y que lo hace sentir un prestigiado miembro de la empresa. Cada vez más surgen tipos diferentes de estas acciones, que pueden ser desde vivienda, automóviles, préstamos, gastos de manutención y hospedaje, estudios, planes de pensión, primas, seguros, economatos, bienes, servicios, cestas de navidad, seguridad complementarias y muchos otros.

### c) Participación en la gestión de la empresa o en la dirección

Este es un de los aspectos más polémicos de la participación de los trabajadores en la empresa, participar de la gestión o de la dirección, porque significa ceder parte del poder, o mejor, compartir la autoridad de las decisiones, que implica en oír, discutir, acatar, reformar, modificar, ceder, ponderar, etcétera, cosa que el empresario no quiere o tiene miedo de hacerlo.

Como regla general, quién posee el capital detiene el poder, detiene tecnología también, salvo raras excepciones, puede y casi siempre cada una constituye fuente de poder. Así el empresario que posee el capital empresarial y detiene la tecnología de todas las fases del proceso productivo y de comercialización tiene el poder absoluto, que sólo encuentra limite en la Ley.

En España, como es sabido, la Constitución consagra la libertad de empresa entre los Derechos y Deberes Fundamentales (Título Primero), mientras la participación de los trabajadores la ubicó en el Título que trata de Economía y Hacienda para ser

---

<sup>300</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 17 y 18. Citación del Consejo de Europa, *La participación de los trabajadores en la vida de la empresa*, 1979, trad. cast. Ministerio de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1980, p. 5.

<sup>301</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pp. 288 y ss. En esta obra ofrece un estudio completo de las acciones sociales.

complementada después y fue por la LET como un derecho básico del trabajador. Sin embargo, esa paradoja de libertad del patrimonio preterir él de dignidad del hombre no debe presentar un *capitis diminutio*, o sea, una disminución de aquel derecho del trabajador de participar de la gestión de la empresa, cuando el trabajo no “engrandece”<sup>302</sup> hiere la dignidad, ya que lo priva de su autonomía.

El ánimo demostrado por el legislador constituyente español no ayuda a tornar efectivo más temprano la participación en la gestión, por ser la que goza de más desconfianza de los empresarios, por ser así, durante algún tiempo, ciertos segmentos de la representación de los trabajadores afirmaban que se no eran propietarios del capital de la empresa entonces no tenían que dirigirla, los empresarios que la dirigiesen.

La participación en la gestión es la “capacidad de influencia real y efectiva que la contraparte débil de la relación laboral pueda ejercitar en el seno de la empresa”<sup>303</sup>.

Es importante también clarear el significado de dos expresiones por la confusión que las veces se hace, como se fuesen dos modos de participación distintas, lo que ocurre es que “decisión y gestión (o ejecución si se prefiere) son (...) dos momentos imprescindibles en la consecución de un mismo objetivo, el cual no es otro que la limitación del poder de la empresa”<sup>304</sup>.

La doctrina también distingue “participación en la dirección (según los modelos culturales de tipo latinos) o administración (en los de tipo anglosajón)”<sup>305</sup>, que normalmente en España recibe la calificación de participación institucional. Este modelo es aquel por el cual los trabajadores, por medio de su representante, participan en la toma de decisiones estratégicas de empresa, aquélla a la que parece referirse preferentemente el discurso actual sobre la gobernanza de las sociedades.

Esta participación institucional, modelo corporativo de participación en la dirección y gestión de las sociedades mercantiles que se efectiva por la incorporación de representación de los trabajadores en los órganos de decisión de la empresa tiene su origen en la “experiencia alemana de la cogestión (*Mitbestimmung*) desde 1951, para las empresas mineras y del hierro y el acero y su propuesta legislativa (...) de participación ‘paritaria de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia [*Aufsichtsrat*] de las

---

<sup>302</sup> Vid. Informe SUDREAU, P., pres. Informe del Comité de estudio para la reforma de la empresa (Presidido por P. Sudreau), Ed. MAPFRE, Madrid 1975, p. 59.

<sup>303</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 57.

<sup>304</sup> Ídem, p. 57.

<sup>305</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 280.

sociedades”<sup>306</sup>. La principal influencia para el avance legislativo en Alemania fue el proceso integrador del conflicto de trabajo, una exigencia del esfuerzo de reconstrucción económica en el pos segunda guerra mundial. Estudio a ser profundizado en el Derecho Comparado, todavía por contraste con la situación española se adelanta algunos aspectos.

Aún en Alemania se siguió una legislación de 1952 que trataba de la constitución, régimen y organización social de las empresas que alcanzaba todas las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, con la participación tercia de los asalariados, lo que significa que un tercio de los asientos del Consejo de Vigilancia serían ocupados por representantes de los trabajadores. El paso siguiente en 1976 fue dado al regular la participación de los trabajadores de forma paritaria en las sociedades que empleasen más de dos mil trabajadores, número que se iría reduciendo con posteridad de modo paulatino.

Allá de la paridad establecida en esta última ley aún fue incluido un mecanismo “atemperado”<sup>307</sup> con la designación del presidente del Consejo de Vigilancia y del voto decisorio de éste cuando hubiera empate en la toma de decisión.

La búsqueda por la distribución de poder que se registra en Alemania desde los años 70 con la batalla sindical, misma que en el contexto de las políticas salariales, no fue por la distribución de patrimonio, y si por formas de participación política, “más bien por una cogestión significativa en los Consejos de Vigilancia de las grandes Sociedades Anónimas. La idea era que la cogestión política por la fuerza del trabajo era más importante que la participación económica en los capitales”<sup>308</sup>.

El objetivo de llegar a los Consejos de Vigilancia era garantizar la función de elegir a la Junta Directiva de la empresa y controlar su actividad, siendo que el número de trabajadores en el Consejo puede llegar hasta el cincuenta por cien; sin embargo, fuera del sector del carbón de acero, la representación del capital y de los accionistas continúan teniendo normalmente un peso preponderante.

El Código Alemán de Gobierno Corporativo prevé para el Consejo de Vigilancia tareas y competencias, así es que le atribuye el deber de “asesorar y controlar regularmente a la Junta Directiva en su actividad de dirección de la empresa. Tiene que

---

<sup>306</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 18.

<sup>307</sup> Ídem, p. 19.

<sup>308</sup> EVA KOCHER, *Repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso alemán*, En LANDA ZAPIRAIN, J. P., (coord.) *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. Editorial Bomarzo, Alicante 2004, p. 96.

participar en las decisiones de gran trascendencia para la empresa"<sup>309</sup>. También establece que el "Consejo de Vigilancia nombra y distribuye a los miembros de la Junta Directiva. Debe planificar, junto con la Junta Directiva, la sucesión de cargos a largo plazo (...)"<sup>310</sup>.

En que pese el modelo de doble canal adoptado por el ordenamiento español, a semejanza del alemán, no prevé expresamente un Consejo de Vigilancia, como lo hace con los Comités de Empresa, Delegados de Personal o la Representación sindical por medio de secciones sindicales, en la práctica muchas "instituciones"<sup>311</sup> y "empresas"<sup>312</sup> han criado Consejos de Vigilancia en su seno.

Se percibe hoy una disminución de la resistencia de los empresarios y un interés mayor de las entidades sindicales cuanto a este modelo de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

#### d) Participación económica o financiera en la empresa

A pesar de pequeñas divergencias entre los doctrinadores al clasificar esta modalidad de participación, en esta investigación se hará uso de ambas como sinónimas en la forma que sugiere el título, pero especificando aspectos de una y otra.

La participación económica presenta un creciente número de variables, se fijará en esta parte del estudio aquellas ya consolidadas y, en el tópico relativo a las nuevas formas de participación se analizará aquellas que se encuentran en evolución.

Se puede presentar así las dichas "variables: a participación financiera, participación accionarial, en beneficios, resultados, o las 'stock options'"<sup>313</sup>. Sin perderse de vista el trazado principal de esta investigación, o sea, la auténtica participación que implique en la determinación de las decisiones estratégicas de la empresa, se hará también, de forma un poco marginal, referencias a fórmulas de participación económica que son propias de una política salarial o de rentas, hasta hacia distinguirlas.

<sup>309</sup> Vid. Código Alemán de Gobierno Corporativo. Dirección: <<http://www.corporate-governance-code.de/es/kodex/5.htm/>>. 20 marzo 2007.

<sup>310</sup> Vid. Código Alemán de Gobierno Corporativo. Dirección: <<http://www.corporate-governance-code.de/es/kodex/5.htm/>>. 20 marzo 2007.

<sup>311</sup> Vid. ASOCIACIÓN GANADERA LOCAL DE TIZIMIN. Dirección: <<http://www.mexicoganadero.co/agltizimin/capitulo7.htm>>. 22 mar. 2007.

<sup>312</sup> Vid. ENDESA. Dirección: <<http://news.google.es/enes?q=Endesa+consejo+de+vigilancia&h/=es&um=18sa=X&oi=enes&ct=title>>. 22 marzo 2007.

<sup>313</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 281.

En sede de participación financiera en la empresa se puede constatar un largo recorrido institucional en España desde el “histórico ‘accionariado obrero’ de resonancias filantrópicas”<sup>314</sup> pasando por las renovadas formas de participación en la propiedad o capital de las sociedades mercantiles, fórmulas que llevan los trabajadores adquirieren la condición de accionistas y en consecuencia partícipes de su capital, manteniendo su condición de trabajador asalariado, hasta llegar al máximo exponente que es las sociedades laborales.

Otras formas evolucionadas dentro de la economía social están las cooperativas de trabajo asociado y más allá los sistemas retributivos que estimulan de modo variable la productividad colectiva y el compromiso de los trabajadores con la actividad empresarial o caminan para la participación de los empleados en los beneficios de la empresa por la distribución de una parte de los beneficios o resultados empresariales.

Estas fórmulas de participación desarrolladas se basan en planes de previsión y de ayudas sociales para los trabajadores de la empresa.

De parte del legislador comunitario se puede extraer dos instrumentos normativos significativos, la Recomendación 92/443/CEE, de 27 de julio, que trata del fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). El otro documento importante es la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores (COM [2002] 364 final).

La clasificación más común de la participación económica es la que agrupa en dos campos, en uno la participación en la propiedad, o sea en el capital social de la empresa por medio de accionariado obrero, y el otro la participación en los resultados que nada más es que la participación en los beneficios de los trabajadores. Ambas las modalidades de participación poseen importantes variantes y múltiples matices cuyas principales serán objeto de un sencillo estudio.

#### 1) Participación en la propiedad de la empresa

Aquí no se trata de capacidad de influenciar en las decisiones que afectan a la empresa o su funcionamiento ordinario, pero de participación del trabajador en la propiedad o su capital, sin embargo el título de copropietario faculta a los trabajadores serien copartícipes en los resultados obtenidos por la empresa, el que se tradujo en recibimiento de parte de los beneficios.

---

<sup>314</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 19.

Lo más conocido y usado instrumento de la participación de los trabajadores en la propiedad es el accionariado obrero o “accionariado social”<sup>315</sup> que se revela en una fórmula de participación que consiste en otorgar a los trabajadores cierto número de acciones de la empresa, convirtiéndoles así en propietarios de una porción del capital de la misma. El doctrinador ofrece un conjunto de técnicas de adquisición de acciones más frecuentes a saber:

- cesión gratuita de acciones ya existentes;
- creación de nuevas acciones mediante ampliación de capital y su destinación a los trabajadores;
- facilitación de créditos a los trabajadores para a la compra de acciones de la empresa;
- generación de un derecho de suscripción prioritario a los trabajadores en ampliación de capital; y
- colaboración del poder público a través de medidas fiscales junto a la empresa que repercutan en las bonificaciones y en acciones para los trabajadores.

Conviene advertir que las acciones de clase laboral son sometidas a importantes limitaciones que acaban por desvelar el auténtico propósito que es el aseguramiento de la paz social, la sustitución de salarios en dinero por salario en especie, así como el mantenimiento de un volumen elevado de negociación de los títulos en los mercados de valores.

Para mayor claridad se presenta una “clasificación de accionariado obrero en función de distintos criterios”<sup>316</sup> ofrecidos por el doctrinador:

- por el modo de implantarse, puede ser unilateral, convencional y legal.
- por la forma de adjudicarse las acciones de trabajo, accionariado individual, colectivo o sindical.
- por los trabajadores que abarque, accionariado total y parcial.
- por los derechos que contengan las acciones de trabajo accionariado obrero general y restringido.
- por su finalidad, accionariado obrero motivador o gratificador.

Las modalidades de participación del accionariado obrero se reducen todas a un mero sistema atributivo o sea, una variante de participación en los resultados, sin la virtud de influir sobre la toma de decisión en la empresa.

---

<sup>315</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 59. Cita el término “accionariado social” usado por (E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Los acuerdos de accionariado social: la experiencia de la empresa CAF de Guipúzcoa*, TL, 41, 1997, p. 195).

<sup>316</sup> Ídem, pp. 59 y 60. Cita distintos criterios de clasificación del accionariado obrero ofrecida por J. JIMÉNEZ GARCÍA, *Participación y control en la empresa*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria 1994, pp. 43-44.

Una modalidad de participación en la propiedad es las “opciones sobre acciones” más conocidas, sin embargo, por el término anglosajón original de *stock options*<sup>317</sup>, dirigida especialmente para directivos de la empresa que hayan cumplido determinados requisitos de antigüedad en ella, u otros más. Este es un tipo de participación no reglamentada aún, el que tiene generado muchos debates doctrinales en relación a su sistema retributivo variable, y por su posible naturaleza salarial, de los administradores, altos cargos de las sociedades y asimilados y de los trabajadores también.

Esta falta de reglamentación ha llevado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a se pronunciar como hizo por la Sentencia de 4 de febrero de 2002 (RJ 2002/3276) donde reafirma que los “Planes anuales con regulación propia de *stock options* (decididos unilateralmente por la empresa)”<sup>318</sup>, tiene las ganancias garantizadas.

Muchas discusiones en los Tribunales tienen caracterizado su naturaleza salarial porque se está delante de un concepto retributivo nuevo.

Ahora bien, estos modelos de participación económica no pretenden otra cosa si no fidelizar al trabajador con su empresa y muy especialmente a los administradores y cuadros directivos de la misma, con la estabilidad de la plantilla e incremento del rendimiento y productividad de la empresa. No se puede dejar de concluir que la repercusión por la adquisición de acciones por los empleados es pequeña, en relación a la toma de decisión y gestión de la empresa.

## 2) Participación en los beneficios

La historia de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas en España se asentaba en la Constitución de la Segunda República, “art. 46”<sup>319</sup> de la misma forma es sabido que no se vincula al derecho de propiedad de la empresa y de ahí no sostener derechos de participación en la dirección o gestión de la empresa.

---

<sup>317</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 60.

<sup>318</sup> Ídem, p. 61. Reproduce la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que confirma: “El empleado que se adhiere al Plan y ejercita el derecho de opción puede adquirir en el futuro en los plazos y condiciones establecidos en el Programa, y al precio de la acción en la fecha señalada del año en que ejercita la opción, el número de acciones ofrecidas en el programa. De esta manera, si al tiempo de adquirir las acciones el precio de ellas ha subido la ganancia será la diferencia entre el precio fijado al momento de ejercer la opción y el precio de la acción en el mercado en el momento de adquirir las acciones. La opción otorga el que el empleado cuando ejerce el derecho de adquisición, pueda elegir entre consérvalas o venderlas simultáneamente. En este último caso percibirá la diferencia entre el precio fijado de la acción en el momento de ejercitar el derecho de opción y el precio de la acción en el momento de venta”.

<sup>319</sup> Vid. Constitución de 1931, artículo 46, establece: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará [...] la participación de los obreros en la dirección, administración y los beneficios de las empresas, todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.

Por el derecho de participación en los beneficios el trabajador recibe parte de los resultados de la empresa que procede de obligación legal o convencional (o en algunos otros casos, minoritarios ciertamente, por voluntad unilateral del empresario) e independientemente de que los trabajadores sean titulares de parte del capital social de la empresa.

Dentro de un esquema sencillo se puede decir que la participación en beneficios responde por los siguientes aspectos:

- “consiste en la distribución de un porcentaje del beneficio empresarial entre los empleados de la compañía”<sup>320</sup>;

- el fin perseguido es hacer coincidir los intereses de los empleados con los de los capitalistas cuyos beneficios quedan determinados proporcionalmente al resultado anual de la organización al objeto de incitar al incremento de la productividad;

- su implementación depende de los requisitos necesarios y esenciales a saber: participación libre y voluntaria; naturaleza de complemento del salarial normal; cuota vinculada a existencia de eventuales beneficios; participación sólo en relación a los beneficios y no a las pérdidas.

En la realidad de España esta es una modalidad distinta de la participación en la propiedad de la empresa, o sea una participación en beneficios, “que debe ser conceptuada como complemento salarial de acuerdo con lo previsto en el art. 26.3 LET”<sup>321</sup>.

Algunos cuestionamientos sobre una pretensa ligación entre la participación en los beneficios y la presencia de un contrato de sociedad, no tiene cabida pues no existe el *affectio societatis*, de ahí aseverar el doctrinador “que los trabajadores no se corresponsabilizan en las pérdidas, carecen por completo de poderes de administración y la nota de la dependencia es plenamente vigente y permanece en la relación”<sup>322</sup>, incluso la ajenidad y la subordinación.

Las tendencias detectadas en la práctica en España, después de la entrada en vigor de la LET, la participación en los beneficios no ocupan una posición central en la

---

<sup>320</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 65. Propuesta por el observatorio de la negociación colectiva de la Confederación Sindical de CCOO.

<sup>321</sup> Ídem, p. 65. ET, artículo 26.3, dispone que: “Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual se determinará la estructura o, salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de [...] la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme los criterios que a tal efecto se pacten”.

<sup>322</sup> JIMÉNEZ GARCIA, J., *Participación y control en la empresa*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria 1994, p. 37. Citado por GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 66.



negociación colectiva y más, que los convenios colectivos muestran la participación en beneficios configurada más bien como una paga anual de cantidad fija o variable a abonar en determinados meses del año, llegando mismo a prever una vez al año o percibirse al final de la vida laboral.

Así puede ocurrir, por veces, que normas sectoriales vengán establecer una “participación en beneficios que no conserva de ésta más que el nombre, al estar fijadas como pagas o gratificaciones extraordinarias de cuantía prefijada y sin ninguna relación con los resultados reales de la explotación”<sup>323</sup>.

Dentro de la amplia noción de participación económica en la empresa se vio la participación en beneficios como resultado de la participación en la propiedad y la participación en beneficios como complemento salarial. En definitiva la repercusión de cualquiera de estas formas en la toma de decisión y gestión de la empresa es mínima o no existe.

#### e) Otras clasificaciones de la participación

##### 1) Participación interna y externa

Algunos doctrinadores consideran aún entre las diversas formas presentadas los modelos de participación interna y externa de los trabajadores en la empresa. La primera consideración a ser hecha es que la adopción de una no excluye la otra, o sea no son excluyentes entre si.

Está casi completamente superado el entendimiento que la participación interna era propia del modelo de relaciones laborales integrativo o gestional y por su vez la participación externa correspondía al modelo conflictivo. Otra de estas asociaciones que no tiene más cabido era el de asociar en términos absolutos la participación interna con la democracia industrial y la participación externa con el control obrero. Son clasificaciones superadas porque en su tiempo los interlocutores sociales utilizaban estrategias de implicación de los trabajadores que enmarcaran un periodo en la evolución de los actuales, pero no se adecuan al momento que se vive hoy, las exigencias son diferentes.

Es necesario recordar que tradicionalmente en España la participación de los trabajadores en la empresa siempre estuvo relacionada a una relación laboral conflictiva y la implicación de representante de los trabajadores en los órganos de dirección y

---

<sup>323</sup> JIMÉNEZ GARCIA, J., Participación y control en la empresa, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria 1994, p. 37. Citado por GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, pp. 66 y 67.

gestión interna de la empresa fuera durante un buen tiempo repudiado por las entidades sindicales por razones de creencia de sujeción e inferioridad.

#### - Participación interna

Este tipo de participación se manifiesta en el interior de la empresa con la efectiva actividad desarrollada por los representantes de los trabajadores, sea por elección o indicación sindical, en los órganos de administración y dirección, pero, como alerta el doctrinador, no debe ser "asimilada única y exclusivamente con la integración de los representantes"<sup>324</sup>.

La participación interna presenta múltiples opciones de criterios de abordaje de los cuales son ejemplos:

Primero, criterio que leva en consideración la estructura de la sociedad y de órgano de decisión y que se distingue entre el sistema monista, representado por el Consejo de Administración y el dualista también formado por Consejo de Vigilancia.

Segundo, criterio que considera la forma de designar los representantes de los trabajadores, de ahí se pudiera tener el hecho por elección directa, designación sindical o cooptación.

Tercero, el criterio centrado en la composición de la participación en los Consejos que puede ser paritaria, aún que minoritaria respecto a los representantes de los accionistas, o paritaria equilibrada en función de la presencia minoritaria de terceras personas designadas conjuntamente por la partes, esta es conocida por la fórmula  $2x + y$  y del comité desarrollado por "Bullock"<sup>325</sup>.

Cuarto, el criterio que se basa en las materias objeto de decisión común.

Cualquier de las variantes presentadas es siempre una constante el "papel activo del sindicato en los procesos de designación de representante de los trabajadores"<sup>326</sup>.

#### - Participación externa

Al inverso de la interna, como es obvio, la participación externa implica ausencia de representación de los trabajadores en los órganos de dirección y administración de la empresa. Una parte de la doctrina identifica este sistema con el adoptado por el actual ordenamiento jurídico de España, o sea el modelo de doble canal de representación de los trabajadores, es decir, con la representación unitaria y con la representación sindical.

<sup>324</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 68.

<sup>325</sup> ADOLF STURMTHAL. *Relations/Industrial relations*, vol. 32, n<sup>o</sup> 3, 1977, p. 299-309, Fórmula desarrollada por Lord Bullock para un modelo de codeterminación: " $2x + y$ ".

<sup>326</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa...*, Op. Cit., p. 68.

Así se tiene en el Estatuto de los Trabajadores la representación unitaria por medio de los Delegados de Personal, art. 62.1 y el Comité de Empresa, art. 63.1 y por su vez en la LOLS, la representación sindical, con las Secciones Sindicales en el art. 8.1.a) y los Delegados en el art. 10.1.

En la participación externa del representante sindical de los trabajadores o de representantes unitarios no ocurre la integración de los mismos en los órganos de decisión y gestión de la empresa o centro de trabajo, por esto no se está en presencia de auténtica participación, sino delante al ejercicio de la representación prevista en el ordenamiento laboral de España.

Otras formas de participación son apuntadas por la doctrina allá de la anterior estudiada, en este caso es la participación que se desarrolla en esta investigación que es la directa y la indirecta.

## 2) Participación directa e indirecta

En el mismo sistema laboral se puede contar con las formas de participación directa e indirecta hasta que simultáneamente, mientras observado el sistema adoptado por el ordenamiento jurídico en España es preponderante la participación indirecta sea por cualquier de las vías, electiva o sindical, en “detrimento de la participación directa”<sup>327</sup>.

La participación directa es aquella en que los trabajadores individuales participan personalmente en el poder empresarial para organizar el trabajo y cuyas decisiones son tomadas en equipo. De otra forma la participación indirecta se ejerce por medio de representantes sindicales entre trabajadores que llegan a estas funciones elegidos en el seno de los órganos de participación, o los representantes sindicales por ellos indicados.

Aunque la Constitución no haga remisión expresa sobre la participación directa, no obstante, no deja de legitimarla mismo cuando el art. 129.2 CE no se refiere expresa y obligatoriamente al ejercicio de la participación mediante representación, de ahí da cabida a la entrada a la práctica de la participación directa de los trabajadores.

El derecho de participación de los trabajadores de forma directa representa una perspectiva para el futuro de mejor desarrollo abriendo un nuevo espacio de actuación al “margen de los órganos de representación, tal y como reconoce expresamente la LET

---

<sup>327</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 70.

en sus arts. 4.1. g) y 61, desarrollo de lo establecido en el art. 129.2 de la Constitución”<sup>328</sup>.

La participación indirecta es la realidad actual en España y que no ha cambiado, pues siempre fuera así por lo menos en las normas. La participación indirecta es concretada “a través de los canales representativos (ya sean unitarios o sindicales) a que se emplea en la participación interna o externa y, a su vez, en cualquiera de los niveles y grados de participación en las decisiones y/o gestión”<sup>329</sup> de las relaciones laborales.

Inspirado en el principio de la democracia directa el sistema de asamblea de trabajadores consiste en que la totalidad de los trabajadores se reúne para deliberar, sin mediación de órganos representativos. En España y su modelo dual de representación, “la asamblea no es un cauce normal de representación”<sup>330</sup>.

En este sentido puede ser que en el futuro la asamblea venga a constituirse en una fórmula de legitimación democrática del conjunto del sistema sindical, sin embargo la realidad actual es que ella “no se configura en el modelo estatutario de representación como una forma organizativa directa de la autotutela de los intereses de los trabajadores”<sup>331</sup>. Así también lo entiende la Sala IV del Tribunal Supremo en su pronuncia por la Sentencia de 19 de enero de 2004 (rec. 4179/02) al señalar que “la asamblea de trabajadores no es un órgano representativo, si bien constituye el instrumento previsto para encauzar la expresión directa de la voluntad de los trabajadores sobre los asuntos incluidos en el orden del día (art. 77 ET)”<sup>332</sup>.

El fundamento jurídico de la asamblea empieza en el art. 21 de la Constitución que trata de derecho de reunión pacífica, sigue por el art. 4.1.f) LET que contempla el derecho laboral básico de reunión y que a final es desarrollado en los arts. 77 hasta 80 del Estatuto.

Como acentúa el doctrinador “las restricciones a que se encuentran sometidas las asambleas de trabajadores como institución de participación directa son sin duda superadas por las que se puedan encontrar al analizar el referéndum”<sup>333</sup>. Se existe alguna referencia al referéndum en el Estatuto de los Trabajadores ella debe estar comprendida en el art. 80 al tratar de votaciones.

---

<sup>328</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 71.

<sup>329</sup> Ídem, pp. 71 y 72.

<sup>330</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 228.

<sup>331</sup> Ídem, p. 228.

<sup>332</sup> *Ibidem*, pp. 228 y 229.

<sup>333</sup> GARCIA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUARÉZ, J. A., *Acción social en la empresa...*, Op. Cit., p. 74.

### 3.2. Nuevas formas de participación

Para buscar el nuevo en materia de forma de participación, con anticipación es de buena praxis que se haga una mirada bajo una “perspectiva distinta del modo tradicional de entender y definir la noción de Empresa en el Derecho del Trabajo”<sup>334</sup>, es decir, que es preciso ver la institución donde se desarrollan los procesos de participación no tan solo dentro de los conceptos del modelo social y laboral, de la “concepción estática de la empresa como empresa-organización”<sup>335</sup> que tiene servido perfectamente a los modelos de participación en beneficios, gestión social, organización de los sistemas productivos, pero que parece no atender completamente a la dimensión compleja de la actual realidad.

Todo indica que el camino es la comprensión de su nuevo perfil la “‘empresa-actividad’, como organización que actúa sobre el mercado de bienes y productos, no sólo ofreciendo lo que hace o produce, sino interactuando con el mercado para mejor posicionarse competitivamente dentro de él”<sup>336</sup>, en este ambiente es que se debe desarrollar los nuevos modelos de participación.

La actuación de esta empresa-actividad se procesa en “función de sus propias opciones ‘éticas’, y de acuerdo con sus compromisos y responsabilidades con su entorno (político, social y ambiental)”<sup>337</sup>, como sus actividades muchas veces no ocurre en un contexto de transparencia y de democracia espontánea, de ahí la necesidad de la construcción normativa en la región geopolítica europea.

El tema de la empresa junto con su gobernanza está a merecer un trato de una tese doctoral y por esto viene siendo objeto de estudio en conjunto con el de este trabajo de investigación, así es que los enfoques innovadores en el discurso político europeo sobre participación que implica en el gobierno de la empresa y que serán analizados a seguir.

#### a) Propuestas comunitarias innovadoras para la participación

En el momento actual lo que viene cambiando en la organización del trabajo en la empresa es la exigencia de menos reglas y regulaciones menos rígidas que pueden ser atendidas por los convenios colectivos, pero en contrapartida se ha de ampliar formas de participación de los trabajadores, lo que confirma el doctrinador la necesidad que tiene la empresa moderna de la “cooperación activa de sus trabajadores y su adhesión a objetivos flexibles (...) elementos que favorecen fórmulas participativas (...) de

<sup>334</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 281.

<sup>335</sup> Ídem, p. 281.

<sup>336</sup> Ibídem, p. 282.

<sup>337</sup> Ibídem, p. 282.

administración de las relaciones de trabajo, y hacen menos deseables la producción de normativas uniformizadoras”<sup>338</sup>.

El debate europeo gira en torno de la búsqueda de superación del modelo clásico conflictivo de las relaciones laborales por otro más cooperativo, basado en la integración de modelos variados de participación en la empresa que pueda enfrentar mejor a los nuevos desafíos de la competencia a nivel global, ya que ni los argumentos de intereses nacionales utilizados por los poderes públicos tienen demostrado eficacia frente a “las oleadas de `reestructuraciones’ (sea cual fuera su causa) que, de tiempo en tiempo, afectan a los grandes sectores productivos”<sup>339</sup>.

Por otro lado, influenciado por el impulso innovador proveniente de UE, es visible el cambio, si bien que parcial, de los sindicatos en España que empiezan a interiorizar el discurso participativo, bien como las esferas del gobierno con la aprobación y subsiguiente transposición de las Directivas 2001/86/CE, de 8 de octubre sobre la Sociedad Europea y de la Directiva 2003/71/CE, de 22 de julio, sobre Sociedad Cooperativa Europea.

Muchas son las estrategias que se viene desarrollando en el espacio comunitario, de entre ellas merece destaque las políticas de gestión de calidad, las de implicación de los recursos humanos con la noción de responsabilidad social por su conexión con la participación de los trabajadores en la empresa.

#### 1) Políticas empresariales de gestión de la calidad

El nuevo enfoque de la gestión de los recursos humanos de la empresa, es una tendencia innovadora que viene ganando terreno, por su vocación generalizadora alcanzando grandes y medianas empresas y que ya cuenta con varias experiencias de suceso.

Un de los más significativo ejemplo es “los sistemas (toyotistas) TQM (*total quality management*’), los protocolos y normas para gobernar una producción de calidad total (ISO u otras), basadas en una organización de trabajo en ‘círculos de calidad’, ‘grupos por áreas de especialidad’, ‘rings’, ‘circles’, etcétera”<sup>340</sup>, que tiene como objetivos específicos: contribuir para mejora permanente y la gestión de las propias competencias en el trato con clientes o proveedores; incrementar la calidad de la producción de la

---

<sup>338</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 284.

<sup>339</sup> Ídem, p. 285.

<sup>340</sup> Ibídem, p. 352. ISO es la sigla de *Internacional Organization for Standardization*.

empresa; y favorecer la revalorización del factor humano por el reconocimiento de su capacidad laboral, su polivalencia funcional y su progresión profesional.

Las estrategias para alcanzar estos avances son la implantación de sistemas de formación continua/promoción interna, etcétera. Al tiempo en que los trabajadores son calificados al factor trabajo, también mejora su probabilidad futura de conseguir empleo en vista del mercado de trabajo.

Con la adopción de este sistema los RR.HH. son desplazados para el centro de las decisiones sobre organización productiva, dando entrada a cada elemento del grupo o equipo de trabajo en la gestión y adopción de las decisiones productivas.

Tienen también demostrado auspiciosos resultados la política de “generación de sistemas productivos basados en el *‘knowhow’*, centrados en una fuerte valoración de los RR.HH”<sup>341</sup>. Las consecuencias que se pueden extraer son un incremento de la acción social de la empresa hacia sus empleados, que por su vez favorece la adaptación del trabajador al modelo de producción de su empresa, atiende a la necesidad de conciliación de su trabajo con sus expectativas de orden familiar y de diversas otras esferas como formativas, culturales, sociales o recreativas, contribuyendo para su satisfacción personal y también su identificación con su ambiente de trabajo allá de reconocimiento y fidelidad a su empresa.

Esa acción social será objeto de una gestión participativa con los propios interesados, en principio, a través de la intervención del comité de empresa de acuerdo con el convenio colectivo en vigor, como previsto en el art. 64, 1º LET. Esta es una típica gestión participativa alcanzada por medio de una negociación colectiva gobernada desde sus tratativas en ámbito participativo.

Con estas “tendencias innovadoras en política de personal se abren cauces importantes a la participación”<sup>342</sup> que se desplazan por los ámbitos de la organización productiva, por la gestión de la acción social de la empresa que, por su vez, genera órganos específicos de participación en materias concretas y también canalizando la orientación de los cambios, bien como su gestión por medio de los acuerdos de negociación colectiva, por donde debe pasar las cuestiones en análisis.

En este punto no se puede hurtar de hacer un estudio específico del tratamiento diferenciado de los ámbitos participativos cuanto a la organización de la producción y cuanto a la gestión de la acción social en la empresa.

---

<sup>341</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 353.

<sup>342</sup> Ídem, p. 354.

- La competitividad y la específica política de gestión de los RR.HH. y sus reflejos.

En el auge de la crisis de los años 70 se desarrolla la “tendencia hacia una organización del trabajo basado en la cooperación y el interés común (*partenariant*)”<sup>343</sup>. Esta nueva organización del trabajo ha de ser capaz de conciliar las necesidades de una empresa flexible con la seguridad, incluso servir a defensa de los puestos de trabajo, en una época de desempleo como fuera aquella, por medio de una organización del trabajo más productiva, participativa y cualificante.

Los países miembros de la Comunidad experimentaran desarrollo diferenciados de aquellas tendencias de organización del trabajo sea por la natural resistencia a los cambios, sea por las dificultades de toda orden y grados diferenciados de naturaleza interna. España, por ejemplo el objetivo de una organización flexible del trabajo no tubo el avance esperado prueba de ello son los arts. 40 y 41 LET y otros, pues las reformas legislativas no fueran favorables a la participación, se manteniendo en la línea del modelo tradicional de información, consulta, negociación (con o sin acuerdo), la posibilidad de una gestión participativa se orientó para los instrumentos de una negociación colectiva.

Un marco en estos avances es el protocolo de organización del trabajo de la EFQM – *European Foundation for Quality Management* que se traduce en el fomento de un modelo de organización productiva que incorpore una metodología que tiene como “principios de actuación: la creatividad, la innovación, la transparencia y el ‘*partnership*’”<sup>344</sup>, significando este la capacidad de “desarrollar alianzas que añadan valor, hacia dentro (inspirada en una ética de igualdad y de justicia hacia las personas de la corporación industrial, empleados, *managers*), como hacia fuera, hacia su entorno social y medioambiental”<sup>345</sup>. A pesar de la tímida acción del legislador varias empresas españolas bien como muchas compañías europeas han puesto en marcha el protocolo de organización del trabajo de la EFQM, el que privilegia acciones de participación.

Algunas conclusiones se pueden extraer, la primera es que el modelo teórico se inspira claramente en los objetivos de la CSR; la segunda es que por si sola la metodología EFQM no parece indicar un cambio de tendencia hacia la “plena incorporación de los trabajadores en la empresa-actividad (un *co-management*, más o

---

<sup>343</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 354. Política auspiciada desde la Comisión Europea en su Libro Verde “Cooperación para una nueva organización del trabajo”, Bol. de la Com. Eur., Supl. 4/1997, cit., p. 5.

<sup>344</sup> Ídem, p. 355.

<sup>345</sup> *Ibidem*, pp. 355 y 356.



menos comparable a la cogestión alemana)”<sup>346</sup>; la tercera es que al contrario a la cogestión, el modelo se orienta de forma exclusiva hacia una nueva organización del trabajo, que por sus fundamentos demuestran su potencial innovador.

Este nuevo modelo de organización del trabajo se basa en principios cuyos fundamentos fornecidos por la doctrina pueden ser así resumidos: la cultura de la confianza recíproca, la atribución de funciones según las competencias profesionales de cada cual, el trabajo integrado en procesos organizativos claros y previamente diseñados, el reconocimiento de los méritos y de la aportación de valor añadido de cada un, la innovación y mejora permanente de los procesos productivos, en un entorno de seguridad e igualdad.

Pero, ni todos los aspectos de la relación laboral es alcanzado, así es que los estándares salariales seguirán siendo garantizados por el procedimiento de la negociación colectiva. Está claro que en momento alguno este nuevo sistema amenaza o pone en peligro el tradicional modelo de representación-negocial que continua con su espacio reconocido y garantizado. Es importante estar atento al alerta del doctrinador que duda “de que esta metodología pueda funcionar sin un esquema de participación ‘ad hoc’ conciliable con la estrategia sindical reivindicativo/negociadora”<sup>347</sup>.

Un sistema de organización productiva como esta, orientado por la meta de la mejora continua de la competitividad temprano o tarde ha de pasar por buenas prácticas que impliquen el acuerdo previo con los agentes sindicales representativos en la empresa.

Tanto la nuevas tendencias en la organización de la producción cuánto su repercusión en las políticas empresariales de RR.HH. es de gran interese, a pesar de que ni siempre se planteen con base en el incremento de la participación de los trabajadores, sin embargo el problema está en su credibilidad cuando la realidad no corresponde a las propuestas pues acompaña reestructuraciones que comprometen aquellas metas, empleos de baja calidad o mal remunerados, generando un entorno de inseguridad laboral.

De un lado, el trabajador porque más cerca de los problemas de la organización del trabajo lo conoce por dentro, y que su implicación/participación es la solución, de otro la empresa moderna que busca el compromiso y la cooperación de sus RR.HH., no puede garantizar la seguridad de sus empleados.

---

<sup>346</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 356.

<sup>347</sup> Ídem, p. 356.

Existen dos propuestas que para los tiempos actuales son muy poco factibles porque dependen de que los empresarios asuman el compromiso de garantías a los trabajadores, que en primera opción mejora sus oportunidades en conseguir empleo y ayuda a encontrar un nuevo trabajo, mientras que la empresa no desapareciese, esta es conocida por "*employability contract*"<sup>348</sup>; en la otra opción para que el empleador consiga el compromiso y la cooperación del trabajador, hay que confiarle "responsabilidades típicas de la experiencia de un propietario de la empresa: *autonomy, voice, and profit-sharing*"<sup>349</sup>. Bien, como dice el doctrinador se está cultural y jurídicamente mucho lejos todavía de los cambios que dan cauce a la aplicación de cualquier de ellas.

- La acción social en la empresa

Las nuevas políticas de RR.HH. tienen como consecuencia la revalorización de la acción social de la empresa, muy distinta de la obra social del empresario, esta incluso no tiene cabida en este estudio, también su ligación a nuevos sistemas de remuneración de cualquiera matiz pierde el interés de esa investigación.

También puede ser que su utilización venga responder a compromisos o operaciones de buena imagen corporativa derivados de los códigos de conducta, o de la CSR.

Otro tipo de acción social son los beneficios marginales o accesorios de naturaleza extrasalarial, (el *fringe benefits*), pues no tiene fin de retribución del trabajo, y que se constituyen en actividades financiadas por la empresa. Por un lado con acciones que repercuten positivamente en la aceptación social de la actividad de la empresa, y por otro, la dirigida a los empleados para la mejora de la satisfacción en el trabajo contribuyendo de modo general a la mejora de la productividad.

Es importante que la acción social interna y la que se ejerce sobre el entorno social y cultural de la empresa sea acompañada de una simultánea revalorización de la participación de los trabajadores en la gestión de la misma, hasta porque el legislador español asigna esta materia al tratar de la participación del Comité de Empresa.

Llama atención el dispuesto en el art. 64.7, 3º, b) LET que se refiere a la participación en la gestión de la acción social. Se abandona a una fórmula de gestión particularizada de las ventajas accesorias que constituyen la acción social de la empresa, para ceder espacio a la intervención de formas de participación como alternativa a la negociación colectiva curiosamente en el único campo donde la Ley disponía la intervención del Comité como órgano de participación.

---

<sup>348</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 358.

<sup>349</sup> Ídem, p. 358.

Existen estudios doctrinarios profundizados y amplios sobre “acción social en la empresa”<sup>350</sup> como forma de participación de los trabajadores.

## 2) Adopción de códigos de conducta o compromisos morales

Los Códigos de conducta, *soft law*, código ético, o código de conducta-tipo son auto-regulaciones internacionales de carácter voluntario y adoptado unilateralmente por empresas multinacionales para regular su propia conducta o la conducta en su ámbito, extraña al Derecho español, pero que van surgiendo y se integrando en el Derecho Internacional del Trabajo. Por medio de ellos se supone que las empresas que o adopten “asuman ciertas ‘obligaciones morales’ a fin de que sean tenidas en cuenta y respetadas en sus sucursales, filiales, o proveedores, contratistas (en algún caso), etc., por todo el mundo”<sup>351</sup>.

Así cada empresa cría normas de conducta interna que compondrán su código-tipo generando así aparición de normativas o estándares generales para un código de conducta empresarial básico. Este fenómeno viene se expandiendo entre las empresas principalmente las grandes multinacionales hasta las que tienen una actividad transnacional, y para el futuro en el ámbito europeo podrá alcanzar grandes y pequeñas empresas.

En cuanto esos códigos funcionan como auto regulación interna existe una variante que es la certificación de empresas socialmente responsables, que actúa a la manera de una presión externa. Este sistema de presión proviene de clientes y del mercado con repercusión sobre proveedores que son influenciados o mismo exigidos a requerimiento de las organizaciones de consumidores y que se extiende como un comportamiento moral exigible al conjunto de las empresas manufactureras, con independencia de su origen.

El Código de Conducta como clave para regular ciertos comportamientos de las empresas que escapan al Derecho interno de los países donde tienen su domicilio social mismo cuando esto no ocurría, su Derecho era mucho más flexible que el de los otros países donde se residenciaba la competencia.

Su adopción tanto puede repercutir sobre las relaciones internas de la propia empresa, bien como influir en su estrategia organizativa y también implicar a los trabajadores de la empresa. Sin duda como afirma el doctrinador “esta técnica de

<sup>350</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 283 y ss.

<sup>351</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 329.

regulación '*soft law*' es especialmente importante en este momento para desarrollar en Europa – tal y como señalaba con anterioridad – la moderna idea de la CSR<sup>352</sup>.

Al tiempo que se pretende con los códigos de conducta implicar los trabajadores en la empresa a nivel europeo, surgen los planteamientos por parte de las organizaciones sindicales, en el sentido de que estos códigos sean aprobados en el marco de un acuerdo bilateral con los sindicatos o sus organizaciones internacionales.

En los casos de empresas europeas la Directiva que creó los Comité de Empresa Europeos permite por su vez a los trabajadores tener un interlocutor adecuado para la negociación en el nivel de la empresa o grupo transnacional, incluso esta normativa europea establece la posibilidad de se utilizar el acuerdo, o pacto de la empresa o grupo para aprobación de códigos de conducta sobre responsabilidad social de la empresa.

El desarrollo de este tipo de normativa voluntaria y autónoma tiene servido para una regulación realista de la RSE, coherente con los principios de implantación de una responsabilidad social de las empresas que están siendo implementadas por la Unión Europea. La consecución de un código que repercute en los intereses de los trabajadores, mediante el trámite del acuerdo con el Comité de Empresa Europeo (EWC) es “coherente con el diseño de ese código de comportamiento éticamente correcto de la empresa”<sup>353</sup>.

Existen otros objetivos que se alinean con aquellos y que son cubiertos por la RSE en el ámbito externo a la organización, al desarrollar su actividad de manera respetuosa con el medio ambiente y con el entorno económico-cultural de la empresa.

Hay dudas que permanecen, si el acuerdo colectivo consecuencia de la intervención de los Comités europeos es capaz por sí mismo de influenciar la toma de decisión de la sociedad mercantil sobre la ejecución y seguimiento de otros temas de su interés y de los trabajadores.

Un cuestionamiento que puede surgir cuanto a la coerción de las normas adoptadas, del punto de vista del Derecho español, si el código fue adoptado en el marco de un convenio colectivo abrigado por el Título III de la LET, debe adquirir capacidad de coerción, incluso la responsabilidad civil derivada de culpa contractual o extracontractual por incumplimiento o efectos dañosos, abriendo cauce a la utilización del proceso especial de conflicto colectivo ante al jurisdicción social. Y más, no sería óbice la existencia de mecanismos internos de participación de los interesados en

---

<sup>352</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 330.

<sup>353</sup> Ídem, p. 331.

aquéllos ámbitos del gobierno de la empresa, pues el establecido en los códigos de conducta han de ser respetados en su plenitud.

Con el desarrollo de las estrategias de RSE, las empresas ganarían credibilidad, principalmente si a su aplicación y desarrollo se incorporan mecanismos de participación de los trabajadores, así como con toda probabilidad también, se implicará a otras clases de agentes externos.

Un mecanismo que despierta interés y debate en la actualidad es el Código Conthe del buen gobierno de las sociedades cotizadas, que se basa en la voluntariedad, con sujeción al principio de cumplir y explicar y que más no es la obligación de las sociedades cotizadas seguir o no las recomendaciones del código, y en caso de no hacerlo bastaría explicar los motivos pública y razonadamente. El no cumplimiento no ocasionaría auditoría o sumisión a intervención de órganos reguladores (CNMV, en este caso), sino al Consejo de Administración o a los accionistas. En este caso resulta sorprendente, la estrategia de esta propuesta de código, la “firme oposición por parte del ‘management’ a modelos de códigos transparentes que favorezcan el control de su labor”<sup>354</sup>.

El complemento idóneo para la más adecuada supervisión de los códigos de buen gobierno, se podría tener a través de un mecanismo de participación de los trabajadores que intervengan por medio de agrupación de accionistas minoritarios. En cuanto aquellos reposan sobre la voluntariedad y autonomía de las empresas, estos sobre el inalienable derecho de ser partícipe en plenitud de los destinos de la empresa.

### 3) Noción de responsabilidad social de la empresa

La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) como variante de la tan prestigiada hoy función social de la propiedad no es un tema nuevo, hace bastante tiempo que ya es pacífica la destinación, tanto de la propiedad privada cuanto la pública, y tienen que poseer como requisitos mínimos la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio y que se fundamenta por su función social. El derecho de propiedad desde ha mucho no es un derecho absoluto, posee limitaciones y obligaciones, de ahí solo poder ser ejercido se atendida su función social, por más razón aún en relación a determinados bienes. Cuando no atiende a este supuesto cabe perfectamente una expropiación forzosa por causa de interés público o utilidad social, como dice la ley.

---

<sup>354</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 334.

Desde las teorías de Sto. Tomás de Aquino la propiedad ya estaba limitada por su función social y que después fue desarrollada por la doctrina social de la Iglesia Católica en las encíclicas *Rerum Novarum* (1891) del Papa León XIII y *Mater et Magistra* (1961) de Juan XXIII. Sin embargo el socialismo humanista democrático, bien como el pensamiento personalista también la acepta como tal.

En esta perspectiva la “RSE no sería más que la forma concreta en que se ejerce esta ‘función social’, en el caso de la propiedad de una empresa, o mejor, de la titularidad de una sociedad que detenta la propiedad de una empresa”<sup>355</sup>. Así es que cuando se habla de un RSE, se estará haciendo referencia normalmente de la propiedad de las empresas. De ahí se tiene la Responsabilidad Social Corporativa, cuya sigla prescinde de la relativa a al concepto de sociedad – RSC -, así se puede hacer uso de una o de otra.

Es cierto que existen otros marcos sobre la evolución de la responsabilidad social de la empresa en la Unión Europea, pero se destacan:

- El Consejo Europeo de Lisboa 2000 que en su conclusión 39 declara que “El Consejo Europeo hace un llamamiento especial al sentido de responsabilidad social de las empresas”.

- La Agenda Social Europea adoptado en la Cumbre de Niza, apartado II recomienda “Anticiparse (...) desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad (...)”. Primero se hace referencia, en sucesivos epígrafes, a la participación de los trabajadores en la gestión de los cambios y finalmente en el apartado d) invita: “apoyar las iniciativas relativas a la responsabilidad social de las empresas (...)”.

- El Consejo Europeo de Estocolmo (2001) en el epígrafe V recomienda la Modernización del modelo social europeo y en la conclusión 31 “El Consejo Europeo acoge favorablemente las iniciativas tomadas por el sector empresarial para fomentar la responsabilidad social de las empresas”.

- Ya el Consejo Europeo de Gotemburgo (2001) ha incluido el medio ambiente en todas las políticas comunitarias, en la conclusión 32 “Se invita al Consejo a que ultime y desarrolle las estrategias sectoriales destinadas a integrar el medio ambiente en todas las políticas comunitarias pertinentes (...)”. “Con lo que el medio ambiente y desarrollo sostenible formarán parte del contenido y del objeto de la RSE”<sup>356</sup>.

- El más importante documento producido hasta entonces fue el Libro Verde (2001) con el objetivo de “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de

---

<sup>355</sup> ALONSO SOTO, F., *Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 62, Madrid, p. 81. Dirección: <<http://www.es/publica/revista/numeros/62/Est03.pdf>>. 14 abril 2007.

<sup>356</sup> Idem.

las empresas”, iniciando un amplio debate pero sin la repercusión social esperada, a pesar de esto se constituyó en un Manual de iniciación a la responsabilidad social de las empresas, abierto al debate. El libro Verde ofrece inicialmente un concepto de RSE como siendo: “integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”.

Como características de la RSE se tiene: ir más allá de las obligaciones legales, sin con todo sustituir a la reglamentación o legislación, pero complementar el marco legislativo aplicable a grandes empresas y PYMES; también presente en empresas de economía social, con incidencia económica positiva (efectos directos e indirectos).

En la dimensión interna se refiere a gestión de recursos humanos, salud y seguridad en el trabajo, adaptación al cambio, reestructuraciones y empleo, y gestión del impacto ambiental y los recursos naturales. Mientras deja fuera asuntos claves como la participación de los trabajadores y gobernanza de la empresa como expresión de RSE.

La dimensión externa alcanza comunidades locales, trabajadores, accionistas e interlocutores sociales, entre estos socios comerciales, proveedores, consumidores, autoridades públicas, ONG’s defensoras del medio ambiente y representantes de la sociedad civil, incluye también toda la problemática de los derechos humanos en las actividades internacionales y en las cadenas de suministros mundiales, lucha contra corrupción.

El libro Verde trata aún de utilización de códigos de conducta hasta los problemas ecológicos mundiales. En el enfoque global de la responsabilidad social de las empresas destaca que la RSE ha de estar integrada en la gestión total, es decir: gestión integrada de responsabilidad social; informes y auditorias sobre la responsabilidad social; calidad en el trabajo; etiquetas sociales y ecológicas; inversión socialmente responsable.

- Otros eventos, trabajos y documentos relevantes tuvieron lugar en el Foro de Actores Sociales y sus informes; Grupos de Alto Nivel sobre RSE y sus planteamientos; la Conferencia de Venecia (2003); las Comisiones y las conclusiones presentadas al Consejo; y por último el papel desarrollado por el Consejo de Ministros.

Así es que el marco europeo trata de “fijar unas reglas mínimas (directrices, objetivos comunes...) para armonización o coordinación de sistemas mediante la aplicación del método abierto de coordinación como método comunitario”<sup>357</sup>.

Mismo después de un largo camino recorrido y de un exhaustivo proceso de elaboración de un derecho propio, Europa no llega a un modelo acabado de gobierno

---

<sup>357</sup> ALONSO SOTO, F., *Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 62, Madrid, p. 107, dirección: <<http://www.es/publica/revista/numeros/62/Est03.pdf>> 14 abril 2007.

de la empresa. El proyecto de una participación cooperadora estanca en la participación en la organización del trabajo o de la producción que en verdad sigue las pautas y técnicas de participación ampliamente ensayada en la práctica y en la teoría de las relaciones industriales americanas, y más adelante admitida y valorada positivamente la participación financiera en sus dos caras, la participación en los beneficios y/o resultados y la accionarial, utilizadas como forma más adecuada para identificar a los trabajadores con las necesidades de la moderna empresa flexible.

El más lejos que ha ido textualmente en la norma sobre la participación en la dirección o administración de la empresa fue en las Directivas sobre sociedades y sobre la transparencia de las sociedades cotizadas en bolsa que es enfática cuanto a la participación de los trabajadores en la dirección o administración de la empresa, alcanzando el que la doctrina llama de participación institucional, las motivaciones que llevaron a este punto son diversas.

Algunas de las razones del estadio en que se encontraba el derecho social europeo se puede catalogar así: la tradicional desconfianza de la doctrina, de la mayoría de los sindicatos del resurgimiento de la teoría “‘comunista’, con sus secuelas ‘corporativas’”<sup>358</sup>; la grande desconfianza empresarial al modelo de cogestión, a pesar del suceso en Alemania, añadido al tipo de relación laboral ancladas sobre las notas de ajenidad y dependencia, o sea con remuneración fija, no responsabilidad del trabajador sobre la organización del trabajo; y a final la “defensa europea del ‘diálogo social’ como método preferente de construcción de derecho social comunitario”<sup>359</sup> basada en el trabajo de los interlocutores sociales y patronales, actuando cada un apoyado por una organización compleja y con poder de veto sobre iniciativas que modificasen el crítico equilibrio de fuerzas e intereses que representan.

La superación de esta situación de anomia, de falta de concreción de un modelo de participación para Europa pasa necesariamente por la explotación de las potencialidades que ofrece la construcción en Europa de una RSE.

La dificultad es generada por la imprecisa conceptualización de la responsabilidad social de la empresa en el marco de la construcción de un modelo económico y social de la empresa europea. Todavía no hay que guardar simetría o identidad con aquel modelo de RSE que opera en el mundo anglosajón, de donde surgió inicialmente cuya finalidad principal fue influir en la estrategia de actividad transnacional de las grandes empresas multinacionales.

---

<sup>358</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 298.

<sup>359</sup> Ídem, p. 299.



Hay quien piense que los problemas de indeterminación del modelo social europeo de hoy en día, “no es más que el resultado de adicionar los productos de las distintas tradiciones culturales de los EE.MM.”<sup>360</sup>. Otros problemas que son añadidos es la falta de un liderazgo político europeo capaz de proponer un modelo que sea justo y eficiente al mismo tiempo, al cual se puede juntar también la metodología seguida para la aprobación de Directivas del capítulo de la política social, que confía al dialogo social y a las buenas prácticas para alcanzar resultados más acabados, allá de la doble subsidiariedad en su probación.

Como alerta el doctrinador, en estas condiciones “parece altamente improbable la aparición de novedades relevantes a nivel de regulación comunitaria”<sup>361</sup>, solo un acuerdo de relieve en las mesas de diálogo social, formal e informal puede producir un cambio en esta situación.

Entretanto, sigue abierto el debate sobre el contenido y alcance de una estrategia europea sobre la responsabilidad social de la empresa, CSR, que cuenta con la ventaja de estar planteada de forma abierta sin vinculación para las empresas, cuando mucho una intervención *soft law*.

Esta realidad ha llevado algunos doctrinadores a “pensar que es interviniendo en este debate donde más se puede avanzar en el diseño de una estrategia europea de defensa de la participación como elemento esencial del modelo social europeo”<sup>362</sup>.

Es indubitable que en el futuro la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, sobre el marco general de información y consulta de los trabajadores en la UE, debe ejercer un efecto de materialización de ese modelo social europeo en el que respecta a la implicación de los trabajadores de forma más amplia y eficiente que la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, que trata del Estatuto de la Sociedad Europea.

El discurso de la participación cooperadora como modelo de referencia de las empresas europeas no puede limitarse al alcanzado, dos Directivas por su diseño abierto y escasamente efectivo en relación a la participación de trabajador, necesita de una mejor consolidación.

Para algunos doctrinadores el modelo social europeo necesita de pruebas para su credibilidad, así es que para “realizarlo, en su dimensión colectivo-empresarial, sería fundamental recuperar la concepción clásica de la participación ‘institucional’

---

<sup>360</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 300.

<sup>361</sup> Ídem, p. 301.

<sup>362</sup> Ibídem, pp. 301 y 302.

(participación en la administración de la empresa)”<sup>363</sup>. Este tipo de participación institucional posee larga tradición en muchos países de la UE.

En España la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, obliga a la sociedad anónima con domicilio en España a constituir un Consejo de Vigilancia o control, pero no la extendió a las sociedades anónimas españolas. De otra parte se sigue esperando la próxima Ley de transposición de la Directiva sobre la composición y funciones participativas en el consejo de control, o eventualmente también en el de administración en los términos que establece la propia Directiva 2001/86, y que no ha logrado alcanzar tal desiderata ni mismo con la Ley 31/2006, de 18 de octubre de transposición de la Directiva 2003/72/CE.

#### b) Empresa flexible, una alternativa a las formas de participación

La transformación “impetuosa y vigorosa”<sup>364</sup> del mercado global ha generado más que necesidad, la exigencia de una compleja competencia y un marcado perfil para las empresas que pretendan interactuar en este mercado. De entre estas competencias se destaca la amplia flexibilidad, de ahí el cambio del discurso sobre la RSE en el ámbito Europeo, abandonando en parte el modelo de intervención reguladora heterónoma para el voluntarista y autónomo, el que tiene levado parte de la doctrina a cuestionar esta opción, mismo que proveniente de una negociación colectiva.

El argumento es que, por la tradición reguladora europea esta RSE debería “estar más ‘indiciada’, es decir, la CSR sería una especie de reconocimiento (labelizado), a través de una atribución de la Administración”<sup>365</sup> y más o de una Agencia acreditada a tal fin, hacia aquellas empresas que hayan alcanzado cumplir con los estándares mínimos, públicos y de alcance general de un modelo social europeo que debe ser compartido con quien ocupe ese espacio o mismo que tenga su matriz o cualquiera filial en ello.

Se acredita que esta podría ser la mejor estrategia a fin de superar un alongado debate sobre definición y contenidos de la RSE que puede llevar al equívoco de la total ausencia de normas en nombre de la opción por una responsabilidad voluntaria como paradigma de la empresa flexible y altamente competitiva.

El concepto de Sociedad Responsable promovido por la UE condiciona a un cuadro mínimo que va desde una actuación clara y responsable que pueda contribuir al desarrollo económico, cuidando para mantener un medio ambiente saludable, elevación

<sup>363</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 305.

<sup>364</sup> Ídem, p. 306.

<sup>365</sup> *Ibidem*, p. 306.

de la calidad de vida y perfeccionamiento de la fuerza de trabajo y de la sociedad en general.

Parece no haber quedado muy clara la dimensión de la responsabilidad que debe estar presente en la hora de concretizar este objetivo de la UE, los factores que concurren para esta incertidumbre es encontrado en un documento de trabajo de la Comisión, intitulado "Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas", que contiene expresiones tales como: por ejemplo en materia de "formación, condiciones laborales o relaciones entre los trabajadores y la dirección" (p. 7), "salud y seguridad, gestión del cambio" (p. 8), y "ambiguamente se habla también de la conveniencia de buscar 'la participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y consulta abiertas' (p. 10)"<sup>366</sup>.

Como visto en el apartado anterior la Comisión hubiera dado un paso largo y seguro en la institución y consolidación de la responsabilidad social de las empresas con el Libro Verde, pero con el Foro Multilateral reunido al largo del año de 2004, restó de sus conclusiones finales que parecen adolecer de las mismas inconcreciones presentados en la determinación de los contenidos "precisos y exigibles de la CSR"<sup>367</sup>, por el cual se reducirán notablemente las potencialidades innovadoras y transformadoras de una idea de futuro indudable, para convertirse en un mero instrumento de gestión interna en áreas exclusivamente de mejora de la eficiencia de la empresa flexible.

El que sería un nuevo aliento con el llamamiento que hizo la Comisión a todas las empresas europeas a incorporarse a una "Alianza europea para la responsabilidad social de las empresas"<sup>368</sup> en la búsqueda de un buen funcionamiento de la economía de mercado europeo, mientras no hubo el avance esperado en la "clasificación de su compromiso social hacia dentro, a salvo las genéricas referencias a la cultura de la 'partnership' y al diálogo pro-activo para las situaciones de reestructuración"<sup>369</sup>.

De ahí el doctrinador vaticina ser difícilmente objetable que la "credibilidad de su puesta en ejecución sobre bases voluntarias (sin otros medios de control) exige cuando menos la implicación en el proyecto de los 'partners' (stakeholders) de la empresa

---

<sup>366</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 307.

<sup>367</sup> Ídem, p. 308.

<sup>368</sup> Bruselas, 22 de marzo de 2006, IP/06/358. Dirección: <<http://www.google.es/search?hl=es&sa=x&oi=spell&resum=o&ct=result&cd=1&q=bruselas,+22+de+marzo+de+2006,+1>>. 17 abril 2007.

<sup>369</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa...*, Op. Cit., p. 308.

socialmente responsable, es decir, de los socios, clientes, suministradores y trabajadores”<sup>370</sup>.

Es llegada la hora de analizar los instrumentos de intervención usados por las diversas formas de participación de trabajadores y también de otros partícipes de la empresa, que se revela más efectiva a los fines que persigue la CSR en la UE.

### c) Autogestión y los sistemas de cooperativas de trabajo

A pesar de una parte de la doctrina por veces apuntar como la fórmula más acabada y absoluta de la participación, ha de se considerar que al se instalar un sistema propio y verdaderamente autogestionario en la empresa, se “conduce inexorablemente a la superación del conflicto inmanente en la relación laboral del modo de producción capitalista actualmente implantado”<sup>371</sup>.

Resulta que, en un régimen de autogestión si los trabajadores pasan a decidir y gestionar a la empresa desaparece la contraparte empresarial de la relación laboral, pasan a se identificar los intereses de la empresa y el colectivo de los trabajadores para participar de la empresa, pues los trabajadores ya son partícipes en todo en absoluto, incluso no debe haber conflicto, de ahí perder el objetivo se hablar de participación de los trabajadores como desarrollado en estudio, dentro del modelo del instituto de la autogestión.

En el sistema de cooperativa, mutuas o asociaciones como “empresas de economía social cobran relevancia las relaciones entre los socios, fundada en criterio de igualdad y solidaridad, frente a los objetivos económicos y de aumento del beneficio que priman en las empresas capitalistas”<sup>372</sup>, como es el caso de las cooperativas en cuanto “empresa de la economía de social”<sup>373</sup>, las relaciones entre sus miembros no es la misma relación de poder que existe en cualquiera de las sociedades mercantiles. Y que se confirma

---

<sup>370</sup> LANDA ZAPIRAIN, J. P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 308 y 309.

<sup>371</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 138.

<sup>372</sup> MORGADO PANADERO, P., *La economía social y su marco legal*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P. dir.), *Economía social y cooperativismo*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2006, p. 36.

<sup>373</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación al Consejo de 18 de diciembre de 1989 donde se encuentra que “una empresa pertenece a la economía social se su actividad productiva se basa en técnicas de organización específicas. Estas técnicas se fundamentan en los principios de solidaridad y participación (que normalmente responde a la norma un hombre un voto) entre sus miembros, sean estos productores, usuarios o consumidores, así como en los valores de autonomía y ciudadanía. En general estas empresas adoptan la forma jurídica de cooperativa, mutua o asociación”.

pues, no se encuentran en las relaciones que se establece la “básica dicotomía trabajador/empresario, propia del conflicto industrial”<sup>374</sup>.

El que es fundamental es que a la diferencia “de lo que sucede en las empresas capitalistas, en la Economía Social los trabajadores se convierten en empresarios, asumiendo aquéllos ambos roles a la vez que se eliminan los colectivos entre unos y otros”<sup>375</sup>. Así es que, si son trabajadores/socios en una cooperativa por ejemplo asumen el riesgo de la actividad económica en cuanto empresario, que sea en los límites de sus cuotas, al tiempo que tiene una relación de trabajo, pues responde por las ganancias y las pérdidas.

Otra cosa es ser un trabajador ajeno, empleado de una cooperativa que mantiene una relación laboral condicionada con los aspectos que se estudia al largo de este trabajo, cuanto a legislación laboral mismo que subsidiaria a la legislación específica de las cooperativas.

Sabiéndose que de las numerosas polémicas doctrinales sobre el socio trabajador, en sus relaciones con la sociedad, pero el hecho de existir una doble relación “laboral y societaria”<sup>376</sup>, entonces es conveniente fijar dos aspectos: primero se es socio de una cooperativa tiene poder inherente a los propietarios igual para todos los socios, así para realizar la más pura democracia en la sociedad no precisa de la ley; segundo se es solo empleado y no socio le es aplicado todo el estudio que aquí se desarrolla incluso el derecho de participación.

### 3.3. El derecho de información, consulta y participación y su reflejo en España

Las muchas iniciativas adoptadas en la búsqueda de consolidación de un derecho social europeo tiene llevado a la formación de un ordenamiento comunitario, en el cual se puede destacar una “útil y novedosa perspectiva institucional”<sup>377</sup> relativa a la participación de los trabajadores en la empresa, mismo que formulada inicialmente para el ámbito de la sociedad anónima europea, con alcance da sociedad cooperativa europea, también es un convite a otras categorías concurrentes en este asunto, criando así una pauta general para nuevas construcciones.

---

<sup>374</sup> MORGADO PANADERO, P., *La economía social y su marco legal*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P. dir.), *Economía social y cooperativismo*, Editorial Lex Nova, Valladolid 2006, p. 36.

<sup>375</sup> Ídem, p. 36.

<sup>376</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona 1989, p. 35 y ss.

<sup>377</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 57.

Partiendo de la compleja realidad europea, o sea la múltiple realidad de los países miembros y las exigencias de construcción de un derecho propio pero compatible con los objetivos de armonización, fue aprobado el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea que contempla la constitución y gestión de sociedades de dimensión europea, realizable a través de operaciones de concentración y fusión societaria, basada en una normativa aplicable directamente a todos los Estados superando la diversidad incluso de legislación aplicable a las sociedades mercantiles.

Este marco jurídico de las empresas europeas tiene que ser capaz de conciliar la contradicción de permanencia de un ordenamiento nacional de cada país que trata incluso de las sociedades mercantiles y el marco económico de nivel europeo y sus objetivos enunciados en el preámbulo del Reglamento CE 2157/2001.

El Reglamento ya previa una Directiva que tenía de entre otras la función de “articular la aproximación de las soluciones legislativas nacionales en la materia”, principalmente el relativo a la participación de los trabajadores en las decisiones que afecten a la vida de las sociedades anónimas europeas. Superando una polémica en el debate por excelencia comunitario y que venía postergando una decisión sobre la participación con este alcance.

La solución vino con el Reglamento al establecer que “la implicación de los trabajadores en una SE estará regulado por la Directiva 2001/86/CE”, art. 1.4.

Así es que la Directiva al completar el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea sobre la implicación de los trabajadores procura atender a los objetivos sociales de la Comunidad Europea y al “garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en [su] creación”. Con esta redacción del preámbulo de la Directiva, en nombre de la diversidad de normas y prácticas existentes en los Estados miembros y de la difícil llegada a un texto aceptable en el ámbito europeo, “se descarta el establecimiento de un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las sociedades europeas”<sup>378</sup>.

No cabe más duda cual es la noción general de implicación de los trabajadores en la empresa, al ser definida su preciso ámbito institucional en la Sociedad Anónima Europea (SE), comprensiva de modo abierto de cualesquiera instrumentos o formas de acción, por medio de los cuales “los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”, y que se hace a través de “la

---

<sup>378</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 58.

información, la consulta y la participación”, y también “cualquier otro mecanismo”, art. 2, h) de la Directiva 2001/86/CE.

De ahí se puede decir que la implicación de los trabajadores en la empresa se define como “la expresión institucional, por no importa qué vía [conforme a lo establecido en el procedimiento de negociación previsto para tal fin y el acuerdo resultante, arts. 3 a 7 Directiva], de la influencia de los trabajadores en las decisiones que se adopten por la misma”<sup>379</sup>.

Esas tres formas institucionales del ejercicio de la participación allá de cualquier otro mecanismo, de implicación de los trabajadores como previstos en el art. 2 h) de la Directiva serán objeto de un estudio más profundizado, incluso también sobre derecho de vigilancia y control y la autogestión.

Sin olvidar el reforzamiento que recibe los tres institutos en derecho de información, consulta y participación por la Directiva 2009/38/CE al tratar de Comité de Empresa, en empresas y grupos de empresas de dimensión europea.

#### a) Derecho de información

##### 1) Definición

El art. 2.i) de la Directiva 2001/86/CE y también de la Directiva 2003/72 trae la definición de información como siendo “la transmisión [por el órgano competente de la SE a la representación de los trabajadores] de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE”<sup>380</sup> y a “cualquiera de sus filiales o establecimientos (...) en un momento, de un modo y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE”<sup>381</sup>.

Para la Directiva 2009/38/CE, que refunde la Directiva 94/45/CE, información es:

la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinado; la información se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiado, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las

---

<sup>379</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 59.

<sup>380</sup> Ídem, p. 59.

<sup>381</sup> Ibídem, p. 59.

consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria.

## 2) Suporte Legal

### - A nivel Constitucional

Aunque la Constitución española en su artículo 20.1 trate del reconocimiento y protección de los derechos de “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (...) letra a)” y en la letra d) “A comunicar o recibir libremente información veraz (...)”, no está, con efecto, dirigido directamente al objeto de este estudio, pero se lo combina el art. 20.1 con el art. 129.2 también de la Constitución se puede decir que existe un derecho básico de informar, de informarse y a ser informado.

No es común la doctrina desarrollar un análisis desde la Constitución con apoyo en el art. 20.1, todavía para este trabajo de tesis asume real importancia.

### - El derecho de información mediante el doble canal de representación

Las discrepancias doctrinarias a “raíz de la promulgación de ET, especialmente a la hora de considerar si el legislador primaba o no los derechos informativos en la representación unitaria o incluso, yendo más allá, si podría plantearse la exclusividad de la misma”<sup>382</sup>, pero en la actualidad no más existen las divergencias, pues en general comulgan del entendimiento de que, una lectura comparada del art. 64 ET – competencias de comités de empresa y delegados de personal – y de los arts. 8 y 10 LOLS – actividad de las secciones sindicales y derechos de los delegados sindicales, respectivamente-, lleva a concluir que “la Ley no ha establecido una radical separación de funciones de una y otra representación, al existir varias coincidencias entre ellas”<sup>383</sup>. De entre estas coincidencias están los derechos de información y el de consulta.

En la base de una clasificación de carácter general sobre los derechos de información a través de los dos canales de representación previstos en el sistema de relaciones laborales español se tendrá específicamente, cuanto a la representación unitaria, el siguiente desdoblamiento:

Primero, que las facultades de información activa “comprenden la libertad de investigación y acceso a las fuentes (facultad de informarse), la libertad de

<sup>382</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUAREZ, J. A., *Acción social y la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 84.

<sup>383</sup> MARTIN VALVERDE, A., RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid 2002, p. 314.



comunicación y difusión de informaciones (libertad de informar por cualquier medio de difusión”<sup>384</sup>.

Segundo, que las facultades de información pasiva “comprenden la facultad-interés jurídicamente protegida de recibir información del empresario”<sup>385</sup>.

Por su vez, el derecho sindical de información se puede desdoblar en dos grupos de facultades, a saber: “facultades de información activa, es decir, de información en la empresa, respecto los afiliados y al conjunto de los trabajadores y facultades de información pasiva de los delegados sindicales frente al empresario en el interior de la organización productiva”<sup>386</sup>.

En carácter general se puede constatar una presencia continuista en el concerniente a los derechos o competencias en materia de información en la empresa, así es que son herederos los órganos de representación unitaria regulados en la LET de los derechos existentes antes del marco legal actual.

Ejemplo de esto es el derecho de información referido a la relación individual de trabajo previsto en la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, relativamente a la mención que hace a los “representantes legales de los trabajadores”, vez que esta referencia a los representantes legales no existe en la LET ni en la LOLS.

Así es que se puede observar que el criterio de tratamiento conjunto desarrollado por el legislador a respecto de los derechos de información, dentro de una estructura jurídica compleja, creando una figura pluridimensional en la que confluyen, en torno al derecho, facultades y deberes diferentes. Como ejemplo el derecho de información que corresponde a los representantes unitarios, bien como la información de naturaleza sindical atribuida a los representantes sindicales y las facultades que les son inherentes.

#### - Regulación convencional

La doctrina entiende como indudable tanto el “destino que el legislador dispone para los derechos de información, (competencia en la terminología del ET), atribuidos a los representantes unitarios”<sup>387</sup>, como “su carácter de derecho colectivo instrumental ‘al servicio de las fórmulas de democracia industrial que consagra dicho cuerpo legal”<sup>388</sup>. Así el contenido normativo de la LET es el mínimo indisponible compatible con

---

<sup>384</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid 1992, p. 508.

<sup>385</sup> Ídem, p. 508.

<sup>386</sup> Ibídem, p. 508.

<sup>387</sup> Ibídem, p. 508.

<sup>388</sup> Ibídem, p. 508.

ampliación que resulte de negociación colectiva y que tenga como objeto ampliar y mejorar los derechos ya atribuidos por la fórmula legal.

Entonces el medio idóneo para concretar los ámbitos materiales de los derechos de información puesto al servicio de la mayor y más efectiva participación de los trabajadores en la empresa, es la negociación colectiva. Pero, la experiencia tiene demostrado que poco avance se logra con los convenios colectivos, que en la práctica acostumbran reproducir casi literalmente los escasos contenidos de la propia Ley.

- Interpretación jurisprudencial

La doctrina jurisprudencial ha reconocido la insuficiencia o carencia de la regulación legal cuanto a la existencia de un reconocimiento de derecho de información que sea “funcional al desarrollo en su interior de un modelo de participación de los trabajadores en las decisiones que les afectan”<sup>389</sup>.

En su fallo el Tribunal Supremo no ha reconocido la existencia de ese derecho genérico y activo de los representantes a solicitar la información que precisen. Así es que la sentencia de 2/11/99 (1387/99) declaró que “no cabe exigir de la empresa un deber de información más extenso o intenso que los previstos en las normas laborales y convencionales”<sup>390</sup>. De ahí razonó que a pesar de los derechos de información de los representantes de los trabajadores, propios de los sistemas de democracia industrial, aunque teniendo origen en el artículo 129.2, en conexión con el 9.2, ambos de la Constitución, y siendo un instrumento imprescindible para que aquéllos puedan desarrollar las funciones que les son propias, el que para el Tribunal implican una evidente limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia Constitución en su art. 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su art. 20.

Con las Sentencias STC 39/86, 9/88 y 127/89 el Tribunal Constitucional reconoce que se trata de derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva. Esto conlleva que el derecho de información “no deberá interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar, por ende, los límites fijados por la Ley o por el convenio colectivo que puede ampliarlos”<sup>391</sup>, esto porque en relación al derecho de información la LET no contiene un Catálogo cerrado o *numerus clausulus*. De esta forma se puede diferenciar el derecho de información pasiva estudiado antes con el de información activa a ser apreciado a seguir.

---

<sup>389</sup> SAMPER JUAN, J. , *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 258 y 259.

<sup>390</sup> Ídem, p. 259.

<sup>391</sup> Ibídem, pp. 259 y 260.

## c) Derecho de consulta

### 1) Definición

La primera definición fue ofrecida por el art. 2.1.f, de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre Comité de empresa europeo donde se encuentra que se debe entender por consulta “El intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado”.

Hoy en su versión refundida por la Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo de 2009, esa definición es ofrecida por el art. 2.1, g), siendo Consulta,

la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de manera y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria.

Por su vez el art. 2, j, de la Directiva 2001/86/CE y 2003/72/CE define consulta como siendo “la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones” que se procesa “entre la representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE”<sup>392</sup>, en un dato momento, de un cierto modo y con un contenido propio que permita “a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE”.

El papel de los representantes de los trabajadores en la consulta es activo o meramente pasivo, o sea, puede expresar su opinión y tener la oportunidad de ser oídos por la Dirección, diferente del derecho de información pasiva, pues en la consulta el representante toma conocimiento de las informaciones con antelación para opinar o dar parecer.

En todo caso el “elemento definitorio de la consulta es el carácter no vinculante de la opinión emitida por los representantes de los trabajadores”<sup>393</sup>. Por su vez la empresa seguirá “contando con absoluta libertad en la toma de decisiones (...). Y por

<sup>392</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La Participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 59 y 60.

<sup>393</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 93.

consiguiente, siguen los trabajadores o sus representantes sin tener capacidad de alterar las decisiones adoptadas por la empresa”<sup>394</sup>. Así, en los derechos de consulta los representantes se quedan deslegitimados e incapaces de realizar la efectiva participación de los trabajadores en la empresa.

## 2) Suporte legal

### - A nivel constitucional

Semejante al derecho de información, la consulta en si no constituye una de las posibles formas de participación a los que alude el art. 129.2, pero sí un instrumento de intervención a través de una de las formas de participación, tampoco puede ser identificada directamente y de per si, entre los derechos a comunicar o recibir libremente información contenido en la Constitución, art. 20.1.

### - El derecho de consulta

El derecho de consulta admite distintas modalidades de aplicación por medio de variantes de distinta intensidad a la hora de ejercerlo. Sin sobrepasar los límites propios del establecimiento legal, el elenco de derecho de consulta puede se manifestar a través de “sugerencias, de deliberar, de elevar protestas o quejas y en última instancia de vetar las decisiones empresariales”<sup>395</sup>, dependiendo de las circunstancias que le puedan dar cauce.

### - Regulación estatutaria

La misma ubicación hecha a las competencias o derechos de información de los representantes unitarios de los trabajadores en el art. 64.1 LET, relativo al Comité de Empresa y Delegados Sindical se hace al derecho de consulta.

Así si tiene en el art. 64.5 de la LET, como competencias consultivas del Comité de Empresas “emitir informes con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas”<sup>396</sup>, sobre cuestiones específicas.

El párrafo siguiente refuerza la carta de competencias, ampliando el espacio objeto de consulta al añadir la emisión de informe cuando la fusión, absorción o modificación afecte al volumen de empleo, arts. 64.1, 64.5 y 62.2 LET. También emitir

<sup>394</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 93.

<sup>395</sup> Ídem, p 94.

<sup>396</sup> Vid. ET, artículo 64.5. “El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe (...) decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones. a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla; b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones; c) Planes de formación profesional de la empresa; d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; e) Estudio de tiempos, establecimientos de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo”.

informe previo a la reclamación judicial contra la negativa del empresario conceder el ascenso del trabajador ya pactado art. 39.4 LET; e informe del Comité en expediente contradictorio abierto por sanción por faltas graves o muy graves art. 68.a) LET.

- Regulación en la LOLS

El derecho de consulta de los representantes sindicales en la empresa en LOLS o sea los Delegados Sindicales, el art. 10.3.3º incluye como derecho suyo “ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos”.

Ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 30/1992, de 18 de marzo, que sólo los delegados sindicales son titulares del derecho consagrado en tal disposición art. 10.3.3º LOLS, “ya que a quien le corresponde prestar audiencia es al sindicato – y no al trabajador – el cual, además no está obligado a emitir informe alguno, por lo que “nos encontramos ante un derecho de la exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato concerniente”<sup>397</sup>.

- La negociación en los derechos de consulta

Se empieza con la advertencia de que “las consultas que no contengan un elemento de concesiones mutua, o sea de negociación, difícilmente tendrán repercusión práctica apreciable”<sup>398</sup>.

En la situaciones de consulta es conveniente hacer hincapié en la consecución de acuerdos que procedan de la negociación de buena fe llevada a cabo por las partes de la relación laboral, buscando satisfacer los intereses mutuos de las representaciones interventoras visando la efectividad de las consultas como medio de participación.

Este período de consulta puede ser que venga a ocurrir en situaciones de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41.4 LET o en caso de los despidos colectivos del art. 51.4 LET, en ambos los casos lo que se negocia es un acuerdo, es aquí por lo tanto que reside “La frontera entre consulta y negociación se esfuma con mucha frecuencia porque la consulta acaba muchas veces en una negociación velada y la negociación consiente, a su vez, una cierta participación en la toma de decisiones”<sup>399</sup>.

<sup>397</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 99.

<sup>398</sup> SCHEREGLE, J., Participación de los trabajadores en la adopción de decisiones, RIT, 93/1, 1976, p. 9.

<sup>399</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., *Diritti sindacali e democrazia nell'impresa: il caso Spagnolo*, en E. PISAN, *Diritti sindacali e democrazia nell' impresa in Europa*, Mareilio Editore, Venecia, 1984, p. 74. Citado por GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 97.

### - Interpretación jurisprudencial

El derecho de consulta es tratado por varios doctrinadores junto con el derecho de información activa, llegando a confundirse un por el otro. Así tratando de información activa se encuentra algunos casos de resistencia de las secciones sindicales art. 8.2. c) de la LOLS, a compartir el uso de “un local adecuado para desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como un o varios tablones de anuncios”, art. 81 LET y el art. 78.1 y 2 LET que dispone sobre el derecho instrumental de los representantes unitarios a disponer de un local adecuado, llegando a veces a recurrir a pronuncia de la Justicia.

En el Tribunal “Las decisiones de la Sala IV no han sido en ningún caso favorables a esa exclusividad, señalando [sentencias de 29-12-94 (...) y 3-12-98 (888/97) entre otras] que la empresa cumple con facilitar un local, en uso compartido con el Comité de Empresa o con otras secciones sindicales”<sup>400</sup>, puesto que los derechos consagrados a un y al otro son análogos.

Otra cuestión es sobre tablón de anuncios único medio público hábil, conforme al Estatuto, para facilitar la información. Por tal razón, la Sala IV (s. de 29-12-94, re. 934/94) ha negado el derecho de los afiliados a un sindicato a recibir los sobres de sindicato o de la sección sindical a través de ventanilla o a través de la valija de la entidad financiera.

Por su vez el uso de medios informáticos tiene generado cuestionamientos a los Tribunales, uno de ellos fue cuanto a la obligación que tiene el empresario de permitir la comunicación mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico dentro de ciertos límites y condiciones que el propio Tribunal Constitucional establece en su Sentencia 281/2005 de 7 de noviembre, con “amplio eco en la doctrina”<sup>401</sup>.

### c) Derecho de participación

#### 1) Definición en el Derecho Comunitario

Tanto la Directiva 2001/86 cuanto la 2003/72 en su artículo 2, k) dice por el que se entenderá el derecho de participación. Así en el ámbito europeo se tiene que la participación es definida como “la influencia de la representación de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad o el derecho de recomendar u

---

<sup>400</sup> SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 260 y 261.

<sup>401</sup> Ídem, p. 263. El autor fornece una copiosa jurisprudencia de los Tribunales Supremo y Constitucional, sobre representación y participación en las páginas 227 y ss.

oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad”.

En este mismo capítulo, en la parte conceptual, se ha ofrecido una amplia conceptualización del derecho de participación.

## 2) Cogestión como la más expresiva participación de los trabajadores en la empresa

Cuando se trata de participación se puede estar delante de cualquier tipo, sin embargo, al se referir al “derecho del personal (integrado por los trabajadores subordinados) a participar en la gestión de la explotación junto al titular de dicha explotación”<sup>402</sup> se ha de calificarla como cogestión. A pesar de que la denominación puede variar o admitir matices, que cambia según el derecho positivo de cada país, o mismo el enfoque doctrinal que se desea dar.

Por lo tanto al ocurrir la pérdida de exclusividad en la toma de decisiones y, por vía de consecuencia, también en la gestión de la empresa por parte del empresario o de sus representantes, determinada por un único derecho, el de participación, que esté incorporado a la codecisión, cogestión, corregulación o codeterminación, pero es la afirmación de una misma realidad. Así, porque goza de la preferencia de la doctrina y que más se aproxima del modelo adoptado en la Unión Europea y España sin hablar de Alemania su origen, y por su importancia se estudiará el derecho de cogestión.

## 3) Régimen de cogestión

La cuestión de la identificación y aplicación de los derechos de cogestión es clarificado por parte de la doctrina que el teniendo considerado en su primer grado de colaboración, como siendo más amplio, pero menos intenso, que el de codecisión. Y que se realiza por medio de la colaboración, mecanismo este usado por el representante que interviene en la actuación del titular de la empresa, pero sin la prerrogativa de adoptar decisiones en paridad de grado; en cambio, “ cuando se reconoce el derecho de codecisión – o de codeterminación – las decisiones del empleador no son eficaces sin el asentimiento del órgano representativo del personal o, alternativamente, son válidos pero impugnables”<sup>403</sup> por el desconocimiento de la opinión o postura de dicho órgano. Esta línea doctrinaria es cuestionada por otra parte de ella, por romper la unidad material entre la adopción de la decisión y la ejecución de la misma.

<sup>402</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 101.

<sup>403</sup> DE LA VILLA GIL, L. E., *La cogestión en la República Federal Alemana*, en Diecisiete Lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa, Universidad Complutense de Madrid 1967, p. 90.

Otra corriente doctrinal reconoce una “única noción de cogestión y con ella se puedan admitir distintas formas de abordar el fenómeno en función de las intensidades o grados con que el derecho se lleve a la práctica”<sup>404</sup>. En lo más siguiendo la doctrina germánica donde predomina una concepción amplia, donde tiene cabida cualquier tipo de presencia obrera en la gestión económica, “desde la simple información al personal de la empresa sobre las medidas que va a tomar el empresario hasta la ‘cogestión en sentido estricto’, sólo comprensiva de los procesos de decisión conjunta y paritaria”<sup>405</sup> identificada con la codecisión, por la que “tenemos una definición demasiado laxa y multívoca, ciertamente justificada por los textos legales que utilizan el concepto con excesiva liberalidad”<sup>406</sup>.

#### 4) Niveles y materias sobre los que inciden los derechos de cogestión

No importa si el reconocimiento e implantación de la cogestión se hace por vía legal o convencional, pero debe atender en cada caso las posibilidades de la estructura empresarial, en sus diferentes niveles sea el puesto de trabajo, el establecimiento, la empresa, o a nivel supraempresarial e internacional. No se puede olvidar que también es posible situarse en el ámbito de la empresa pública.

La empresa es considerada el nivel fundamental tanto por la doctrina cuanto por el ordenamiento jurídico para efecto del derecho de participación de los trabajadores, incluso se cuestionado los niveles superiores e inferiores. A nivel supraempresarial o de multinacional los problemas son similares, pero del punto de vista de la economía, mismo en una estructura compleja no deja de ser una empresa unitaria, pero del punto de vista del derecho “aparece como un conjunto de sociedades independientes, dotadas cada una de ellas de personalidad jurídica y patrimonio social propio”<sup>407</sup>.

La independencia dispensada por la personalidad jurídica es que dificulta la implicación de los trabajadores cuanto los derechos de cogestión en tales niveles, mismo con todo el avance alcanzado en el ámbito del derecho comunitario.

El que es imprescindible es que en cada caso el nivel tomado en consideración tenga autonomía suficiente para que en el mismo las partes de la relación laboral puedan implicarse en la adopción de decisiones y gestión de determinadas materias, sin olvidar que algunas materias están sometidas a reserva de Ley a algún nivel específico.

<sup>404</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 103.

<sup>405</sup> OJEDA AVILÉS, A., *El control sindical de las empresas en Italia*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1981, p. 81.

<sup>406</sup> Ídem, p. 81.

<sup>407</sup> CAMPOS RUIZ, L. M., *Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos*, en BAYLOS GRAU y L. COLLADO GARCÍA (coords.), *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid 1994, p. 88.



Exceptuado las ya nombradas en Ley, la casi totalidad de las materias son pasibles de ser cogestionadas en cualquier de los niveles que se tomen en consideración. Muchos fueron los criterios de agrupación de las materias, con la finalidad precipua de sistematizar en función de los sectores que pueden afectar en la organización de la empresa.

Una clasificación bastante lógica es aquella que distingue sectores potencialmente presente en cualquier de los niveles, a saber: "sector económico, con las operaciones de financiación, elección de modos; sector técnico, con los actos determinantes de los sistemas de trabajo, organización de equipos, modelos de fabricación;"<sup>408</sup> y "sector profesional, sobre condiciones de trabajo, selección y contratación de personal, política de ascensos, fijación de jornada, despidos; y sector social de las obras y servicios sociales"<sup>409</sup>.

#### 5) Clasificación de los derechos de cogestión

Se pretende también clasificar los derechos de cogestión según los distintos mecanismos de implantación de sus fórmulas en el marco de un modelo de relaciones laborales dado, diferenciando: en primer lugar, un mecanismo de inserción de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios; en segundo lugar, otro de codeterminación de ciertas cuestiones entre dirección y órgano de representación de los trabajadores. Es evidente que estas dos opciones pueden proporcionar variadas manifestaciones del fenómeno.

Otras clasificaciones pueden tener orígenes en el grado de implicaciones en la toma de decisión de los representantes de los trabajadores, sean también la característica del órgano societario de que participe, así se puede tener: Consejo de Administración en un sistema monista como de España, o Consejo de Vigilancia del sistema alemán, incluso el mixto, o aún órganos *ad hoc* de naturaleza mixta.

Por su vez el número de representantes de cada una de las partes en el órgano de decisión puede ser determinante para la cogestión o codeterminación, de ahí ser proporcional, también llamado minoritaria, restringida, subalterna o impropia o ser paritaria, o sea en idéntica cantidad de representante de las partes que lo componen.

#### 6) Los derechos de cogestión en el ordenamiento jurídico español

##### - Nivel constitucional

El actual Derecho positivo abriga la cogestión desde la Constitución española al tratar de la promoción de las diversas formas de participación en la empresa previstas

<sup>408</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 105.

<sup>409</sup> BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2002, p. 141.

en el art. 129.2 CE. Así puesto, se puede decir que nada impediría a aceptación mediante regulación normativa de los derechos de cogestión paritaria en nuestro ordenamiento jurídico.

En este hilo la potencial regulación se ha visto reducida en los textos legales a dos tipos de cogestión diferenciados a saber:

Por primero, en la LET la codecisión abarca algunas materias o asuntos específicos, que se desdoblán por su vez en: "a) acuerdos entre empresario y representante de los trabajadores en defecto de regulación; b) derecho de cogestión e las obras sociales de la empresa"<sup>410</sup>.

Por segundo, en legislación específica sobre entidades de base social la cogestión minoritaria aparece y se puede distinguir entre: "a) cogestión minoritaria en el ámbito de las cooperativas; b) cogestión minoritaria en el ámbito de las cajas de ahorro"<sup>411</sup>.

- La legislación estatutaria y el derecho de cogestión

El Estatuto de los Trabajadores traza una "tímida aproximación a la toma de decisiones conjunta en circunstancia excepcionales y en materias puntuales, pero en modo algún en supuestos de institucionalización de los derechos de participación a la hora de tomar las decisiones y ejecutar las mismas"<sup>412</sup>.

No existen en esencia un auténtico derecho de cogestión o participación permanente de los trabajadores en las decisiones de los órganos colegiados de la empresa. Los dispositivos que se ocupan de prerrogativas de los interlocutores sociales quedan condicionados para su concreción, de convenio colectivo o de acuerdo, sin contar que estos frecuentemente presentan un carácter externo y ajeno de este tipo de intervención en relación a las facultades concedidas y ejercida por los órganos de dirección o readministración de la empresa, no resultando en ejercicio del derecho de cogestión. Es decir, los procedimientos de negociación dirigidas a la obtención de acuerdos en determinados materias identificadas por la LET, no son verdaderas fórmulas de consecución del derecho de cogestión, ni son paritaria quizá minoritaria, tan poco se puede decir que se esté en presencia de una auténtica participación de los trabajadores en la empresa.

Si de un lado se puede pensar que la asignación de procedimientos de negociación previsto por la LET tenga una finalidad promocional de la cogestión con una nueva forma de participación de los trabajadores en la empresa atendiendo al comando del art. 129.2 CE, de otro se parece que "tales supuestos lo que se produce es un efecto

---

<sup>410</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 110.

<sup>411</sup> Ídem, p. 110.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 111.

colateral de perfil participativo, como consecuencia de la actuación de los representantes de los trabajadores al ejercer las funciones de negociación que legalmente tienen atribuidas”<sup>413</sup>, pero lejos de una efectiva cogestión. El hecho es que la LET exige para “ciertas materias el acuerdo entre el empresario y los representantes, normalmente en defecto de regulación por parte del convenio colectivo en sentido propio”<sup>414</sup> son ejemplos los arts. 22.1, 24.1, 29.1, 31 y 34.2 LET.

Al final no se puede olvidar que el art. 64.7, b) LET establece que el Comité de Empresa tiene como competencia “participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares”. Así se afianza el convenio colectivo como fuente reguladora de derechos de participación y además la participación y su modo pueden derivar de otras fuentes: convenio impropio, costumbre, incluso de la “ley”<sup>415</sup> misma como por ejemplo, los economatos.

Otras normas también prevén la participación como es el caso de las normas sobre cajas de ahorros por las que “nos encontramos, sin duda, ante un amplio régimen de ‘cogestión’, desconocido por su alcance en el ordenamiento jurídico español hasta la publicación del RD 2290/1977”<sup>416</sup>. Presentando esta la más alta cota de participación de los trabajadores en los órganos de decisión.

En el ámbito de la empresa pública fue previsto un sistema complejo de representación sindical a través de un Acuerdo Marco sobre Participación Sindical en la Empresa Pública, como forma de participación en las decisiones de gestión de la empresa, los representantes sindicales son incorporados en los órganos de dirección y administración. Existen mecanismos para que la representación estatal no se quede minoritaria

#### 3.4. La participación transnacional de los trabajadores en la empresa

La preocupación en el ámbito europeo se pronuncia oficialmente desde la presentación del proyecto de “Resolución del Consejo, de 8 de noviembre de 1973”<sup>417</sup>, relativa a las medidas que la Comunidad deberá adoptar para la relación de los problemas derivados del desarrollo de las empresas multinacionales y la participación

<sup>413</sup> GARCÍA ARCE, M<sup>a</sup>. C. y PRIETO JUÁREZ, J. A., *Acción social en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 2004, p. 112.

<sup>414</sup> MARTIN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2002, p. 435.

<sup>415</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., *Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 370.

<sup>416</sup> GONZÁLES MONERO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, 1983, p. 444.

<sup>417</sup> Vid. DOCE C 114, de 27 de diciembre.

de los trabajadores en ellas. Esta providencia se anticipó a la aprobación de las Directivas sobre despidos colectivos y traspasos de empresas o centros de actividad.

Sobraban razones a las autoridades comunitarias frente a la amenaza a la garantía y efectividad de los derechos de información y consulta de los trabajadores, por una incipiente internacionalización de la economía y la vulnerabilidad de las relaciones laborales, que contaban hasta aquella data tan sólo con un sistema de regulación en los distintos ordenamientos internos de los EE.MM., proyectados para actuar en un escenario exclusivamente estatal.

El espacio jurídico común en toda la UE para las empresas o grupos de empresas que en él actúan no deja de representar un escenario transnacional ya que las empresas o grupos se originan de un de los EE.MM. y extienden sus actividades empresariales a otros incluso fuera de la UE, esto significa la superación de fronteras y que requiere el reconocimiento y ejercicio de los derechos de participación de los trabajadores desde los distintos Estados Miembros.

En esta perspectiva el concepto de empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria se definen en su articulado en función de un criterio territorial al que se añade el número total de trabajadores que prestan servicios en la empresa o en el grupo y que posee, “como mínimo dos centros de trabajo o dos empresas pertenecientes al mismo grupo en dos Estados miembros diferentes”<sup>418</sup>.

#### a) Confluencia de diferentes modelos de participación

Entonces ante la necesidad de disciplinar a nivel comunitario una ordenación que permitiese los trabajadores de las multinacionales acceder a los centros de decisión de sus empresas, mismo que tuviese que ubicar en un Estado que no era el de la prestación del servicio, pero también fue aprovechada la ocasión para establecer una nueva ordenación mercantil que inaugurase una nueva forma societaria única de ámbito europeo. Esta combinación de normas e intereses de fondo mercantil y laboral generaran los primeros proyectos comunitarios relativos a la participación de los trabajadores en empresa multinacionales en el período comprendido entre los años 1970 y 1975 visando una estructura societaria en particular la sociedad anónima europea, ya analizada en este trabajo.

Los muchos proyectos y propuestas contribuyeran para la consolidación de contenido y perfiles más apropiados a la realidad para una aprobación definitiva, como ocurrió con la propuesta de Directiva del Consejo, de 24 de octubre de 1980, relativa a los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de

---

<sup>418</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 137.

estructura compleja, en particular las transnacionales, conocida como propuesta “Vredeling”<sup>419</sup>.

#### 1) Iniciativas comunitarias que confluyen de distintas opciones de política jurídica

Estas opciones de política jurídica alcanzan un amplio espectro que atiende desde la conveniencia de aproximar los distintos modelos nacionales de intervención de los trabajadores en la empresa de algunos EE.MM. y en particular la de “carácter transfronterizo”<sup>420</sup> para obtener la convergencia de las condiciones de mercado, hasta la necesidad de contar con un “tipo uniforme de sociedad cuya forma organizativa permita a las sociedades elegir su ubicación en el espacio comunitario”<sup>421</sup>. Sin embargo debe garantizar a los trabajadores una parcela de intervención e influencia en los procesos de toma de decisión en la empresa, basado en un diálogo y negociaciones en el ámbito de las relaciones laborales.

#### 2) Armonización sectorial

La opción estratégica que condujo el proceso de formación de la propia Unión Europea, guarda similitud con la conjugación de opciones tan dispares que apuestan por la armonización sectorial de los derechos de información y consulta o por el reforzamiento de estos en las empresas o grupos de dimensión transnacional, favoreciendo la creación de un Comité de Empresa Europeo que a final es aprobado por la Directiva 94/45/CE hoy regido por la Directiva 2009/38/CE que sustituye aquella, o estableciendo un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea y también con la Directiva 2002/14/CE.

Hasta 1989 aquellas opciones aparecían diferenciado, a partir de ahí comienzan a entrelazarse de tal forma llegando a difuminarse la nitidez de su propia sustantividad en razón de los siguientes factores: “el retroceso de la idea de encauzar la participación de los trabajadores en los órganos sociales de decisión”<sup>422</sup>, y “la progresiva renuncia a implantar un modelo uniforme de implicación de los trabajadores de aplicación general”<sup>423</sup>.

---

<sup>419</sup> Vid. DOCE C 297, de 15 de noviembre. El nombre Vredeling se debe al comisario de política social de origen holandés responsable por la elaboración de la propuesta.

<sup>420</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca en mayo de 2006, p. 79.

<sup>421</sup> Ídem, pp. 79 y 80.

<sup>422</sup> Íbidem, p. 81.

<sup>423</sup> Íbidem, p. 81.

La oposición suscitada por algunos EE.MM. que no cuentan con efectivos sistemas de participación de los trabajadores levó la Comunidad Europea a adoptar un nuevo enfoque que pretendió satisfacer los distintos puntos de vista de los EE.MM. La propuesta presentada por la Comunidad era una síntesis de los distintos sistemas de implicación de los trabajadores que existían entonces en la Comunidad Europea y que mismo así fue rechazada, principalmente por países que ya contaban con tales sistemas de participación como fue ejemplo Alemania, entre otros.

La consecuencia fue el abandono de un modelo único y uniforme de intervención de los trabajadores en el proceso de toma de decisión el que llevó a su “sustitución por otro más flexible, que tradujese la diversidad de formas, contenidos y funciones que la participación adopta en los distintos sistemas europeos, y que en el plano formal opta por separar normativamente la regulación hasta entonces unitaria”<sup>424</sup>, pero reservando la representación de los trabajadores a la Directiva y el Estatuto de la sociedad al Reglamento.

Hoy existen diferentes “modelos de participación transnacional de los trabajadores en la empresa”<sup>425</sup> ofrecidos aquellas que actúan en el espacio comunitario, con significativa flexibilidad.

#### b) Comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta

En la línea de opciones flexibles la Directiva 94/45/CE y su versión refundida por la Directiva 2009/38/CE, mismo así no deja de ser en parte ambiguo incluso dejando un amplio margen a la autonomía de la voluntad, con todo “impone a las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria la obligación de proporcionar a los trabajadores procedimientos de información y consulta adecuados”<sup>426</sup> pero como alerta el doctrinador tiene por su propia configuración efecto limitado.

Esta normativa no tiene por objeto alcanzar la armonización de legislaciones preexistentes en los EE.MM., pero si diseñar un marco comunitario que tipifique los diversos instrumentos de información y consulta en empresas de ámbito europeo, dicto de otra forma exigible a las empresas que, según las definiciones dadas en la propia norma merezcan la consideración de dimensión comunitaria y no a todas as empresas de los EE.MM., relativamente a la participación de los trabajadores en sentido amplio,

<sup>424</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 82.

<sup>425</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pp. 178 y ss. La autora ofrece un estudio compactado no tan solo de la dimensión transnacional de los derechos de participación de los trabajadores, pero también de sus modelos aplicables, aquel desde p. 135 y estos desde la p. 178.

<sup>426</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional...*, Op. Cit., p. 105.

al modo de lo alcanzado por la Directiva 2002/14/CE, en su marco general cuanto a información y consulta de los trabajadores de la Comunidad.

El alcance instituido por la Directiva 94/45/CE es mantenido por la Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo de 2009, que deroga aquella, cumpliendo su mecanismo de “revisión”<sup>427</sup>, y que para sus efectos se entenderá por:

“a) ‘empresa de dimensión comunitaria’: toda empresa que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos”;

“b) ‘grupo de empresas’: un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”;

“c) ‘grupo de empresas de dimensión comunitaria’: todo grupo de empresas que cumpla las siguientes condiciones:

- que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados miembros,

- que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes, y

- que al menos una empresa del grupo emplee a 150 o más trabajadores en un Estado miembro y al menos otra de las empresas del grupo emplee a 150 o más trabajadores en otro Estado miembro”.

El sentido de grupo es aquel que “encarna un proyecto empresarial con entidad propia en su globalidad, dotado de un valor autónomo que supera el de la suma de sus componentes. Un valor propio que viene condicionado a la existencia de instancias de poder gestión y gobierno capaces de darle sentido y orientación común”<sup>428</sup>. Dicho de forma sencilla, quedan excluidos del concepto aquellos grupos en que todas las empresas se hallen en situación de igualdad respecto de las demás, por no haber por lo menos una empresa dominante.

La autonomía de la voluntad es el eje central que vértebra todas las cuestiones que la Directiva regula, o sea abarca desde el procedimiento inicial para la creación del Comité de Empresa Europeo o procedimiento de información y consulta, pasando por

---

<sup>427</sup> La Directiva 94/45/CE previa los mecanismos para su revisión y el plazo en que debía efectuarse, establecido en cinco años, a partir de su entrada en vigor. Para ello resultaban de especial importancia las experiencias de información y consulta derivadas de la aplicación de la Directiva que ha dejado ver que dicha aplicación no ha sido ni lo sencilla ni lo eficaz que cabía esperar. Por ello y tras un largo y complejo proceso de revisión en las instituciones comunitarias ha dado lugar a la refundición desarrollado por la Directiva 2009/38 CE de 6 de mayo de 2009, en busca de modo que se dote el proceso de una existencia real y efectiva avanzando y profundizando en los objetivos de la información y consulta de los trabajadores en la empresa y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

<sup>428</sup> BAZ RODRIGUÉZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada 2002, p. 21.

sus funciones, su composición o el alcance del derecho de información, pero, de otra parte, por aquella característica puede posibilitar que el Comité de Empresa Europeo (CEE) o su equivalente instrumento de participación y consulta no se instaure necesariamente en todas las empresas o grupos de dimensión comunitaria.

En el espacio dejado por esa autonomía, por lo tanto cabe la posibilidad de que trabajadores y la dirección central de la empresa se pongan de acuerdo para el fin de no constituir el Comité o su equivalente instrumento, esta facultad está en la Directiva, así como también, que constituido el Comité sus funciones y composición pueden tener un alcance distinto al de otras empresas o grupos.

El problema es que esta autonomía de voluntad acaba por “mermar su eficacia”<sup>429</sup>, diferente del que alcanza la Directiva 2002/14/CE que impone a los EE.MM. la obligación de respetar a nivel nacional, aunque a menudo con efecto transnacional, los derechos de información y consulta de los trabajadores, pese a que su alcance no sea idéntico.

Por su vez, el procedimiento para alcanzar el instrumento de información y consulta de los trabajadores se debe de inicio observar el que prevé el “punto 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales”<sup>430</sup> y a seguir el establecido en el art. 4 de la Directiva, como para organización del CEE.

La Directiva incumbe a la dirección central o a la empresa “la responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución del Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta”. Debe ser proporcionado a los trabajadores o sus representantes la información necesaria para comenzar los trámites correspondientes, a partir de ahí se iniciará la negociación visando la constitución del correspondiente instrumento de participación de los trabajadores en la empresa, cuya iniciativa pueda partir de la propia dirección central o de los propios trabajadores mediante petición escrita por cien de ellos o de sus representantes pertenecientes, por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en EE.MM. diferentes.

La Directiva remite para la normativa nacional de cada Estado, que concretará la forma de elegir o designar a los miembros de la Comisión negociadora, siguiendo las directrices marcadas por la propia Directiva, cuyas negociaciones deberán desarrollar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo escrito y que se adoptará con el

---

<sup>429</sup> ORTIZ LALLANA, C., *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 109.

<sup>430</sup> Vid. Punto 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, prevé: “la información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los distintos Estados miembros”.



voto favorable de la mayoría de los miembros de la comisión, aunque no necesariamente tendrá que alcanzar el acuerdo.

La transposición de la Directiva 94/45/CE al ordenamiento jurídico español se produjo por vía legal a través de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, en que pese los arts. 30 hasta 34, relativos a las infracciones y sanciones que fueron derogadas por el RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Esa Ley reproduce casi integralmente las normas de calado internacional, complementado por la ordenación interna, con todo sin cambiar la esencia del espíritu de la Directiva, incluso adecuando algunos dispositivos de normas internas como es el caso de la Ley Orgánica de Libertades Sindicales y el Estatuto de los Trabajadores.

No se puede olvidar que, la Directiva 2009/38/CE, versión refundida de la Directiva 94/45/CE, a quien deroga, cumpliendo un proceso de revisión previsto en esta, así perfecciona algunos institutos que ahora son traspuestos por la Ley 10/2011 de 19 de mayo, reforzando no sólo el comité de empresa como el sistema de información y consulta de las empresas o grupos de empresas de dimensión europea.

### c) Sistema de negociación libre y voluntaria

#### 1) Concepto de negociación

Diálogo es un concepto que abarca, desde las consultas informales, hasta los complejos y verdaderos procesos de negociación de convenios colectivos vinculantes y eficaces. Son muy frecuentes las invocaciones al diálogo social en todo tipo de foros sea nacionales o europeos, macro o micro económico, sea institucional, sectorial o de empresa.

Por su vez la “negociación colectiva es la expresión abreviada de un proceso de diálogo, acercamiento y, eventualmente, acuerdo entre los trabajadores organizados y el empresario o una o varias organizaciones de empresarios”<sup>431</sup>.

En cualquiera negociación es insoslayable la garantía de tener la facultad de realizarse una confluencia o no, según la voluntad individual o colectiva, esto es, estar movido por una acción libre y voluntaria.

---

<sup>431</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005, p. 169.

## 2) Objeto, contenido y función

El difícil equilibrio entre los objetivos programados y perseguidos en el ámbito Europeo y el derecho normativizado, en cuanto el deseo de institucionalización de diversos elementos que influyen en la relación laboral, incluso las formas de participación de los trabajadores, pero en contrapartida, no es posible imponer a los EE.MM. mudanzas tan radicales en sus ordenamientos jurídicos, por diversas razones que no caben ahora discutir, de ahí el recurso a la negociación colectiva encomendada, que se ha tornado la clave en el seno comunitario e internacional.

Así es que la complejidad de las disposiciones contenidas en las Directivas 94/45/CE y su revocadora Directiva 2009/38/CE, 2001/86/CE y 2003/72/CE “ha llevado al legislador comunitario a evitar imponer un alto grado preceptivo en sus contenidos, y ello gracias al recurso a la negociación colectiva entre los sujetos interesados, esto es, entre los empresarios y los representantes de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación”<sup>432</sup>.

No se quiere decir con esto que ese tipo de negociación ocurra a nivel de fuente normativa en el plano estatal, mientras que la norma estatal por veces contempla y cada vez más la posibilidad de que los interlocutores sociales creen y adopten normas para regir sus intereses, complementando la voluntad del legislador, en el caso comunitario y sus normativas.

Por tanto lo que se trata es de poder ejecutar y cumplir las normas europeas y sus correspondientes disposiciones internas de aplicación mediante acuerdos entre la dirección de una empresa o un grupo de dimensión comunitaria o los órganos competentes de las sociedades y entidades participantes en la constitución de una SE o SCE y una representación de los trabajadores que prestar servicios a dichas entidades.

Para compatibilizarse con la “diversidad de sistemas o modalidades de intervención de los trabajadores, tal como podrían estar contempladas y reguladas en las legislaciones nacionales” a las que se encontrasen sujetas con anterioridad cada una de las sociedades o personas físicas que las integren, el legislador comunitario eligió la negociación colectiva como fuente primaria de los mecanismos de implicación laboral en la SE y en la SCE.

Así es que la opción por esta técnica ofrece a las partes la oportunidad de elegir el sistema que más les convenga y que mejor se adapte a sus tradiciones, sea la de un ordenamiento jurídico estatal, o incluso, la de la propia empresa afectada.

---

<sup>432</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 165.

Una análisis más cuidadosa de la terminología utilizada en las Directivas 2001/86/CE y 2003/72/CE lleva a parecer que el legislador comunitario ha querido evitar conceptos predefinidos en la normativa europea y con eso dejar patente el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la fijación del régimen y modalidades de intervención de los trabajadores en la gestión societaria.

No es por acaso que el legislador europeo dejó de utilizar el término participación en sentido genérico para indicar su tradicional identificación con la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos de gestión de la empresa, optando por un concepto más sutil y abierto, el de implicación, abriendo con ello un abanico de formas de intervención de los trabajadores en la empresa, desde que acordado entre las partes, se aproximando do legislador constituyente español, con su art. 129.2 CE, mientras este fue menos osado.

En España la negociación colectiva es fomentada desde el legislador nacional para que pueda ser, si no la principal fuente de la regulación laboral, por lo menos que abra un espacio amplio a los mayores interesados del diálogo social. La búsqueda de la informalidad es un facto que el ordenamiento jurídico privilegia en materias que restaría muy difícil el Estado ofrecer la solución o evitar situaciones de conflicto. El sistema de negociación colectiva se apoya en los convenios colectivos, pero admite otros productos de la negociación colectiva, algunos de ellos con eficacia vinculante al amparo de la Ley, como es el caso de los acuerdos de empresa.

A pesar de esa aparente preponderancia de la regulación negociada, como afirma el doctrinador, “incluso de la flexibilidad en su instrumentación a través de distintos tipos de pactos y acuerdos de eficacia variable”<sup>433</sup> y que hace ya algún tiempo estar a disposición de las partes reguladoras, pero su utilización en la regulación de las cuestiones relativas a la participación directa de os trabajadores, o indirecta, por medio del comité o de otras representaciones específicas, están relativamente ausentes del panorama nacional de la negociación colectiva.

Es cierto que España conoció un período de intensa negociación colectiva, de diálogo social y quizá de una “concertación social”<sup>434</sup> en el período de transición democrático, su consolidación hasta los tiempos actuales, los grandes “pactos colectivos”<sup>435</sup>, pero con destaque para los acuerdos interprofesionales el que coloca este

---

<sup>433</sup> LANDA ZAPIRAIN, J., *Las nuevas formas de participación e la empresa*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca en mayo de 2006, pp. 320 y 321.

<sup>434</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Concertación y diálogo social*, Ed. Lex nova, Valladolid 1999, pp. 16 y ss.

<sup>435</sup> ENRIQUE DE LA VILLA, L., *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985. Reúne en esta obra los principales pactos hechos en España hasta la data de la publicación de su obra.

país en una posición privilegiada cuanto a la negociación colectiva en el ámbito europeo.

Muy limitadas aún son las tendencias innovadoras en ciertos aspectos de la intervención participativa de los trabajadores, mientras hay ganado espacio en la dinámica de la negociación sectorial y de la empresa española, pero esta “negociación colectiva está lejos de generalizarse como un mecanismo de ‘codeterminación’ de las cuestiones relativas a la organización del trabajo”<sup>436</sup>.

Existen datos relativos a la negociación colectiva implementados por las comisiones paritarias o de singular naturaleza, inicialmente regulados para la gestión y resolución de los problemas de aplicación del convenio, en calidad de órgano de participación, pero no se puede ahora transformar la naturaleza de órgano de supervisión y gestión de los acuerdos, en otro distinto de cogestión de las decisiones que normalmente se reservan al nivel de la dirección de la empresa.

La negociación colectiva viene se revelando y cada vez más como el más importante cauce de la participación de los representantes de los trabajadores en el poder de dirección de la empresa a la medida que va perdiendo la característica de simple negociación de adquisición en provecho de mayores ventajas laborales. El propio objeto de la negociación colectiva ha evolucionado fuertemente, dejando lugar a una “negociación de adaptación”<sup>437</sup> o sea de gestión, en el sentido de que los interlocutores sociales hacen concesiones al empresario, participando por esa vía en la propia gestión de la empresa.

Han surgido cuestiones sobre la negociación colectiva a nivel de empresa a cerca de la competencia que comparten los representantes unitarios y las representaciones sindicales definidas en el art. 87.1 de la LET, se pronunciando el Tribunal Supremo que:

- “Se trata en orden a la legitimación, de un sistema dual, pero alternativo y no acumulativo (S. de 20-7-00, rec. 509/2000)”<sup>438</sup>.

- “En relación al comité intercentros, que está legitimado para negociar convenios colectivos de empresa, si así le establece la norma que lo crea, no lo está sin embargo

---

<sup>436</sup> LANDA ZAPIRAIN, J., *Las nuevas formas de participación e la empresa*, Ponencia presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 323.

<sup>437</sup> SAMPER JUAN, J. , *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, p. 270.

<sup>438</sup> Idem, p. 270.

para negociarlos a nivel de sector (...) ese nivel corresponde exclusivamente a los sindicatos (...) números 2 y 4 del art. 87<sup>439</sup>, de la LET (s. de 20-10-97, rec. 2717/1995).

- “Cuanto a las representaciones sindicales, que como quiera que las secciones sindicales son órganos internos de los propios sindicatos pueden negociar en su nombre, pese a la dicción literal del artículo 87, el propio sindicato”<sup>440</sup> y continua, afirmando que a él corresponde originalmente “el derecho a la negociación colectiva en cuanto forma parte de la actividad sindical (artículo 2.2.d) LOLS). Por ello, en principio, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad (...)”<sup>441</sup> (ss. 20-2-00 rec. 2040/1999 y 16-9-04, rec. 129/2003).

#### IV. Participación de los trabajadores en el Derecho Comparado

Tras el sencillo estudio necesario para la comprensión de los elementos que contribuyeron y contribuyen para la formación del Derecho europeo y al propio tiempo la influencia que irradia al ordenamiento jurídico de los otros países miembros de la Unión Europea, y así tener una visión del conjunto, incluso de los más destacados en los aspectos relativos a participación de los trabajadores en la empresa. Como se ha visto el elemento tajante de aquello estudio y que lo justifica, es identificar los modelos de participación de los trabajadores vigente en los referenciados países cuyos aspectos, como se ha dicho, no tenía el propósito de agotar el asunto, pero identificar el contenido del tema en cada país para compararlo con el de España.

El que se hace ahora es un estudio en líneas generales del estado de la arte en los diferentes países en que se ha encontrado subsidios significativos, que trate de la participación de los trabajadores en la empresa, para compararlo con los aspectos más candentes del tema en España. Advirtiéndose que ni todos los países fueron objeto de estudio por las razones que se justifica al final, pero con cuidado para no tornar repetitivo aquellos aspectos ya estudiados dentro de la Comunidad Europea, pero complementarlos.

Otra consideración que se debe hacer por antelación es que el criterio de ordenar los países analizados lleva en cuenta la influencia que pueda tener ocurrido en el

---

<sup>439</sup> SAMPER JUAN, J. , *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006, pp. 270 y 271.

<sup>440</sup> *Idem*, pp. 270 y 271.

<sup>441</sup> *Ibidem*, pp. 270 y 271.

desarrollo del ordenamiento jurídico español, o el de este en relación a otros países, mismo que de forma indirecta, en un estudio comparado.

#### 4.1. Participación de los representantes de los trabajadores en la empresa y el comité de empresa alemana

En Alemania, bien temprano, se ha hecho la opción de separar el ámbito de la empresa de la estructura de la negociación colectiva, para poder adaptar el papel del sindicato en la empresa, orientándolo a un sistema propiamente de participación que fue siendo implantado por iniciativa de la propia empresa, después asimilado por los trabajadores y, a final, institucionalizado pelo Estado.

Ante al creciente relación conflictiva generada por el sistema de producción industrial, que de inicio propició el surgimiento y después la potenciación de la presencia y acción sindical, cuya técnica negociadora puede ser eficaz para gobernar la participación en la empresa, organización del modelo fordista, pero sin duda ineficaz para gobernar la empresa-actividad, que es la noción de empresa que maneja la Economía, la empresa que toma decisiones estratégicas de naturaleza económica.

Al adoptar el sistema de cogestión para realizar la efectiva participación de los trabajadores en la empresa, reservando a los sindicatos el espacio residual para la negociación de los convenios colectivos, ha garantido un desarrollo económico y social sostenible a un país que ha pasado por tantas transformaciones en las ultimas dos décadas.

Así es que el ordenamiento jurídico alemán prevé un sistema dual de representación de los trabajadores en la empresa: la unitaria, el comité de empresa y la sindical. También se reconoce otra forma de representación, aunque sólo sea aplicable a determinadas entidades jurídicas mercantiles, en concreto, a las sociedades anónimas denominadas en la legislación alemana sociedades de capital por acciones, es la representación de los trabajadores en los Consejos de Vigilancia.

Por esto se ha afirmado que el “sistema de participación unitaria de los trabajadores en la empresa es la característica más destacada del Derecho del Trabajo alemán”<sup>442</sup> debido a que el comité de empresa es, en Alemania, una estructura independiente de los sindicatos, cuyo ámbito de actuación y funciones no se confunden con las desarrolladas por estos últimos. En las empresas los comités y los sindicatos coexisten, pero no interfieren en la representación y defensa de los intereses de los trabajadores en los referidos ámbitos.

---

<sup>442</sup> WEISS, M., *Betriebsverfassungsgesetz. Ein Kommentar für Studium und Praxis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1978, p. 34. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 43, Madrid 2003, p. 67.

Diferente del que ocurre en varios países de Europa de entre ellos España, no existe una previsión constitucional expresa sobre la participación de los trabajadores en la empresa, todavía la énfasis que existe a nivel infraconstitucional es tajante, siguiendo una evolución paradigmática en Europa.

a) Sistema de cogestión de la República Federal de Alemania

No es que el sistema de cogestión de la República Federal de Alemania se haga impuesto por otro factor que no sea su modelo, que prevé un sistema dual de representación de los trabajadores en la empresa: la “unitaria y la sindical”<sup>443</sup> pero también reconoce otra forma de representación que sólo es aplicable a las denominadas en la legislación alemana “sociedad de capital por acciones”<sup>444</sup>, que corresponde en la Unión Europea y en otros países a las sociedades anónimas. Esta última forma de representación consiste en la presencia e intervención en sus Consejos de Vigilancia de representantes de los trabajadores allá de los representantes de los accionistas. Así es que todos los trabajadores de la empresa pueden concurrir a la elección de representante en el Consejo de Vigilancia, el que ha llevado algún autor a considerar esta modalidad de representación como “parte integrante de la general y en contraposición a la sindical”<sup>445</sup>.

El origen de la cogestión remonta al siglo XIX, pero es con la Ley del año de 1920 que se consolida la estructura de doble canal de representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa, a saber: “los sindicatos y los comités de empresa”<sup>446</sup>.

El destaque del *Betriebsrat* o comité de empresa alemán en relación a otros previstos en ordenamientos europeos no lo es por su estructura orgánica, pero la atribución legal de amplias funciones participativas en la gestión empresarial, lo que convierte a la República Federal de Alemania en el país dotado con el sistema jurídico más institucionalizado a estos efectos comparado a los demás aparceros de Comunidad.

---

<sup>443</sup> FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 65.

<sup>444</sup> Ídem, p. 65. Esclarece que la legislación alemana reconoce dos tipos societarios: las sociedades de personas y la (sic) sociedades de capital. Dentro de las primeras, carentes de personalidad jurídica, se incluyen la sociedad simple, la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simples. Y dentro de las segundas, con personalidad jurídica propia, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad mixta, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad por acciones.

<sup>445</sup> Ibídem, p. 65. La autora llama atención para la clasificación divergente entre una general (interna a nivel societario o externa a nivel de unidad productiva) en contrapartida a sindical y la doctrina más actual para quien interno y externo se vincula ser o representante afiliado a sindicato o no de ahí externo.

<sup>446</sup> Ibídem, p. 66. Ley de comité de empresa, de 4 de febrero de 1920. Su articulado previa que en cada unidad productiva con al menos 20 dependientes se constituye un comité de empresa elegido por todos los trabajadores empleados en la unidad.

La participación de los trabajadores en la empresa en el ordenamiento jurídico alemán tiene una trascendencia muy grande, tanto interna como externamente a ese país, y que tiene ayudado a afrontar las vicisitudes y desafíos de la actualidad.

Para comprender mejor el sistema de representación unitaria de los trabajadores en las empresas alemanas se puede hacer una breve referencia a origen histórica de los institutos que propiciarán su desarrollo.

Durante el siglo XIX, como reacción al desarrollo industrial y la consiguiente creciente presión del movimiento obrero, los empresarios alemanes implantaron voluntariamente unas elementales formas de participación de los trabajadores en las empresas, después creadas por un edicto imperial de 1880. Con esta medida, el empresario perseguía detener la implantación sindical en las empresas y, al mismo tiempo, afianzar su poder de dirección a través del establecimiento de una estructura democrática en la unidad de producción que permitiría una mayor aceptación de sus decisiones se instrucciones mediante la “reducción de las tensiones obrero-patronales”<sup>447</sup>.

Así es que la primera experiencia relevante de participación en la empresa se puede situar en Alemania con la constitución de comités de trabajadores en 1891, que se elegían democráticamente entre estos y a los que el empresario debía oír en materias de organización de trabajo.

Como evolución de este primero intento se siguió una Ley de 1916, por la cual se constituyó comités de trabajadores y de empleadores en todas las empresas de más de cincuenta trabajadores, para colaborar con el empresario y fomentar la armonía en la empresa.

En la Constitución de Weimar de 1919, se incluye un extenso precepto en el art. 165, en el que se diseña la constitución de unos consejos de obreros en las empresas, para velar por la defensa de los intereses sociales y económicos de los empleados y de los obreros, así como otras formas de macro-participación: los consejos obreros de distrito y el consejo obrero del Reich, llamados a ser piezas de un orden de corte corporativo. Este impulso constitucional resulta en la Ley sobre consejos de empresa de 1920 (*Betriebsrätegesetz*).

Con dicha Ley se desarrolló parcialmente los principios contenidos en la Constitución de 1919, al tiempo que confirmó la existencia de un sistema dualista de defensa de los intereses de los trabajadores de que se ha hablado antes.

---

<sup>447</sup> HANAU, P., *Die Entwicklung der Betriebsverfassung*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1993, pp. 817 y ss. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 67.



Hubo un hiato durante el régimen nacionalsocialista el cual se suspendió cualquier forma de participación y de derechos sindicales, después “el cual se restableció en 1952 el sistema de representación unitaria del personal en la empresa con la aprobación, ese mismo año, de la Ley de Comités de Empresa, de 11 de octubre (*Betriebsverfassungsgesetz*), norma que mantuvo la estricta separación entre los sindicatos y los comités de empresa”<sup>448</sup>. Siendo incluso durante la “tramitación de la Ley”<sup>449</sup> rechazada la reivindicación sindical no proceso de aprobación de la Ley, interesado en que la participación de los trabajadores en la empresa pudiese pasar gradualmente a integrarse en la estructura sindical establecida.

Con la reforma de la Ley de Comités de Empresa en 1972 fue suavizada la estricta separación entre sindicatos y comités de empresa, al tiempo que aumentó las competencias de estos últimos. Es que esta reforma perseguía un doble objetivo, pues en cuanto por una parte pretendía fortalecer el derecho de participación de los representantes de los trabajadores en las empresas, por otro, adaptar la Ley de “Comités de Empresa”<sup>450</sup> a las nuevas formas de organización del trabajo.

A propósito la “doctrina científica alemana”<sup>451</sup> venía denunciando cómo los cambios operados tanto en las condiciones económico-financieras, como en la estructura productiva y en la estrategia de las empresas y el complicado sistema electoral instaurado por la Ley de Comités de Empresa de 1972, habían provocado una “disminución de número de comités de empresa”<sup>452</sup>, cuya constitución depende, en la práctica, de la voluntad de los representados. De otra parte, se puso de manifiesto como el progresivo aumento del número de trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal y el desarrollo de nuevas formas de empleo, como el

---

<sup>448</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, pp. 67 y 68.

<sup>449</sup> VON HOYNINGEN-HUENE, G., *Betriebsverfassungsrecht*, 4 Auflage, C. H. Beck, München 1998, p. 15. Citado por ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 68.

<sup>450</sup> Detenidos estudios sobre la participación en las empresas alemanas fueran hechos, de entre otros doctrinadores ALMANANSA PASTOR, J. M., *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Tecno, Madrid 1965, pp. 166-220; DE LA VILLA, L. E., *La cogestión en la República Federal de Alemania*, en AA.VV., Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa, Universidad Complutense, Madrid 1967, pp. 85-95; GARRALDA VALCÁRCCEL, A., *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania*, Universidad de Oviedo, Oviedo 1967; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., *La nueva ley alemana de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista de Política Social, nº 94, 1972, pp. 71-100; OJEDA AVILÉS, A., *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1978; y DE LA VILLA, L. E., *La participación de los trabajadores en la empresa*, IEP, Madrid 1980, pp. 186-234.

<sup>451</sup> LÖWISCH, M., *Betriebsverfassung in der Wirtschaft der Gegenwart*, Arbeits und Sozialrecht, 1999, p. 2209 y ss.; REICHOLD, H., *Betriebssung ohne Betrieb*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, nº 11, 1999, p. 561. Citado por ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 65.

<sup>452</sup> Se observó esta tendencia especialmente en las pequeñas empresas, que de 1994 a 1998 hubo una queda acentuada en el número de comités de empresa instalados.

teletrabajo, habían “debilitado los tradicionales mecanismos de participación de los trabajadores en la empresa”<sup>453</sup>.

Una encuesta para conocer el papel que los empresarios alemanes otorgaba a los comités de empresa, realizada en 1999 por el *Institut der deutschen Wirtschaft*, teniendo 83% de los encuestados afirmado que “los órganos de representación de personal en la empresa eran vitales para el buen funcionamiento de la misma”<sup>454</sup>.

La Ley de Comités de Empresa es al tiempo la “norma fundamental de las empresas y la piedra angular del sistema alemán de relaciones laborales”<sup>455</sup>, mismo con este perfil la Ley es reformada en 2001.

La reforma de la Ley de Comités de Empresa de 1972 superviene por la Ley de 23 de julio de 2001, que presenta un extenso articulado con el que pretende reforzar el ámbito de decisión de los trabajadores en el centro de trabajo utilizándose de: aumento del número de miembros del comité de empresa, la simplificación del procedimiento electoral, el fortalecimiento de las competencias de participación de que disfruta, y la mejor protección y formación de los trabajadores jóvenes, miembros de la delegación juvenil.

## b) Comité de empresa

### 1) Ámbito y estructura

Como se ha estudiado en este mismo capítulo, el ámbito de constitución del comité de empresa es el centro de trabajo *Betrieb*, entendido como una “unidad productiva con organización específica”<sup>456</sup> y, por lo tanto, no la empresa *Unternehmen*, salvo que, naturalmente, la empresa cuente con un único centro de trabajo, en cuyo caso, se convertirá en la unidad de imputación de la representación de los trabajadores.

<sup>453</sup> Vd. *Entwicklung der Telearbeit. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen*, BMA-Forschungsbericht, München, 1997, apdo. 269a. Encuesta realizada en 1997 por el Fraunhofer Institut mostró cómo 900.000 trabajadores que en 1996 prestaban sus servicios en el ámbito de dirección y organización de un empresario se habían convertido en teletrabajadores y, consiguientemente, desarrollaban su prestación fuera del centro de trabajo. Referenciado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 65.

<sup>454</sup> NIEDENHOFF, H. U., *Die Praxis der betrieblichen mitbestimmung*, Köln, 1999, pp. 46 y ss. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 66.

<sup>455</sup> WALTER RIESTER, en el discurso en el Congreso de los Diputados en 22 de junio de 2001. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 66.

<sup>456</sup> Vd. MIÑAMB PUIG, C., *El centro de Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Colección Tesis Doctoral, Madrid 1985, p. 85 y ss. Sobre las dificultades para su determinación. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 68.

Los “trabajadores del centro de trabajo podrán, si así lo deciden”<sup>457</sup>, constituir tantos comités de empresa como centros de trabajo posea la empresa “con más de cinco trabajadores en el centro de trabajo de los cuales tres sean elegibles”<sup>458</sup>.

Con la reforma de 2001, la Ley de comités de empresa, en adelante Betr VG 2001, aumentó el número de miembros del comité de empresa “según una nueva escala que comienza con 1 representante (en centros de trabajo con entre 5 y 20 trabajadores electores) y finaliza con 35 (en centros de trabajo con entre 7001 y 9000 trabajadores), incrementándose esta cifra en 2 representantes por cada 3000 trabajadores adicionales en centros de trabajo con más de 9000 trabajadores”<sup>459</sup>. Todavía es mantenida la posibilidad de reducir el número de miembros del comité de empresa cuando un centro de trabajo el “número de candidatos sea inferior al número de vagas existentes”<sup>460</sup>.

La ley de 2001 determina la inclusión de los teletrabajadores en el ámbito subjetivo de aplicación para reforzar el existente; y en los centros de trabajo en los que no exista un comité de empresa, el comité intercentro o, en su caso, el comité del grupo pueden acordar su constitución por el principio denominado de *Mentorenprinzip* que, según ha puesto de manifiesto la “doctrina científica”<sup>461</sup>, permitirá agilizar la creación de comités de empresa.

Es mantenida la regulación de los comités ejecutivos *Betriebsausschuss*, es decir, cuando el comité de empresa está compuesto por al menos nueve miembros se constituirá un comité ejecutivo encargado de resolver los asuntos de trámite, así como aquellos otros que expresamente le atribuya el comité de empresa, y su composición debe respetar la proporcionalidad numérica entre los trabajadores administrativos y los obreros. Así también es mantenido el comité económico *Wirtschaftsausschuss*, de tal forma que se o centro de trabajo tiene más de cien trabajadores, el comité de empresa o, en su caso, el comité intercentros, designará un comité económico compuesto por entre tres y siete miembros; uno de los cuales, al menos será, a su vez, miembro del comité de empresa, todavía deben ser trabajadores de la empresa, incluso personal de alta dirección, pero no necesariamente miembros del comité de empresa.

Para los trabajadores menores de dieciocho años no pueden ser ni electores ni elegibles, le siendo otorgado una protección especial cuando hubiere en un centro de trabajo al menos cinco trabajadores jóvenes, vinculados por un contrato de formación, en estos casos hasta veinte cinco años, se elegirá una delegación juvenil, *Jugend – und Auszubildendenvertretung*, cuya estructura orgánica será similar a de los comités de

---

<sup>457</sup> Como se ha dicho antes, en Alemania la diferencia del sistema de representación unitaria español, la representación del personal en la empresa no es necesaria, en el sentido de que se defiera por ministerio de la ley, sino que su existencia depende de la voluntad de los representados quienes podrán libremente decidir la no constitución del comité.

<sup>458</sup> Vd. Art. 1 Betr VG.

<sup>459</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 69.

<sup>460</sup> Vd. Art. 11 Betr VG.

<sup>461</sup> RICHARDI, R., *Reforma des Betriebsverfassungsgesetzes?* Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, nº 4, 2000, p. 164. Citado por ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana...*, Op. Cit., p. 70.

empresa y cuyas funciones se limitarán a la colaboración con el comité de empresa , pero, en ningún caso, a la representación de los intereses de este colectivo frente al empresario.

Se ha permitido, por la primera vez, si así se ha pactado en convenio colectivo, la constitución de comités de empresa que representen a varios filiales o secciones de la empresa *Sparten – und Filialbetriebsräte*. Otro avance ocurre ante la dificultad de redefinir el concepto de *Betrieb* para alcanzar nuevas estructuras productivas, el “legislador alemán ha optado por favorecer la creación de órganos de representación adaptados a las mismas.”<sup>462</sup>

## 2) Sistema electoral

“Son electores los trabajadores del centro mayores de dieciocho años, con independencia de la antigüedad del trabajador en la empresa o del tipo de contrato que le vincule a la misma”<sup>463</sup>. Por su vez, los trabajadores en misión serán electores al comité de empresa del centro de trabajo en el que desarrollen sus funciones siempre que disfruten de una antigüedad en la empresa de al menos tres meses.

De otro lado, son elegibles los trabajadores mayores de dieciocho años con una antigüedad general en la empresa de al menos seis meses. Todavía si se trata de empresas de nueva creación, serán elegibles los trabajadores vinculados a la empresa en el “momento en el que se promuevan las elecciones”<sup>464</sup>. No cabe cualquier discriminación a trabajadores extranjeros, son electores y elegibles.

Prohíbe la Betr. VG 2001 cualquiera discriminación de la mujer en las elecciones al comité de empresa, estableciendo incluso la necesidad de proporcionalidad entre el número de trabajadoras en el centro y en la representación en el órgano colectivo.

En casos de fusiones o divisiones de centros de trabajo o de empresas, el mandato del comité de empresa elegido inicialmente se entenderá prorrogado hasta que se promuevan nuevas elecciones en la estructura productiva resultante.

## 3) Duración y extinción del mandato

Los trabajadores elegidos para formar parte del comité de empresa tendrán un mandato de cuatro años, salvo algunas excepciones relativas a alteraciones de la plantilla en al menos cincuenta personas alterando el número de representantes, incluso por despido, u orden judicial de extinción del comité. Las elecciones deben transcurrir en el período de 1 de marzo y el 31 de mayo del año en curso.

<sup>462</sup> KONZERN, H., *Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes*, *Recht der Arbeit*, nº 2, 2001, p. 79 y ss. Citado por ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 72.

<sup>463</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 73.

<sup>464</sup> Vd. Art. 8 Betr VG.

#### 4) Competencias

Por las peculiaridades que poseen conviene distinguir entre las funciones de participación *Beteiligung* y las de negociación *Verhandlung*. En cuanto las primeras pueden ser muy variadas y abarcan desde el derecho de consulta o, incluso, de “control, codeterminación, cogestión y veto de las decisiones empresariales”<sup>465</sup>, la segunda es esencialmente la posibilidad de negociar.

El que diferencia el sistema alemán de los demás es que las funciones que desempeñan los comités de empresa pueden ser considerados como una efectiva participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y no sólo como una mera representación de sus intereses, pues tratase de verdaderos órganos de colaboración y cooperación en la adopción de las decisiones de la unidad productiva.

En general el comité de empresa tiene derecho a ser informado y/o a ser oído con anterioridad a la adopción de determinadas medidas empresariales, pero, al mismo tiempo, disfruta, en ciertas materias, de la facultad de colaborar con el empresario o, incluso, de intervenir directamente en el proceso decisorio de manera que si el empresario adopta la decisión sin el asentimiento del órgano representativo, ésta podrá ser impugnada en base a dicha circunstancia.

En razón de las materias sobre las que recaen ha diferentes grados que pueden estar en la área económica, social o personal.

#### 5) Funciones de participación

- En asuntos sociales

Los asuntos de carácter social es donde las competencias de participación del comité de empresas son más extensas. Estas materias sociales se encuentran enumeradas en el art. 87 Betr VG, incluso fue ampliada por la Betr VG 2001.

- En asuntos económicos

“Las competencias en materia económica están asignadas al comité económico del centro de trabajo y pueden ordenarse en competencias de codecisión (*Mitbestimmung*) y en competencias de información (*Unterrichtung*)”<sup>466</sup>.

En las competencias de codecisión el empresario debe abrir, al igual que con la legislación anterior, un período de deliberaciones y alcanzar un acuerdo, llamado de conciliación de intereses *Interessenausgleich*, con la representación de los trabajadores cuando la medida que pretende adoptar verse sobre un cambio estructural de la

<sup>465</sup> VON HOYNINGEN-HUENE, G., *Betriebsverfassungsrecht*, 4. Auflage, C. H., Beck, München, 1998, p. 200. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 74.

<sup>466</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 77.

empresa o de un centro de trabajo. *Betriebsänderung*. No habiendo acuerdo el conflicto es sometido a un mediador.

Nada cambia en relación a los órganos de representación que continúan teniendo igualmente derecho de recibir información, al menos trimestralmente, sobre la situación económico-financiera y contable de la empresa.

- En asuntos personales

Antes de la reforma de la Ley en 2001, las competencias de participación del comité de empresa eran más reducidas y se limitaban a la colaboración *Mitwirkung* con el empresario en diversas materias, tales como, el establecimiento de los criterios de selección del personal mediante la elaboración de un cuestionario para los aspirantes a ocupar vacantes en a empresa, evaluación de los resultados y otros. En materia de despido el Tribunal Supremo venía entendiendo que el comité de empresa disfruta de un auténtico derecho de cogestión, al tener que ser consultado con anterioridad a la adopción de dicha medida.

Con la reforma de la Betr VG2001 aumenta considerablemente las competencias relativas al personal, incluso los miembros del comité de empresa deben ser informados por el empresario sobre las nuevas contrataciones de personal en la empresa que se realicen mediante contratos civiles o mercantiles y no sólo laborales. Otras competencias más, son señaladas al comité de empresas relativo al personal, todavía huye a el objeto de este trabajo tan minucioso análisis.

#### 6) Funciones de negociación

Es competencia del comité de empresa también, allá de las de participación, negociar acuerdos de empresa *Betriebsvereinbarungen*, aunque carece de legitimación para negociar convenios colectivos. Tales acuerdos pueden versar sobre las materias en las que el comité de empresa tiene funciones de participación, aunque no exclusivamente y se “extienden a todos los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo”<sup>467</sup>.

#### 7) Obligaciones

La Ley Betr VG 1972 prevé que el comité de empresa está obligado a colaborar con el empresario y a hacerlo bajo el principio de la buena fe, incluso el que supone el comité de empresa permanecer neutral en supuestos de huelga, renunciando durante la vigencia del convenio colectivo a su ejercicio.

Otro deber importante es el de sigilo profesional, sea para proteger a la empresa como realidad social, económica y jurídica que es, sometida al juego de la libre competencia, o sea, cuanto el principio general de la buena fe. Así es que “el deber de

---

<sup>467</sup> LÖWISCH, M., *Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarungen*, Arbeit und Recht, 1978, pp. 97 y ss. Citado por ALZAGA RUIZ, I., La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 79.

sigilo profesional se extiende exclusivamente a aquellas materias expresamente clasificadas como secretas por el empresario”<sup>468</sup>. Todavía, la prohibición “no es aplicable a los intercambios de información en el seno del comité de empresa o entre este órgano y el comité intercentros o el comité del grupo”<sup>469</sup>.

#### 8) Garantías de los miembros del comité de empresa

Nadie dentro de la empresa detiene una posición más delicada que los miembros del comité de empresa, sea frente al empresario, frente a los sindicatos o al resto de los compañeros. El legislador alemán sensible a esto, les otorga una especial protección al concederles una serie de garantías tendentes a evitar represalias, así como un crédito horario para el desarrollo de las actividades representativas y la posibilidad de asistencia a cursos formativos, a cargo del empresario. En una apretada síntesis se garante:

Primero, que su mandato sólo puede ser revocado por decisión judicial a instancia de un representante sindical, del empresario o de una cuarta parte de sus representantes por quiebra grave de su deber;

Segundo, no puede ser despedido ni sancionado por ejercicio de la actividad durante el mandato ni durante el año siguiente, excepto casos de falta grave. La protección alcanza los miembros de la mesa electoral;

Tercero, el ejercicio del cargo es gratuito y rigurosamente nulo el pacto en el que se acuerde que miembro del comité perciba retribución específica por tal ejercicio, todavía existe cuidado en la ley para que no haya cualquiera especie de discriminación del miembro del comité;

Cuarto, garante el art. 78 Betr VG su adecuada promoción profesional, a ser interpretado en sentido amplio;

Quinto, para el ejercicio pleno de su actividad en el comité de empresa dispone de un crédito de horas retribuidas por el empresario que varía en función del tamaño y del tipo de actividad que desempeña la empresa, este crédito es fijado por ley, pero la doctrina jurisprudencial entiende será el comité de empresa el que debe decidir libremente el número de horas;

Sexto, reserva de horas para la asistencia a cursos a cargo del empresario o sindicatos, hasta cursos para obtención de título académico profesional;

Séptimo, prioridad del representante de personal de permanencia en la empresa en supuestos de traslados y desplazamientos, siendo necesario el consentimiento del comité de empresa para llevar a cabo cualquier de ellos, cuando se realice contra la voluntad del miembro afectado.

---

<sup>468</sup> ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 80.

<sup>469</sup> Art. 79 Betr. VG.

c). Consejo de vigilancia de las sociedades mercantiles (*Aufsichtsrät*)

Recomienda una atención especial el estudio de la codeterminación en el sistema alemán pues, desde un prisma de sistemática jurídica, no pertenece ni a ámbito del Derecho del Trabajo ni tampoco al Derecho de Sociedades, es que “los principios legales que regulan las competencias de los Consejos de Vigilancia que reconocen la cogestión se encuentran en la Ley de Sociedades Anónimas, en la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada y en el Código de Comercio”<sup>470</sup>.

Con casi la importancia y el protagonismo que posee hoy el comité de empresa, pero con más largo recorrido, la segunda modalidad de participación de los trabajadores en la empresa es el Consejo de Vigilancia del cual ya se ha hecho registros al identificar países con el sistema de doble canal de participación entre los miembros de la Unión Europea.

Esa modalidad de participación consiste en la presencia e intervención en el Consejo de Vigilancia, además de los representantes de los accionistas, de representantes de los trabajadores. Por el fato de la posibilidad de su elección ser extensiva a todo el personal laboral de la empresa, la que ha llevado a algunos autores a considerar esta modalidad de representación como “parte integrante de la general y en contraposición a la sindical”<sup>471</sup>.

“Al margen de discusiones doctrinales sobre el alcance de la cogestión en el ordenamiento jurídico alemán la participación de los trabajadores en los órganos societarios carece de una ordenación unitaria”<sup>472</sup>. La razón es que la normativa distingue tres tipos de participación de los trabajadores de forma que el primer se refiere únicamente al sector del carbón y la siderurgia, mientras que los otros dos quedan reservados a sectores diversos, amparado por la siguiente legislación.

El primer modelo está constituido por la Ley de cogestión de las industrias del hierro, acero y minería del carbón, de 21 de junio de 1951, que prevé un “sistema más fuerte de codeterminación existente en la actualidad en Alemania”<sup>473</sup>, pues el número de representantes de los trabajadores es el mismo que de los accionistas.

El segundo modelo está constituido por la Ley de establecimiento de los comités de empresa, de 11 de octubre de 1952. De entre las tres disposiciones presentadas es la que prevé el sistema más débil de participación de los trabajadores, pues su presencia en el consejo de vigilancia social no supera el tercio de sus miembros.

<sup>470</sup> ZACHET, U., *Prólogo* de la obra de MENDONZA NAVAS, N., *Los Derechos de cogestión en el Ordenamiento alemán*, Edición Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2002, p. 15.

<sup>471</sup> ALAIMO, A., *Rappresentanze dei lavoratori in azienda: Germania*, en AA.VV., *Il Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Vol. I, Edizione Scientifiche Italiane (Napoli, 1995), pp. 373 y ss. Citado por FERNANDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 76.

<sup>472</sup> FERNANDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 76.

<sup>473</sup> ALAIMO, A., *Rappresentanze dei lavoratori in azienda: Germania*, en AA.VV., *Il Diritto...*, Op. Cit., p. 76.



El tercer y último modelo es el regulado por la Ley general de codeterminación, de 4 de mayo de 1976, que comprende a todas las empresas societarias con más de 2000 trabajadores, nuevamente excluidas las del sector siderúrgico. En esta modalidad la representación de los trabajadores debe ser paritaria también.

Ahora bien, el que se puede extraer de los aspectos abordados es que el sistema unitario abarca estas tres diferentes manifestaciones que se quedan más visibles en la composición del consejo de vigilancia.

Son los aspectos organizativos del Consejo de Vigilancia y su funcionamiento que dan “especificidad a la figura, y permite comprender mejor las diferencias y similitudes con los órganos clásicos de representación en la empresa, los Comités de Empresa, a los que se acostumbra atribuir, de modo unívoco, la noción de participación de los trabajadores en la empresa”<sup>474</sup>.

El primer e importantísimo paso para la organización del Consejo de Vigilancia es determinar el modelo, dependiente de la norma en que se apoya y a partir de la cual la participación aplicable, así como el número de miembros del Consejo de Vigilancia.

El Consejo de Vigilancia es el órgano de control de la dirección de la sociedad en el derecho alemán, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, pues en aquél, tanto la sociedad anónima cuanto la sociedad de responsabilidad limitada cuentan con un modelo dual de administración de la sociedad, que con la Junta General de Accionistas configura un sistema de gobierno que se estructura en tres niveles, y constata las relaciones entre el órgano de administración y el Consejo de Vigilancia a través de las secciones que convoca este último, al menos, en cuatro ocasiones al año.

Algunos de los aspectos más complejos que rodean a los derechos de cogestión es el proceso de elección de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia y otros aspectos que se destacan también por su importancia, como es las facultades del órgano, de control en razón de las diferentes posibilidades de influencia de los trabajadores en el mismo, en función de la Ley de cogestión que afecte a la sociedad, es decir, la Ley Montan de 1951, la Ley de Establecimiento del Comité de Empresa de 1952 o la Ley de Cogestión de 1976.

Es importante resaltar en este punto que los derechos de información, como parte de la cultura de la cogestión, y que los “representantes de los trabajadores en el consejo de vigilancia cuentan así con la posibilidad de ser informado puntualmente y con detalle de las decisiones estratégicas de la empresa y pueden influir de alguna manera en las mismas”<sup>475</sup>. La intervención de los trabajadores en los Consejos de Vigilancia se completa con otras formas de participación en la empresa, como es la representación unitaria y que se trata de la llave para entender el secreto de la cogestión y de la representación unitaria en Alemania.

---

<sup>474</sup> MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 171. Para profundizar en el tema.

<sup>475</sup> ZACHET, U., *Prólogo* de la obra de MENDONZA NAVAS, N., *Los Derechos de cogestión en el Ordenamiento alemán*, Edición Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2002, p. 16.

## 1) Organización del Consejo de Vigilancia

### - Composición del Consejo de Vigilancia por la Ley de 1951 - Montan

Las empresas incluidas en el ámbito subjetivo de la norma de 1951 estaban obligadas a constituir Consejo de Vigilancia paritarios y que en general contaba con 11 miembros a saber: cinco representantes de los accionistas y entre ellos un miembro adicional; cinco representantes de los trabajadores que también contaban con un miembro adicional, y un tercer miembro neutral cuya responsabilidad era “defender el interés general”<sup>476</sup>. Más allá de esta composición la Ley previa un incremento en los casos de sociedades con un capital nominal superior a veinte millones de marcos. La misma Ley previa la incorporación de los trabajadores al consejo de administración por el cual habría un representante del personal y el director de trabajo.

### - Composición del Consejo de Vigilancia por la Ley de 1952 Comité de Empresa

Aplicable a las empresas y grupos que adopten forma jurídica de sociedad anónima, comanditarias por acciones, de responsabilidad limitada, sindicatos mineros con personalidad jurídica propia y cooperativas de compra, crédito, producción o consumo, que empleen, al menos 500 trabajadores, los trabajadores contarán con “un tercio de los asientos en el Consejo de Vigilancia”<sup>477</sup> y serán elegidos, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de 1951, donde la designación de los mismos corresponde al Comité de Empresa y a las organizaciones sindicales, por “todos los trabajadores”<sup>478</sup>, observadas las peculiaridades que cada tipo de personalidad jurídica tiene en la formación de la empresa estableciendo parámetros diferentes, números de trabajadores, capital social de la empresa hasta la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley de 1922, por el § 81 Betr VG 1952, de aplicación de esta Ley a las “empresas de tendencia”<sup>479</sup>, es decir a establecimientos que sirvan a finalidades políticas, sindicales, religiosas, caritativas, educativas, artísticas y similares.

### - Composición del Consejo de Vigilancia en la Industria Pesada

La Ley de Cogestión de 1951 contaba con una laguna que eran los grupos de empresas, por esto se entendían que esos grupos no estaban obligados a componer un Consejo de Vigilancia paritario. Forzado a se pronunciar el “fallo del tribunal alemán”<sup>480</sup> abría nuevo debate acerca de los derechos de participación en la industria

<sup>476</sup> SCHÖNE, J., *Gesetz mit kommentar über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugende Industrie*, Essen, 1951, p. 26. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán. Ed. de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 56.

<sup>477</sup> Tribunal Supremo alemán en sentencia de 3 de Julio de 1975 rechazaría la demanda que reclamaba la igualdad de representación entre trabajadores y empresa en el Consejo de Vigilancia. Ver dos *Mitbestgespräch* (1976), p. 74. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán. Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 61.

<sup>478</sup> Vd. Según ordena el § 76.2 Betr. VG.

<sup>479</sup> BÜRGER, M., *Mitbestimmung ohne Parität*, Köln, 1991, p. 22 y ss. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán. Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 63.

<sup>480</sup> Vd. LG DÜSSELDORF en sentencia de 23 diciembre de 1953, en NJW (1954), p. 236 y ss. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán. Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 65.

pesada, que solo termina con la aprobación de una nueva Ley de Cogestión de 1956, donde se conserva estos derechos en los grupos de empresas, todavía esta Ley se queda modificada más tarde por la de 2001.

“Aunque la citada norma mantiene la paridad en el Consejo de Vigilancia la capacidad de decisión de los trabajadores disminuía considerablemente con respecto del modelo de 1951”<sup>481</sup>, incluso los “sindicatos perdían el derecho a designar a dos miembros en el Consejo de Vigilancia”<sup>482</sup>.

#### - Composición del Consejo de Vigilancia en la Ley de 1976

Esta Ley de participación mantiene la formación paritaria de Consejo de Vigilancia y presenta varios modelos en función del número de trabajadores de la empresa. Por el § 7.1 MitbestG cuando la empresa ocupe menos de 10.000 trabajadores el Consejo de Vigilancia se compondrá de 12 miembros de los cuales seis representarán a los accionistas y seis restantes a los trabajadores, siguiendo después una proporción establecida.

#### - Presidencia y vicepresidencia del Consejo de Vigilancia

La constitución del órgano de control se completa con la elección de presidente y de uno o varios vicepresidentes, siendo que “el nombramiento de los cargos del consejo de vigilancia se realiza por y entre los miembros de dicho órgano. Además, dispone el § 107 AktG, que la designación y cese de presidente y vicepresidente es, entre otras, una competencia reservada al pleno del órgano de control quedando por ello prohibida la delegación de este derecho en una comisión”<sup>483</sup>.

En relación a autonomía y competencia, las diferentes Leyes de cogestión, a la vez que ordenan el principio de igualdad entre las diferentes fracciones que forman el Consejo de Vigilancia, también proclama la independencia de los miembros que integran el órgano de control”<sup>484</sup>.

El presidente de Consejo de Vigilancia ocupa una posición intermedia entre dicho órgano y el Consejo de Administración, incluso es quien cabe preparar y dirigir el trabajo del Consejo de Vigilancia y también su representante en la empresa. Tanto el presidente y vicepresidente tiene su designación efectuada teniendo encuenta que la Ley no exige un quorum especial, es por mayoría simple.

Estos procedimientos sobre nombramiento sufren alteración en la Ley de cogestión de 1976 donde la elección de presidente y vicepresidente del Consejo de Vigilancia, se realiza a través de un procedimiento especial que se desarrolla en

<sup>481</sup> MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 65.

<sup>482</sup> KUNZE, O., *Die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montan-Obergesellschaften*, AuR, nº. 9 (1956), p. 257. Citado por MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión...*, Op. Cit., p. 65.

<sup>483</sup> MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión...*, Op. Cit., p. 172.

<sup>484</sup> KÖSTLER/KITTNER/ZACHERT, *Aufsichtsratspraxis. Handbuck für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*, 6. Auflage, Köln, 1999, pp. 260 y 261. Citado por MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión...*, Op. Cit., p. 172.

diversas instancias huyendo al régimen general. No ha como en este trabajo agotar el asunto del complejo estudio de la cogestión.

Terminación del mandato de presidente y vicepresidente del Consejo de Vigilancia por transcurso del mandato o cuando finalizan sus relaciones con el órgano de control, puede también ser destituido del cargo, acordado en el Consejo de Vigilancia por mayoría prevista para elección en razón de motivo grave que justifique el abandono voluntario.

## 2) Comités Delegados del Consejo de Vigilancia

El Consejo de Vigilancia puede libremente decidir la creación de comisiones delegadas, todavía la comisión encargada del nombramiento y destitución de los miembros de la dirección en las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de 1976, en este caso particular es obligatorio.

Los miembros del Consejo de Administración en las empresas son designados por el Consejo de Vigilancia, pero en las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley de 1976, la dicha designación se sucede en varias instancias una de las cuales se resuelve por el Consejo de Vigilancia tomando como referencia las propuestas presentadas por la comisión delegada, que la doctrina denomina de "comisión electoral del Consejo de Vigilancia"<sup>485</sup>, señalándose que no sólo es obligada su creación, sino que también lo es su composición paritaria. Es integrado por el presidente y el vicepresidente del Consejo y por otros dos miembros que representan a cada uno de los grupos que conforman el órgano de control.

## 3) Sesiones en el Consejo de Vigilancia

Como todo que pertenece al Consejo de Vigilancia, por la complejidad de configuración de las muchas hipótesis previstas en ley y sus diversos matices, las sesiones del órgano de control, tampoco es excepción pues, sociedades que cotizan en bolsa tiene tratamiento especial y diferenciado del general.

Así es que por el dispuesto en el § 110.3 AktG, el Consejo de Vigilancia tendrá dos reuniones en un semestre, pero las sociedades que no cotizan en bolsa el órgano de vigilancia podrá acordar que sólo se convoque una sesión en ese período, allá de las previstas en Ley, cuando e, bien de la empresa lo requiera. También el presidente, cualquier miembro del Consejo de Vigilancia, o el Consejo de Dirección podrán solicitar que se convoque la sesión u otras hipótesis de la Ley.

Cuanto a la legitimación para participar en las sesiones del Consejo de Vigilancia aparece determinada en el § 108.3 AktG. Establece este precepto que en las sesiones del Consejo podrán estar presentes los vocales de los representantes así como también, por otro lado, la dirección de la empresa, con obligatoria intervención de los miembros del

---

<sup>485</sup> MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 177.

Consejo de Administración en las sesiones del Consejo de Vigilancia cuando así estime este órgano de control.

Un cuidado importante, que antecede las sesiones, es la presesión de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia que en la práctica tiene el fin de “preparar conjuntamente la próxima reunión”<sup>486</sup> y comprobar el “peso de sus argumentos acerca de las medidas de la dirección”<sup>487</sup>.

En el que concierne a los acuerdos del Consejo de Vigilancia la decisión por la norma de 1976 es por mayoría simple. En el Consejo de control estando presente la mitad de sus miembros y al menos tres representantes participen de la votación, todavía los estatutos sociales pueden ordenar otras mayorías.

“Serán nulos aquellos acuerdos del Consejo de Vigilancia donde no se hubiesen respetado las normas relativas a la capacidad de decisión u otras reglas de fondo, y meramente anulables, y por tanto impugnables, cuando se vulnerasen aspectos formales”<sup>488</sup>.

#### 4) Derechos y obligaciones del Consejo de Vigilancia

La cogestión, en el derecho alemán, se realiza en el Consejo de Vigilancia, pues es donde los trabajadores se encuentran representados y la instancia en la que pueden ejercer alguna influencia sobre las decisiones de la empresa. Además, “la intervención de los trabajadores en la sociedad depende, en gran medida, de las competencias que la Ley otorgue al Consejo de Vigilancia”<sup>489</sup>. Mientras la paridad en el órgano de control define la posición de los trabajadores en la dirección de la empresa, todavía son “las atribuciones que la Ley asigne al Consejo de Vigilancia las que van a determinar el alcance de los derechos de codeterminación”<sup>490</sup>.

Para respaldar el afirmado el § 111.1 AktG dispone que “el Consejo de Vigilancia debe controlar a la dirección de la empresa”. Dos importantes conclusiones se puede extraer de la letra del precepto citado. Por primero, el control de la dirección de la empresa no es únicamente un derecho del Consejo de Vigilancia, sino que constituye a su vez una obligación, ya que el incumplimiento de este mandato traería la inmediata terminación del cargo, promovida por los grupos que lo legitiman. Por segundo, este

<sup>486</sup> KOSTLER/KITTNER/ZACHERT, *Aufsichtsratspraxis. Handbuch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*, 6. Auflage, Köln, 1999, pp. 260 y 261. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán, Ed. de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 188.

<sup>487</sup> HOFFMANN, D., *Die allegemeine Tätigkeit des Aufsichtsrats*, en AA.VV., *Handbuch für*, p. 72. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 188.

<sup>488</sup> MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 191.

<sup>489</sup> KUNZE, O., *Die persönliche Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitgliedes nach dem neuen Aktienrecht, das Mitbest-gespräch* 1967, p. 43 y ss. Advierte que las competencias de Consejo de Vigilancia son diferentes según el tipo de sociedad. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión..., Op. Cit., p. 195.

<sup>490</sup> SIMITIS, S., *Vor der institutionalisierten zur problembogenen Mitbestimmung*, AuR n° 11, 1975, p. 323. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión..., Op. Cit., p. 195.

deber de control recae exclusivamente en el Consejo de Vigilancia y no sobre sus miembros por separado, o cualquier comisión delegada del consejo, los que disponen de autoridad en este sentido, sino el Consejo de Vigilancia que actuará atendiendo siempre a su composición plural, de manera que sirva de igual modo a todos los intereses allí representados y no sólo a los de una de las partes.

Por el hecho de la Ley atribuir el poder de control sobre la dirección de la empresa a todo el consejo y no únicamente a los vocales nombrados por el capital, los representantes que integran en el Consejo de Vigilancia, en las condiciones que establezcan las normas, deben por ello intervenir en el control de la dirección y no pueden ser apartados de este trabajo.

Cuando la Ley, § 111 AktG establece, el deber del Consejo de Vigilancia controlar a la dirección de la empresa, significa que la acción de control y vigilancia debe recaer sobre el Consejo de Administración que es quien dirige la empresa como previsto en el § 76 AktG. Cuando en empresas de gran magnitud delegue poderes en un proceso de descentralización, poderes de decisiones de la sociedad en pequeñas unidades o directivos, el Consejo de Vigilancia también podrá intervenir en cumplimiento de su actividad.

De entre sus atribuciones “el Consejo de Vigilancia debe controlar al Consejo de Administración pero, en ningún caso, puede limitar su capacidad de decisión”<sup>491</sup>. El Consejo de Vigilancia evaluará, en general, el trabajo de la dirección de la empresa y no todos y cada uno de los movimientos del Consejo de Administración, y más, el único rector de la empresa es el Consejo de Administración. Los conflictos de intereses que suscitan entre los Consejos de Administración y de Vigilancia deben resolverse haciendo que prevalezca “el interés de la empresa”<sup>492</sup>.

La Ley pone a disposición del Consejo de Vigilancia una serie de instrumentos para llevar a cabo el control de la dirección, incluso con unos derechos de información que le permita estudiar las repercusiones de los acuerdos del Consejo de Administración, puede también examinar los libros de cuentas de la empresa y recibir la colaboración de expertos. En último lugar, tiene la facultad de nombrar y destituir a los miembros del Consejo de Administración lo que hace posible, en cierta medida, definir el modelo de dirección. Por el derecho de codeterminación que posee tiene la facultad de intervenir expresamente las decisiones de la dirección, así es que determinados negocios de especial importancia sólo podrán ser acordados con la autorización del Consejo de Vigilancia, incluso aprobación de cuentas anuales de la empresa.

---

<sup>491</sup> LUTTER, M., *Zum Verhältnis von Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, DB nº 6 (1980), p. 292. Citado por MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 197.

<sup>492</sup> HANAU, ULMER, *Mibestimmungsgesetz*, München, 1981, párrafo 25, p. 457. Citado por MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 198.

#### 5) Derecho de información

En un sistema de codeterminación la información es un elemento clave para cualquier modelo de participación que realice el control de la dirección de la sociedad asignada al Consejo de Vigilancia.

La relación entre el Consejo de Administración y Vigilancia es establecida por la Ley § 90 AktG que distingue entre informes obligatorias y aquellas que la dirección de la empresa presta a petición del Consejo de Vigilancia sobre aspectos de interés de la empresa y sobre ella, con la obligatoriedad de ser por escrito. Entre las informaciones obligatorias están: los informes anuales, informe sobre rentabilidad, informe sobre negocios que pueden afectar a la rentabilidad y liquidez de la empresa; información a la petición del Consejo; información a través de la junta general de accionistas y de otras fuentes; el examen dos libros de empresa para comprobar y estudiar los mismos.

#### 6) Obligación de secreto

Al derecho de información corresponde el deber de sigilo establecido en el § 93 AktG, que recae sobre las informaciones confidenciales y sobre los secretos de la sociedad, de los que tengan conocimiento durante su actividad en la dirección y que implica a todos los miembros del Consejo de Vigilancia.

#### 7) Consejo de Administración

Un importante instrumento con el que cuenta el Consejo de Vigilancia para hacer efectiva la obligación de controlar al órgano de administración de la empresa, es la posibilidad de nombrar y destituir a los miembros que componen el mismo.

El Consejo de Administración es electo por el Consejo de Vigilancia por un período de cinco años y el mandato puede prorrogarse por otros cinco años cuya renovación no es automática y sin con un acuerdo requerido al Consejo de Vigilancia un año antes de su finalización.

El procedimiento electoral es más sencillo cuando se trata de la Ley de 1951 y más complejo cuando se apoya el Consejo de Administración en la Ley de 1976.

Cabe también al Consejo de Vigilancia designar los cargos de órgano de dirección y cuando el Consejo de Administración se componga de varios miembros, uno de ellos será elegido presidente. El contrato de incorporación de miembro de dirección nombrado es de la alzada del Consejo de Vigilancia que lo firma también y la destitución sigue el procedimiento para el nombramiento, cuando fundada en motivo grave a juicio del Consejo de Vigilancia.

#### 8) Elección y nombramiento del director de trabajo en la empresa que adopte la Ley de 1951

En razón de la Ley de cogestión de 1976, se ha de nombrar el director de trabajo cuya competencia es del Consejo de Vigilancia, siendo escogido como representante de

los trabajadores con el apoyo de la mayoría de voto de los miembros que representan los trabajadores en aquél consejo, y es él que se encarga de la política de personal.

#### 9) Reglamentos de funcionamiento interno

“El régimen de funcionamiento interno de la dirección de la empresa también se establece por el Consejo de Vigilancia, a través de reglamentaciones”<sup>493</sup>.

#### 10) Examen y aprobación de balance anual de cuentas

Entre las competencias del Consejo de Vigilancia está también el examen y aprobación o no del balance anual de cuenta de la sociedad entregue por el Consejo de Administración al órgano de control, sometido a examen de experto o no, al final se aprobado el balance anual de cuentas se encierra el procedimiento, si no es aprobado sigue con informe para a Asamblea de Socios.

#### 11) Retribución de los representantes

El trabajo desarrollado segundo la Ley § 113.1 AktG es gratuito, todavía en la práctica, los miembros del Consejo de Vigilancia reciben una compensación económica por dicha actividad. Las Leyes de cogestión determinan tratamiento semejante entre los miembros del Consejo de Vigilancia, el que no impide que haya acuerdo en la sociedad para pago de compensación y en las propias leyes dependiendo de la sociedad un tratamiento específico para aquella empresa.

#### d). Representación sindical en el sistema alemán

Junto al sistema dual de administración de la sociedad el sindicato, como organización, también ejerce un papel esencial en el desarrollo de esta institución. Siendo el sindicato en el sistema alemán, un de los principales impulsores de los derechos de cogestión, como también lo es de la evolución de un proceso democrático en todos los ámbitos, y no únicamente en la vida laboral.

El sindicato renovado, no sólo aborda la situación de la clase trabajadora desde una “perspectiva tradicional, esto es, centrado en aspectos tales como salario, convenio colectivo, jornada de trabajo, seguridad social, etc., sino que proyecta su acción hacia el futuro y defiende un modelo de codeterminación y control de la economía, justificado en la extensión de la democracia a la empresa”<sup>494</sup>. Así el sindicato como señalara “Naphtali en su informe ‘democracia económica’ elaborado en 1928, no solo promueve y potencia la gestión sino que es un elemento central de la codecisión”<sup>495</sup>.

<sup>493</sup> MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán, Ediciones de la Universidad de Castilla-la Mancha, Cuenca 2002, p. 239.

<sup>494</sup> Ídem, p. 25.

<sup>495</sup> BRAUN, S., *Mitbestimmung und Industriesoziologie*, AuR, nº 8, 1956, p.235 y ss. Citado por MENDOZA NAVAS, N., Los derechos de gestión..., Op. Cit., p. 25.



La importancia también se mide por las conquistas y el progreso de los derechos de participación, con la particular presencia de representantes sindicales en los Consejos de Vigilancia enriqueciendo el debate en los órganos donde se lleva a cabo la codificación, por su perspectiva más global de los intereses en conflicto, integrando una visión de conjunto de los problemas del sector y de la rama de producción en Alemania.

Ahora bien, es imperioso resaltar que los sindicatos, de gran fortaleza y renombre en Alemania, a nivel de empresa o de planta, su influencia directa es relativa, puesto que los problemas que se plantean a este nivel son resueltos normalmente entre el Consejo de Empresa y la dirección con el control del Consejo de Vigilancia, y no siempre los componentes de Consejo de Empresa son miembros de un sindicato. Su principal proyección en la empresa alemana se concreta en la negociación de los grandes temas de interés nacional, como la cogestión y otros derechos laborales. “Los temas menos importantes se resuelven a nivel de empresa, dentro de ambiente de mutua confianza y cooperación que caracteriza al sistema alemán”<sup>496</sup>.

### 1) Evolución sindical en Alemania

Inicialmente las “asociaciones de trabajadores alemanes se organizan a partir de los movimientos obreros que participaron, junto con los burgueses progresistas, en las revoluciones que sacudieron a Europa en 1848”<sup>497</sup>. Así es que a partir de la segunda mitad del siglo XIX los Estados germánicos reconocen el derecho general de asociación, siendo incorporado al Reglamento Industrial del Reich en 1869, el derecho de coalición. Por un periodo de dos años fueron interrumpidas las actividades asociativas reanudadas con la revocación de la Ley prohibitiva en 1892.

A partir de la reactivación asociativa identificase dos tendencias, una de los llamados sindicatos libres, de influjo socialista, y la de los sindicatos cristianos, cuya Federación General aparece en 1899. Una tercera tendencia, muy limitada en su dimensión, fue la de los sindicatos *Hirsch-Duncker*, vinculados al Partido Progresista Liberal de moderada estrategia y postulante de la armonía entre el capital y el trabajo.

Los sindicatos comenzaron a despertar la atención del Estado que le confiere el derecho de propuesta en la designación de miembros de los Comités de arbitraje en 1916. El reconocimiento formal viene con la proclamación de la Constitución de 1919, con la libertad de asociación para la defensa de las condiciones de trabajo, posteriormente suprimida en 1933, hasta el final de la II Guerra Mundial, cuando se reinicia la actividad sindical autorizada por las fuerzas aliadas de ocupación en 1946, así es que en la Ley Fundamental de Bonn en 1949, a cuyo texto quedó incorporado el reconocimiento de la libertad sindical.

Fue en el año de 1949 que nace la *Central Deutscher Gewerkschaftsbund* el DGB, agrupando de hecho a la casi totalidad de los trabajadores sindicados integrados por

<sup>496</sup> PEÑA BAZTAN, M., *Sindicatos y comités de empresa en el mercado común*, Editorial Hispano Europea, S.A., Barcelona 1987, p. 334.

<sup>497</sup> WOLFGANG HIRSCH-WEBER, *Los sindicatos y la política*, Madrid, 1964, Apud. GARCÍA ABELLAN, J., Curso de Derecho Sindical, Universidad de Murcia, 1984, p. 49.

federaciones de rama, que tiene en la línea descendente sindicatos regionales y las uniones locales. Con esta central coexisten la Confederación de sindicatos cristianos o CGB y también la Federación de Empleados, componiendo la constelación sindical de primera línea.

En su evolución la radicalización ideológica de los sindicatos alemanes del pasado, la ha “sucedido el sindicalismo de cooperación, que funciona desde posiciones de independencia y neutralismo político, no obstante las conexiones entre sindicatos y partidos, a través de militantes y dirigentes, y así, la DGB es afín al partido socialdemócrata, y la CGB a la Unión Cristiano demócrata”<sup>498</sup>.

El panorama sindical actual en Alemania es de “tres fuertes agrupaciones sindicales”<sup>499</sup> que son: la Confederación Alemana de Sindicatos o simplemente DGB, conformada por ocho sindicatos y que cuenta con 6.440.000 afiliados; seguida por la Confederación Alemana de Funcionarios o DBB, con 1.280.000 afiliados, y la tercera fuerza es la Confederación Alemana de Sindicatos cristiano o CGB, con 278.000 afiliados.

## 2) Derecho y acción sindical

La Ley Fundamental de Bonn garantiza la libertad sindical, y reconoce el derecho a la negociación colectiva y los acuerdos que de esta resultan. Las normas mínimas sobre aquellas libertades y los derechos consagrados en la Ley básica están dispuestas en leyes esparzas y no sistematizadas en un código único.

Así es que, los derechos a la negociación colectiva y los acuerdos están regidos por la Ley sobre Convenios Colectivos que reglamentan el dispuesto en la Ley Fundamental y disciplinan la actividad sindical. Los convenios colectivos son vinculantes para los miembros del sindicato convenientes y la asociación de empleadores correspondiente.

Allá de los derechos de negociación colectiva, a los sindicatos es también reconocido los derechos de información y consulta por intermedio de representantes o delegados sindicales, sea en relación a los representantes en los Comités de Empresa, sea en los Consejos de Vigilancia donde hubiere representación sindical.

Hay una tendencia, que no es solo en Alemania, a pasar de los convenios extensivos que cubren todo el sector a acuerdos marco que se limitan a establecer las bases para emprender negociaciones separadas a nivel de empresas.

En resumen, contrariando las expectativas que desde mucho tiempo se hacia en relación a la supervivencia de dos modelos diferentes en términos de colaboración de los trabajadores en la empresa, por el cual, en una vertiente está la representación sindical de los intereses de los trabajadores y por otro el modelo de cogestión que tiene hecho de Alemania un paradigma de administración del conflicto entre capital y trabajo.

---

<sup>498</sup> GARCIA ABELLAN, J., *Curso de Derecho Sindical*, Universidad de Murcia, Murcia 1984, p. 51.

<sup>499</sup> Fuente web: <http://library.fes.de/pdf.files>, en 23 de abril de 2012.

El sistema de doble canal que denota su proximidad de España sin embargo se distancia por una especial y compleja legislación casi casuística en algunos aspectos, que ofrece un amplio abanico de efectiva participación de los trabajadores en la empresa, traducidas en órganos que garanten una verdadera democracia industrial y más aún una libertad de empresa y utilización de la propiedad con fin social.

#### 4.2. Representación de los trabajadores en Francia

El sistema francés de representación de los trabajadores se destaca por su compleja estructuración en tres distintas instituciones, cuyas características y modos de actuación son objeto de una minuciosa ordenación legal. Los órganos de representación actúan simultáneamente en una misma empleadora por medio: del Comité de Empresa, de los Delegados de Personal y de los Delegados Sindicales; en un complicado reparto de funciones, en la que coexisten la vía unitaria y la sindical. Una característica tajante del sistema es el alto grado de exigencia al empresario, sobre el que recae un extenso repertorio de obligaciones derivadas de sus relaciones con los órganos de participación de los trabajadores.

Estos órganos funcionan como cauce genérico de información, reivindicación y participación en las decisiones empresariales, al margen del instrumento específico que es el Comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo.

##### a) El Comité de empresa

Es el órgano paritario concebido como cauce del diálogo entre empresarios y asalariados. Actúan en él los empleados elegidos por votación entre los trabajadores, por lo que cabe calificarlo como un organismo unitario, aunque se integran también en su seno los representantes sindicales con voz pero sin voto, presencia que viene a matizar dicho carácter unitario.

##### 1) Obligatoriedad de su establecimiento

El código de trabajo impone la creación del Comité en aquellas “empresas que cuentan al menos con 50 empleados”<sup>500</sup>. Umbral que debe haberse alcanzado durante doce meses, consecutivos o no, dentro de un período de “tres años anteriores”<sup>501</sup>, precisión introducida para neutralizar variaciones en la plantilla excepcionales o de

<sup>500</sup> Vd. Art. L.431-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>501</sup> GATUMEL, D., *Le droit du travail en France*, Francis Lefebvre, 9ª ed., Paris 1998, p. 248. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 88.

temporada. Todavía, es también posible la existencia del Comité mismo con número inferior desde que previsto en acuerdo colectivo.

Corresponde al empresario la iniciativa de promover elecciones a el Comité de Empresa y supone un deber, que surge desde el momento en que la plantilla alcanza la cifra de 50 asalariados, cuyo incumplimiento es constitutivo del delito de trabajo, pues es un atentado a libertad sindical, la libre elección de representante o la realización de sus funciones, cualquier trabajador o el sindicato puede acordar al empresario su obligación.

Una empresa con varios centros o establecimientos elige un Comité de establecimiento en cada un que posee más de "50 empleados"<sup>502</sup>. El ámbito de una empresa para implantación de un Comité ocasionalmente puede variar para un establecimiento o también para grupo empresarial, es decir una sociedad dominante y sus empresas filiales, allá del Comité de estas habrá también el de Grupo. Puede haber también la figura del Comité Interempresarial, cuando hubiere "instituciones sociales comunes"<sup>503</sup>, pasando el Comité de Empresa a gestionar las actividades sociales y culturales.

## 2) Composición

### - El jefe de empresa

La diferencia de España, el Comité de Empresa francés es un órgano paritario, en el que está presente el jefe de empresa, que puede ser el empresario o la persona que detente el poder de dirección de la empresa, o en quien éste delegue representarlo. El jefe no sólo es miembro del Comité, sino que la "Ley le asigna su presidencia"<sup>504</sup>. El representante de la empresa en las reuniones del Comité no es preciso que sea la misma, todavía los dos colaboradores no tienen funciones ni deliberativas ni consultivas, sólo "aconsejan, al representante empresarial o responden a sus preguntas"<sup>505</sup>.

### - Los representantes de los trabajadores

La parte social integra, de un lado, a los miembros que han sido elegidos por sufragio entre los empleados según el procedimiento específico; y de otro lado, a los

<sup>502</sup> Vd. Art. L.435-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>503</sup> Vd. Art. R.432-8 del Código de Trabajo Francés. Cuando tienen cantina, servicios médicos o casas de vacaciones comunes.

<sup>504</sup> Vd. Art. L.434-2 del Código de Trabajo Francés. La figura del jefe de empresa afirma el autor es una supervivencia paternalista del instituto predecesor. (COINTEPAS, M., *La creation du Comité d'entreprise, une triple inspiration et une naissance en trois temps*. Travail, núm. 35, 1995-1996, p. 39. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 89.

<sup>505</sup> Vd. Art. L.433-1 del Código de Trabajo Francés.

representantes sindicales, siendo uno por cada sindicato representativo con presencia en la empresa, los cuales tiene derecho a voz pero no de voto.

- Los miembros electivos

Varia el número de representantes de la plantilla elegidos por votación, en función del tamaño de ésta, entre un “mínimo de 3 y un máximo de 15 personas (cuando la empresa tiene menos de 75 y más de 10.000 empleados, respectivamente)”<sup>506</sup>. Más aún, a estas cifras se tiene que añadir siempre otros tantos suplentes, que asisten a la sesiones con voz pero sin voto.

Por convenio o acuerdo colectivo se puede alterar el número de miembros legalmente fijado.

- Los representantes sindicales

Los representantes sindicales vienen a juntarse en el Comité con quien ha obtenido su puesto en las elecciones. Cada sindicato que cumpla el requisito de ser representativo en la empresa tiene la facultad de designar uno entre los empleados.

Los sindicatos, a través de sus órganos directivos competentes y no las secciones sindicales, son quienes nombran a sus representantes en el Comité. Lo mismo sucede con los Delegados sindicales como se verá.

El representante sindical en el Comité, en principio, es un cargo diferente al de Delegado Sindical, todavía existe una única excepción que es la constituida por las empresas de menos de 300 empleados, en los que el Delegado Sindical es a la vez el representante de su organización en el Comité. “También es un puesto diferente al de miembro electo del Comité, no pudiendo concurrir en una misma persona ambas responsabilidades (mismo electo y representante sindical en el Comité)”<sup>507</sup>.

Otras características de las representaciones más minuciosas advienen de Ley, y del propio Código de Trabajo y que no cabe en este trabajo bajar a estos detalles. Todavía una referencia es importante que a nivel nacional, cinco organizaciones hayan sido declaradas “representativas mediante resolución del Ministerio de Trabajo”<sup>508</sup>, así es que los sindicatos afiliados a ellas se consideran “automáticamente representativos en

<sup>506</sup> Vd. Art. R.433-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>507</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 90.

<sup>508</sup> Vd. Resolución de 31 de marzo de 1966. Se trata de CGT (Confédération Général du Travail), CGT-FO (Confédération Général du Travail- Force Ouvrière), CFTC (Confédération Française des Travailleurs Chrétiens), CFDT (Confédération Française Démocratique du Travail), y CGC-CFE (Confédération Général des Cadres-Confédération Française de l'Encadrement), esta última referida al ámbito de los directivos.

el ámbito de una empresa<sup>509</sup>, siempre que “tengan presencia en la misma”<sup>510</sup>. Es posible también que otras entidades sindicales pueden probar su carácter de representatividad en la empresa, en función de criterios como números de afiliados, etc.

### 3) Atribuciones

La principal misión del Comité de Empresa es fomentar el diálogo entre el empleador y el personal para asegurar un medio de expresión colectiva de los empleados, que en palabras del Código de Trabajo, “permita tomar en cuenta sus intereses en las decisiones relativas a la gestión ya a la evolución económica y financiera de la empresa a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”<sup>511</sup>. Es decir, el “Comité tiene derecho a estar informado y a expresarse en relación con una serie de decisiones económicas y de organización del trabajo en la empresa”<sup>512</sup>.

El Comité de Empresa debe actuar en la gestión de las actividades sociales y culturales organizadas por la empresa tales como cantinas, economatos, guarderías, colonias de verano, bibliotecas, actividades deportivas, ayudas a los jubilados y otros. Cabe aún sistematizar las atribuciones del Comité haciendo referencia a sus facultades de información, de consulta, de aprobación o veto, de alerta, de participación en la gestión, de trasladar propuestas y de dirección de las actividades económicas y sociales.

#### - Derecho de información

El Comité periódicamente debe recibir ciertas informaciones de naturaleza económica, financiera y social de interés para los trabajadores, entre ellas: forma jurídica de la entidad y su organización y organograma de la empresa, distribución geográfica de los establecimiento y los nombres de los directivos; volumen de negocios; evolución de la estructura y la suma de la masa salarial; reparto de capital entre los accionistas; perspectivas y planes económicos de la empresa; posición de la empresa en el mercado; beneficios y pérdidas constatados; mejora, renovación o transformación de

---

<sup>509</sup> A través de una presunción *iuris et de iure*.

<sup>510</sup> LARDY-PÉLISSIER, B. y otros. *Le code du travail annoté*. Groupe Revue Fiduciaire, Paris 1999, p. 1124. Sindicato designa un de los empleados como su representante en el Comité con base en jurisprudencia elaborada para Delegados Sindicales. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 43, Madrid 2003, p. 91.

<sup>511</sup> Vd. Art. L.431-4 del Código de Trabajo Francés.

<sup>512</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 91.

equipos o de métodos y su incidencia sobre trabajo y empleo; evolución del volumen de la plantilla, trabajadores temporales, a tiempo parcial y provenientes de ETT y razones de ellos.

Tanto a las obligaciones de información cuanto de consulta, el Código de Trabajo hace distinción entre empresas que alcanzan los 300 empleados y as que no, distinguiendo volumen de documentos informativos y periodicidad.

#### - Derecho de consulta

A los asuntos de mayor interés de los trabajadores, pesa sobre el empresario la carga no sólo de informar, sino de consultar a la institución, representativa antes de decidir. La obligación de consulta significa que el empresario está prohibido de tomar una decisión definitiva antes de que el Comité haya expresado en su opinión; no obstante, aquel conserva íntegramente su poder de dirección, es decir el Comité no tiene “derecho de veto”<sup>513</sup> en la decisión.

La consulta ocurre con las cuestiones relativas en general a la organización, gestión y marcha de la empresa, especialmente las que “afectan al volumen o la estructura de la plantilla, jornada de trabajo, condiciones de trabajo y formación profesional del personal”<sup>514</sup>. Incluye aún las decisiones relativos a: cambios en la organización económica y jurídica de la empresa; suspensión de pagos o liquidación judicial; política de investigación y desarrollo de la empresa; organización del trabajo; gestión de la formación profesional; gestión de la prevención; introducción de nuevas tecnologías; técnicas de incorporación de nuevas trabajadores a la empresa; “efectuar despidos colectivos”<sup>515</sup>, conforme Directiva 98/59/CE, así como “otras formas de reducción de plantilla”<sup>516</sup>.

#### - Otras atribuciones

Sobre la aprobación necesaria del Comité, relativamente a las cuestiones de mero interés del trabajador, únicamente debe ser comunicado, o hecho consulta, pero existen algunas decisiones que no pueden tomarse sin su aprobación.

---

<sup>513</sup> BLEDNIAK, E., *Comité d'entreprise*, Dalloz, 11<sup>a</sup> ed., Paris 1999, p. 153. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 92.

<sup>514</sup> Vd. Art. L.432-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>515</sup> Vd. Art. L.321-2 del Código de Trabajo Francés.

<sup>516</sup> Vd. Art. L.432-1 del Código de Trabajo Francés.

El derecho de alerta consiste en dar a conocer a los órganos de administración o vigilancia, o bien a los socios de la empresa, que ésta se halla en una situación económica inquietante, es el “derecho de alerta del Comité”<sup>517</sup>.

Intervención en la gestión de que trata la Ley de 15 de mayo de 2001 que aumenta los poderes del Comité para participar en la gestión, incluso dos de sus miembros están facultados para asistir a la Asamblea general en los casos de “sociedad”<sup>518</sup>.

Otro mecanismo señalado al Comité es de formular al empresario propuesta para mejorar las condiciones de trabajo y de formación profesional de los empleados, por su propia iniciativa.

En la gestión de las actividades culturales y sociales en beneficio de los empleados, los exempleados y sus familias, las atribuciones del Comité en este terreno varían desde el monopolio de la gestión hasta un simple control, dependiendo de la dimensión y complejidad de la actividad gestionada.

#### 4) Funcionamiento

En relación al Comité “nos hallamos ante un organismo con personalidad jurídica propia”<sup>519</sup> que puede ser dotado de un reglamento interno que determine sus modalidades de funcionamiento, todavía en él nunca se podrá imponer al empresario cargas financieras superiores a las legalmente previstas.

El Comité por disposiciones de la Ley debe reunir al menos una vez al mes en las empresas que tengan al menos 150 empleados y cada dos meses en las de menor plantilla, pero siempre por convocatoria del empresario o por solicitud de la mayoría de sus miembros.

El orden del día es establecido de forma conjunta por el empresario y el secretario que es un miembro del Comité, para tal elegido.

Los medios materiales para su funcionamiento son de dotación de la empresa, incluso con una subvención anual equivalente al 0,2% de la masa salarial bruta, fuera la financiación de las actividades sociales y culturales, nada impidiendo que el Comité reciba donaciones externas.

---

<sup>517</sup> Vd. Art. L.432-5 del Código de Trabajo Francés.

<sup>518</sup> Vd. Art. L.432-6 del Código de Trabajo Francés.

<sup>519</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 94.



Debe ser facultado para que los miembros del Comité realicen su tarea un tablón de anuncios y a distribuir folletos en la empresa sin interferir en el trabajo.

Existe aún en el seno de esta representación, la previsión de la figura de las comisiones, siendo algunas obligatorias, como ejemplo en empresa de más de 1000 empleados ha de existir una comisión económica que auxiliará el Comité en las análisis económicas. Puede haber también comisión de formación a servir de cauce a los empleados y una comisión de alojamiento o hasta criarse otras comisiones.

Más aún, el Comité puede ser “asistido por expertos”<sup>520</sup> en áreas que se haga necesario, en razón de materia en estudio, todavía estas asistencias dependen de previo acuerdo entre el representante de la empresa y la mayoría de los miembros del Comité.

## b) Los Delegados de personal

### 1) Obligatoriedad de su establecimiento

Mientras el Comité tiene como ámbito propio la empresa en su conjunto, para la delegación de personal el ámbito es el establecimiento distinto. Los Delegados de Personal han de elegirse cuando un establecimiento haya tenido al menos 11 empleados durante doce meses consecutivos o no, dentro de los tres años anteriores. Así es que cuando una empresa está integrada por 11 trabajadores pero están repartidos en varios centros, no tienen derecho a nombrar Delegados de personal, a no ser que haya previsión convencional, misma con menos de 11 trabajadores.

Por su vez, la noción jurisprudencial de establecimiento distinto elaborada para la implantación de la delegación de personal, no se corresponde de todo con la relativa al Comité de Empresa. Ya en relación a los Delegados de Personal, se entiende por establecimiento distinto el centro de trabajo, donde hay un grupo de trabajadores con intereses comunes y prestando servicios bajo una dirección única, que precisan de un cauce de reivindicación específico, sin “exigirse presencia de una autonomía de gestión”<sup>521</sup>.

Es también previsto la figura del Delegado de Personal interempresarial que tiene la misión de representar a los trabajadores de varios establecimientos de empresas distintas que tengan cada uno menos de 11 empleados y sumados más de 50, desde que situados en un mismo lugar. La decisión sobre la institución de representación es del “Director de trabajo departamental, a iniciativa propia o de los sindicatos cuando se justifique”<sup>522</sup>.

<sup>520</sup> Vd. Art. L.434-6 del Código de Trabajo Francés.

<sup>521</sup> GATUMEL, D., *Le droit du travail en France*, Francis Lefebvre, 9ª ed., Paris 1998, p. 248. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 96.

<sup>522</sup> Vd. Art. L. 421-1 del Código de Trabajo Francés.

## 2) Número de delegados

El número de representantes varía en función de los empleados del establecimiento y no de la empresa, que concretamente se asignan entre 1 y 9 Delegados para los centros de hasta 999 empleados y que, a partir de 1000 trabajadores se ha de sumar más un Delegado por cada 250, añadiendo siempre un “correspondiente número de suplente”<sup>523</sup>.

## 3) Atribuciones

Atribuyese a los delegados:

- la vigilancia y el control de aplicación de la normativa laboral, pudiendo comunicar a la Inspección del Trabajo las violaciones de la norma, incluso en las vulneraciones de derecho y de las libertades individuales, que somete el asunto al empleador y se él non lo resuelve, el delegado está legitimado a demandar la entidad, siempre que el “afectado no se oponga”<sup>524</sup>, el ofendido;

- la transmisión a la empresa de las reclamaciones individuales y colectivas de los trabajadores, cuanto a la aplicación de las reglas legales o convencionales;

- teniendo la empresa alcanzado 50 trabajadores pero no se ha formado un Comité de Empresa por ausencia de candidato, los Delegados pasan a tener encomendados las atribuciones económicas, su derecho de alerta, así como la facultad de efectuar propuestas al empresario e inclusive gestionar las actividades sociales de la empresa. Igualmente se no existe Comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo.

## 4) Funcionamiento

Es obligatorio que una vez por mes el empresario se reúna colectivamente con los Delegados para “examinar los problemas o las reclamaciones”<sup>525</sup>. A la reunión puede estar presente colaboradores del empresario, pero nunca en número mayor que los Delegados, por su vez el Delegado puede hacerse ayudar por representantes de un sindicato. Habiendo urgencia los Delegados pueden convocar una reunión y también pedir recibos individuales, sin que el empresario pueda negarse so pena de cometer delito de trabajo.

Con antelación a la reunión conjunta, la delegación personal remite al empresario una carta en la que presenta sus reivindicaciones, que debe ser respondida por escrito en un plazo de seis días tras la sesión. Estos documentos son archivados para consulta por el Inspector del trabajo y los empleados.

---

<sup>523</sup> Vd. Art. R. 423-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>524</sup> Vd. Art. L. 422-1 del Código de Trabajo Francés.

<sup>525</sup> Vd. Art. L. 424-4 del Código de Trabajo Francés.

El mismo uso de tablón y distribución de folletos que tiene derecho el Comité, también los posee el Delegado de Personal.

#### c) Delegación Única de Personal

Admitida “desde 1993”<sup>526</sup> esa delegación puede ser instituida en las empresas de menos de 200 empleados, basta que el empresario consulte los “representantes de la plantilla”<sup>527</sup>, que los Delegados de Personal constituyan la representación de los trabajadores en el Comité de Empresa. La Delegación Única de Personal no es exactamente una fusión de los dos mecanismos, es que una vez al mes deben celebrarse sucesivamente dos reuniones, la de los Delegados de Personal con el empleador, y la del Comité de Empresa. Aunque se trata de las mismas personas, cada sesión debe realizarse “siguiendo las reglas del respectivo organismo”<sup>528</sup>.

La Delegación Única de Personal puede ser creada desde el principio o después, cuando de la renovación de los instrumentos de representación. Y el número de sus componentes varía entre 3 y 8 representantes conforme el tamaño de la empresa.

#### d) Sistema electoral

A cada dos años se celebran simultáneamente las elecciones para la representación en el Comité de Empresa y a Delegados de Personal, incluso siguen un procedimiento casi idéntico.

La iniciativa de promover el proceso corresponde al empresario, cuyo deber se concreta en el de informar al personal mediante anuncios, que indiquen la fecha de la elección, al menos un mes antes de que finalicen los mandatos en curso. El empresario invita a los sindicatos representativos a elaborar las candidaturas y a negociar el “Protocolo de acuerdo preelectoral”<sup>529</sup>.

El Protocolo contiene las reglas de organización y desarrollo de las elecciones, la composición y el número de los colegios electorales y el reparto de los puestos. Ha de aprobarse por los sindicatos representativos y el empresario, de forma unánime cuanto a “cuestiones como composición de los órganos de representación o la realización de

<sup>526</sup> Vd. Ley Quinquenal de 20 de diciembre de 1993.

<sup>527</sup> Delegados de personal y, si existe, con el Comité de empresa.

<sup>528</sup> JAVILLIER, J. C., *Droit du travail*, LGDJ, 7ª ed., Paris 1999, p.592. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 97.

<sup>529</sup> Vd. Art. L.433-13 del Código de Trabajo Francés.

scrutinio”<sup>530</sup>. En caso de no haber acuerdo el Código de Trabajo establece someter la discrepancia al Inspector del Trabajo o al Director Departamental de Trabajo.

No habiendo candidato a las representaciones el empresario consigna esta situación en una “carta de carencia”<sup>531</sup>, que se coloca en el tablón y se envía al Inspector del trabajo. El Protocolo también reglamenta diversas otras situaciones del proceso electoral que no será objeto de análisis. Al final del procedimiento electoral se envía al Inspector del Trabajo el Acta.

Todos los contenciosos sobre irregularidades en las elecciones son “competencia del Tribunal de Instancias”<sup>532</sup>.

#### e) Representación sindical

La vía sindical de representación se concreta en las secciones y los Delegados Sindicales y es a través de estas instituciones que el sindicato ejerce su derecho a organizarse libremente en el seno de la empresa, conforme a los cauces legalmente previstos en el art. L. 412-1 del Código de Trabajo Francés.

El Código otorga únicamente a los sindicatos representativos la facultad de tener secciones y Delegados, todavía admite otros mecanismos ya citados anteriormente. No todas las secciones pueden tener un Delegado Sindical, sino sólo aquellas constituidas en empresas que cuenten “al menos con 50 empleados”<sup>533</sup>.

El Delegado Sindical no se elige por votación entre los afiliados, sino que es designado desde el sindicato, tal y como sucedía con los representantes sindicales en el Comité de Empresa. El “número de Delegados varía en función del tamaño de la plantilla, pudiendo ser un solo o hasta 5 personas por cada sección sindical”<sup>534</sup>.

Los Delegados Sindicales representan el sindicato frente a la empresa, dirige a sección sindical, transmite reivindicaciones defendiendo los intereses de los afiliados, pero también de los trabajadores en general, todavía la función más importante es la “negociación colectiva de ámbito empresarial”<sup>535</sup>.

#### f) Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de Trabajo

---

<sup>530</sup> LYON-CAEN, G. y otros, *Droit du travail*. Dalloz, Paris 19<sup>a</sup> ed., 1998, p. 607. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 98.

<sup>531</sup> Vd. Arts. L. 423-18 y L. 433-13 del Código de Trabajo Francés.

<sup>532</sup> Vd. Art. L. 433-11 del Código de Trabajo Francés.

<sup>533</sup> LYON-CAEN, G. y otros, *Droit du travail...*, Op. Cit., p. 99.

<sup>534</sup> Vd. Art. R. 412-2 del Código de Trabajo Francés.

<sup>535</sup> LYON-CAEN, G. y otros, *Droit du travail...*, Op. Cit., p. 100.

Para contribuir al progreso en materia de seguridad y salud existe una instancia representativa específica, denominada “Comité de higiene, de seguridad y de condiciones de trabajo”<sup>536</sup>. La instauración del Comité es obligatoria en establecimientos de más de 50 empleados, aunque el Inspector del Trabajo puede decretar su existencia en los de menor tamaño, cuando presenten especiales riesgos.

Este Comité es integrado por el jefe de empresa o quien este delegue y un número de representantes de personal que varía entre 3 y 9 según el tamaño de la entidad, los cuales “son designados por los miembros trabajadores del Comité de empresa y por los Delegados de personal”<sup>537</sup>. En las reuniones participan diversas personas con función consultiva, como el jefe de servicio o ingeniero, encargado de seguridad, el médico del centro, o el responsable pela formación.

Las reuniones se celebran al menos una vez al trimestre, o por solicitud motivada de dos de los miembros representantes de personal, y “siempre que se haya producido un accidente”<sup>538</sup>.

Las funciones del Comité abarcan de entre otras, la cooperación en la protección de la seguridad y salud, allá de perseguir la mejora de las condiciones de trabajo, especialmente en el relativo al acceso de las mujeres a todos los puestos y a los problemas vinculados a la maternidad.

En la consecución de sus objetivos el Comité dispone de medios de acción, como la inspección del centro de trabajo, la vigilancia, la investigación en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, incluso pudiendo contar con la solicitud de la opinión de un experto remunerado a coste de la empresa en razón de riesgo. Aún tiene de ser consultado cuando da toma de decisión de gestión que afecte a las condiciones de higiene y de seguridad y recibir un informe anual del empresario sobre estos aspectos.

#### g) Garantías de los representantes de los trabajadores

##### 1) Horas de delegación

“Los miembros de todas las instituciones analizadas disponen de unas horas mensuales retribuidas para desarrollar sus tareas representativas, llamadas de

---

<sup>536</sup> Vd. Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 en su art. 11, todavía ello ya preexistía a la norma de la Comunidad.

<sup>537</sup> LARDY-PELISSIER, B. y otros, *Le code du travail annoté*. Groupe Revue Fiduciaire, Paris 1999, pp. 709 y 710. Citado por LASAOSA IRIGOYEN, E., La representación de los trabajadores en la empresa en Francia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 100.

<sup>538</sup> Vd. Art. L. 236-2-1 del Código de Trabajo Francés.

delegación”<sup>539</sup>. Todavía, por medio de convenio colectivo o acuerdo es posible ampliar los créditos horarios legalmente establecidos en “circunstancias excepcionales”<sup>540</sup>.

Durante las horas atribuidas a los representantes pueden desplazarse por la empresa y entrar en contacto con trabajadores y se preciso fuera de la empresa también.

## 2) Protección frente al despido y otras sanciones

Para inhibir las eventuales represalias empresariales los representantes, sea como integrante del Comité de empresa, como Delegados de personal o sindicales, o en el Comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo, gozan de una especial protección frente al despido.

El amparo por medidas legales no se limita a los representantes en actividad como titular y suplentes, pero también a los que ya fueron representantes, incluso los que fueron candidatos durante seis meses posteriores a la candidatura.

De entre estas garantías y en concreto existe la exigencia de someter un procedimiento de despido en que se requiere la autorización del Inspector junto con el acta de la reunión en que el Comité expresó su opinión al respecto. El inspector comprueba se si cumplen los requisitos de forma, incluso lleva cabo un expediente contradictorio en un plazo de dos semanas, al final autorizando o no el despido. Contra su decisión se puede imponer recurso administrativo ante al Ministerio del Trabajo y también un recurso contencioso ante el juez administrativo. Un despido sin autorización es nulo.

En el modelo francés se desprenden de entre otros aspectos el de tipo altamente intervencionista se si compara con otros modelos que serán objeto de análisis, incluso los que adoptan sistema voluntarista como el británico o norte americano, donde las relaciones de trabajo están menos condicionadas al Estado.

Se queda claro que en Francia, diferente de España, es el poder público, a través de la legislación, el que determina cómo hayan de desarrollar las relaciones laborales en el seno de la empresa, regulando hasta los más mínimos detalles, como la frecuencia de las reuniones o la posibilidad de hacerse asistir por expertos. Llama atención el carácter paritario del Comité de empresa y la fuerte presencia sindical.

---

<sup>539</sup> LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 101.

<sup>540</sup> COHEN, M., *Le Droit des Comités d'entreprise et des Comités de groupe*. LGDI, Paris, 4ª ed., 1997, p. 783. LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 101.

La instauración de estos mecanismos es vista como una conquista social en el económico frente al capitalismo más liberal, a despecho del origen de algunas de estas instituciones estudiadas, que no es el caso de análisis en un estudio como este.

### 4.3. Representación de los trabajadores en Italia

En Italia la representación de los trabajadores, al igual del que sucede en otros ordenamientos jurídicos se lleva a cabo por dos vías distintas y complementarias el que permite hablar de un sistema caracterizado por la existencia de una “doble estructura representativa”<sup>541</sup> de los intereses de los trabajadores, no obstante hay un predominio de hecho de una sobre la otra.

Como forma más desarrollada y por primer, se encuentra la estructura asociativa de carácter organizacional territorial, que se articula a través de las organizaciones sindicales, es la representación de tipo “asociativa”<sup>542</sup>.

El segundo tipo de representación se constituye sobre la base de determinadas instancias, persiguiendo finalidades similares a de los entes sindicales, surgen en el interior de las empresas, vinculadas o no con los sindicatos, y sobre los cuales se dicen que serían “funcionales a las exigencias de ofrecer un espacio adecuado a las exigencias de las bases”<sup>543</sup>, son reconocidas como representación “institucional”<sup>544</sup>.

El fundamento constitucional del precepto del art. 39 de la Constitución italiana alcanza no tan sólo el tipo de representación asociativa de los sindicatos, como también el tipo de representación institucional, por el uso del término “organización en lugar del de asociación”<sup>545</sup>, así reconoce la libertad sindical prefiriendo el constituyente la forma amplia de libertad de organización sindical y no la libertad de asociación sindical.

---

<sup>541</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 107.

<sup>542</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, p. 17 y ss. Citado por NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia...*, Op. Cit., p. 107.

<sup>543</sup> VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappochelli, Torino, p. 80. Citado por NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, Op. Cit., p. 107.

<sup>544</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale...*, Op. Cit., p. 107.

<sup>545</sup> GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, p. 26. Considera que “el uso de organización en lugar del de asociación (...) implica una noción más amplia del fenómeno sindical, de manera que comprende también formas organizativas distintas de la asociación, siempre que puedan recibir la calificación de sindicales, como por ejemplo, los consejos de fábrica o las nuevas representaciones sindicales unitarias”. Citado por NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, Op. Cit., p. 107.

## a) Representación externa

## 1) El art. 39 de la Constitución italiana

La Constitución italiana dispone en el art. 39, de entre otras garantías que: “los sindicatos registrados tienen personalidad jurídica y pueden, representados unitariamente en proporción al número de afiliados, estipular convenios colectivos de eficacia general”<sup>546</sup>. Todavía, resulta que esta parte del precepto, diferente de la inicial, exige acto legislativo de desarrollo que las concrete, acto legislativo este que, hasta el momento no se ha producido.

La principal razón de la falta de actuación legislativa del Estado es la desconfianza sindical a que el desarrollo normativo fuera aprovechado para efectuar una intromisión excesiva en la vida interna del sindicato, especialmente en punto al control del número de afiliados y al carácter democrático de los estatutos en el momento de regular el procedimiento de registro, una obligación constitucional; otro temor es de que la regulación priorice sindicatos con superior número de afiliados, pasando los de menor número de una posición de formal paridad a otra de franca minoría; y por tercero relacionase con la “labor de depuración doctrinal de las influencias del período corporativo, cuando el sistema sindical se articulaba sobre sindicatos dotados de personalidad jurídica y convenios de eficacia general”<sup>547</sup>.

La falta de actuación legislativa del legislador ordinario no ha impedido el desarrollo de las asociaciones sindicales, todavía la ausencia ha sido determinante de su constitución como asociaciones no reconocidas, reguladas en los artículos 36 y siguientes del Código Civil.

Aunque sin personalidad jurídica las asociaciones se caracterizan por su capacidad de operar como se la tuviera y más, de hecho cuentan con un fondo común, pueden desarrollar actividad jurídica e, incluso, acudir a juicio. El que diferencia fundamentalmente de las asociaciones que cuentan con personalidad jurídica se estriba en que éstas cuentan con una autonomía patrimonial, mientras en las asociaciones no reconocidas, dicha autonomía no existe. Así es que de las obligaciones asumidas por las asociaciones sin personalidad responde, en primer lugar, el fondo común, por otra parte, también “responden de manera personal y solidaria las personas físicas que han actuado en nombre y por cuenta de la asociación”<sup>548</sup>. En todo caso la ausencia de

<sup>546</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 107.

<sup>547</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, p. 23. Citado por NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, Op. Cit., p. 108.

<sup>548</sup> VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappocheili, Torino, p. 75. Citado por NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en...*, Op. Cit., p. 109.



personalidad no impide que puedan suscribir convenios colectivos y de hecho la negociación de los mismos, en los ámbitos superiores les corresponde en exclusiva.

Sin embargo, tal carencia de personalidad ha dificultado encontrar una explicación, para la fuerza obligatoria que tienen los convenios colectivos para los trabajadores, es que estos, al se afiliaren al sindicato, delegan un poder que procede de la teoría del mandato cuando otorga al sindicato actuar en nombre y por cuenta de los asociados.

## 2) Estructura sindical

Por obra de la amplia libertad de organización sindical consagrada en el art. 39, la Constitución italiana permite que el sindicato no tenga predeterminado el modo de estructurarse. De hecho la estructuración normalmente se efectúa por ramos de industria o actividad productiva, si bien no faltan ejemplos de sindicatos de oficio. Muy diferente del que ocurría en la etapa corporativa histórica, que predominaba la organización por categorías configuradas con carácter previo por ley.

Ahora bien, a partir de esa agrupación por sectores de actividad, el sindicato se estructura de una forma compleja, "articulada tanto en un sentido vertical como en otro de corte horizontal"<sup>549</sup>. Así es que, en sentido vertical el sindicato se organiza por categorías, entendidas como sectores productivos, en cuyo interior se distinguen diferentes niveles que son las unidades de base en la empresa; niveles territoriales descentralizados, normalmente provinciales; niveles regionales y nacionales. Ya en el sentido horizontal la agrupación se produce entre diferentes categorías, provocando la aparición de estructuras intercategorías de ámbito provincial o regional.

## 3) Pluralidad sindical

El amplio reconocimiento constitucional de la libertad sindical ha abierto un espacio a la proliferación de distintas asociaciones sindicales, que según los intereses del período ganaba o perdía unidad el movimiento obrero. Así fue en los momentos próximos a la aprobación del texto constitucional, cuando mantuvo una sustancial unidad, no sólo de acción, sino también en el plano organizativo, en la CGIL – *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*. Organización que daba cobijo en su interior a diversas corrientes de ideologías igualmente distintas, como la comunista, la socialista y la demócrata-cristiana. Con lo pasar de los años la unidad se va rompiendo en el tránsito de los años cuarenta a los cincuenta, cuando la asociación señalada sufre unas

---

<sup>549</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, pp. 36 y 37. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 109.

separaciones en su seno, determinantes de la aparición de la CISL – *Confederacion Italiana Sindacati Liberi*, por primero, y de la UIL – *Unión Italiana dei Lavoratori*, después.

Nuevas aspiraciones unitarias surgen en el final de los años sesenta, al menos en lo relativo a la acción conjunta. Y es que las centrales señaladas “descubrieran que eran queridísimos enemigos, así como que las cosas que les unía eran superiores a las que les separaba”<sup>550</sup>. Esta realidad dio lugar a un pacto entre los confederaciones mencionadas, suscrito en el año de 1972, por el que se constituía la Federación CGIL – CISL – UIL. Este pacto no tuvo la virtud de alterar la estructura orgánica de las asociaciones, pero si crea una estructura federativa adjunta a la de las confederaciones signatarias de composición paritaria y que adoptaría sus decisiones por mayoría de 4/5, sin tener en cuenta la fuerza real de cada uno de los sindicatos integrantes. Se mantuvo esta unidad hasta los mediados de los años ochenta, cuando nuevamente las desavenencias entre las distintas centrales sindicales determinarían la ruptura de la acción unitaria. A partir de ahí, “las tendencias a la unida y al distanciamiento se han sucedido en el tiempo”<sup>551</sup>.

Otras organizaciones allá de las anteriores citadas existen, pero de carácter minoritario como la UGL – *Union Generale del Lavoro*, o la CISAL – *Confederazione Italiana dei Sindacati Autonomi*; otras de oficio de “dirigentes privados – CIDA compuesta por distintas federaciones de sector (FNDAI, para los dirigentes industriales; *Federdirigenti*, para los del crédito; FENAAC, para el comercio; FIDIA, para los de las empresas aseguradoras) -o la de los dirigentes públicos–CONFDIR-”<sup>552</sup>.

#### 4) Sindicato más representativo

Es natural que en un régimen que posibilita concurrencia de diversos sindicatos en un sistema pluralista, ni todos ellos cuenten con idéntica atribución, así es que en el sistema italiano haya la figura del sindicato mayoritariamente representativo, por el que se aproxima de sistemas bien diferentes como es el inglés y el francés, el cual goza de un régimen en cierto modo privilegiado. Distintas normas se refieren a esta figura como es el caso del *Statuto dei Lavoratori* aprobado en 1970 que atribuye originalmente determinados derechos a las representaciones sindicales en la empresa que estuvieran

<sup>550</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 90. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 108.

<sup>551</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, p. 38. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 110.

<sup>552</sup> NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 110.

vinculadas a sindicatos “mayormente representativos”; otra es la Ley 902/1977, sobre atribución del patrimonio sindical, también una serie de normas relacionadas con la designación de representantes sindicales en determinadas instancias, finalmente las previsiones que reservan a los sindicatos más representativos, la estipulación de ciertos convenios colectivos.

Como ninguna de las normas referenciadas precisa la noción de mayor representatividad que es atribuida a la doctrina y, sobre toda la jurisprudencia, así es que el concepto no es entendido en un sentido comparativo, sino como una representatividad significativa de cada ente aisladamente considerado, es decir, fundada en una amplia y efectiva capacidad representativa de la asociación sobre los intereses de los trabajadores, derivada de la valoración conjunta de una serie de “indicios”<sup>553</sup>.

Encuentran entre tales indicios en orden “el número de afiliados, de comprobación compleja; el hecho de contar con una extensión o presencia equilibrada en los distintos sectores productivos y de forma generalizada en gran parte del territorio; el ejercicio de una actividad de autotutela efectiva, sistemática y continuada; el desarrollo de una actividad convencional”<sup>554</sup>, es decir, la suscripción de convenios colectivos de trabajo.

La doctrina ha destacado que este sistema de selección de unas concretas entidades ha entrado en crisis a partir de la década de los años ochenta, facto es que las profundas transformaciones acontecidas en el sistema productivo han determinado entre otras cosas, grandes cambios en la estructura de la población trabajadora, en cuyo seno cabe apreciar “grupos de interés diversificados”<sup>555</sup>, que al tiempo que dificulta el labor de síntesis de las grandes confederaciones, han facilitado el surgimiento de organizaciones sindicales autónomas, desvinculadas de las tradicionales, que persiguen la protección de los intereses de “grupos muy concretos”<sup>556</sup>, algunas adquieren la consideración de más representativas y sus prerrogativas.

---

<sup>553</sup> Vd. Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 4.12.1995, nº 492.

<sup>554</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 90; BELLOMO, S., *I soggetti e i rapporti sindacali*, en (SANTORO PASSARELLI, G., dir.), *Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale*, IPSOA, Milano, p. 18; PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, p. 64; VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappichelli, Torino, p. 89; GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, p. 65. Citados por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 110.

<sup>555</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 88. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 111.

<sup>556</sup> GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, p. 26. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo

Con el *Statuto dei Lavoratori* operado en 1995, la crisis del concepto se ha dejado sentir en el panorama legislativo, que lo resuelve al introducir en el texto la referencia al “sindicato comparativamente más representativo”.

## b) Representación interna

Allá del modelo de representación externa existen también unos órganos representativos internos, que fueran surgiendo en el interior de las unidades productivas y se consolidando. “Tales órganos de representación se han desarrollado históricamente por medio de fórmulas bien diversas, muchas veces superpuestas, lo que dificulta, en ocasiones, la comprensión de la estructura del modelo”<sup>557</sup>.

El punto de partida sobre los distintos órganos son las experiencias históricas anteriores a la promulgación del *Statuto dei Lavoratori* y que merecen una sencilla referencia y que tienen como nota común a todos ellos, es que en ningún caso han sido objeto de regulación en sede legislativa y que se destaca a seguir.

### 1) Comisiones internas

- El origen de esta Comisión interna remonta a los inicios del siglo XX, y su primera regulación al año de 1906, momento en que se suscribe un acuerdo sindical entre la federación de trabajadores de la metalurgia y una determinada fábrica de automóviles para la creación de un órgano representativo como el mencionado y que desaparece durante el régimen fascista, reapareciendo con la caída de este. “A partir de ahí, tales órganos han sido objeto de atención por parte de sucesivos acuerdos, el último de los cuales se firmó en 1966.”<sup>558</sup>

- Por estos acuerdos se establece que su constitución se podría llevar a cabo en la unidad productiva que constasen con más de cuarenta trabajadores, todavía si la dimensión fuera inferior, el papel de las Comisiones internas sería desarrollada por delegados de empresa. La designación de los representantes, en ambos los casos, se producía mediante un sistema electivo en el que la presentación de listas estaba abierta no sólo a los grupos sindicalizados, sino también a los independientes indistintamente.

Todos los trabajadores que no estuvieran a prueba podían participar de la elección que tenía lugar en un único colegio, con votación directa y secreta. Los puestos

---

de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 111.

<sup>557</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 111.

<sup>558</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en...*, Op. Cit., p. 112.

eran repartidos en el seno de la Comisión por medio de un sistema de reparto de tipo proporcional, en función de los votos obtenidos por cada candidato.

El acuerdo interconfederal suscrito en 1966 definía las funciones encomendadas a los delegados y que eran variadas, pues iban desde “consulta, deliberación, control y conciliación”<sup>559</sup>. Mientras que la actuación de las Comisiones tenían dos importantes límites: un, tenía vetada la capacidad negociadora que de hecho fueran “aceptados en sede judicial”<sup>560</sup>, el otro, es que las controversias que pudieran surgir en la empresa, sea individual o colectiva, debían ser remitidas a las organizaciones sindicales si el intento de “composición previo ante la comisión resultaba infructuosa”<sup>561</sup>.

Las críticas a este modelo giraban en torno a dos datos adicionales: el primero, la falta de coordinación respecto a la acción sindical; el segundo, que la elección se producía en un colegio electoral único, con lo que “no se aseguraba la representación de la totalidad de intereses concurrentes en la empresa”<sup>562</sup>.

## 2) Secciones sindicales en la empresa

Con naturaleza diversa de las Comisiones internas surgieron también unas estructuras representativas que no se configuran como órganos de representación unitaria pues se trataba de las secciones sindicales, las cuales podían ser creadas por los sindicatos en el interior de las unidades productivas, reproduciendo en el interior de las mismas el modelo de representación asociativo. Producto de una disidencia de la CISL de los resultados electorales, aunque nunca llegó a tener una gran difusión, limitándose a pocas empresas de los sectores industriales “más sindicalizados”<sup>563</sup>.

---

<sup>559</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 94. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 112.

<sup>560</sup> PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, p. 41. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 112.

<sup>561</sup> GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, p. 81. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 112.

<sup>562</sup> SCOTTO, I., *Diritto del Lavoro*. Giuffrè, Milano, p. 43; PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, pp. 4-41; GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, pp. 80 y 81. Citados por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 112.

<sup>563</sup> GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci..., Op. Cit., p. 81.

### 3) Delegados y Consejos de fábrica

A raíz del “otoño caliente”<sup>564</sup>, las estructuras representativas de los trabajadores en el interior de las empresas experimentaron importantes transformaciones, surgiendo espontáneamente “los delegados y los consejos de fábrica”<sup>565</sup>, que venían a sustituir a las comisiones internas. Los nuevos órganos presentan ciertas características que les permitía superar algunas de las insuficiencias detectadas en las estructuras precedentes. Así es que delegados y consejos en cuanto facilitaban una relación más estrecha entre representantes y representados permitía una mayor vinculación con el sindicato externo.

A estos órganos era encomendado, por un lado a los delegados funciones de representar grupos de trabajadores homogéneos identificados por su posición en el proceso productivo y a los consejos de fábrica, compuesto por delegados en una unidad productiva que tenían competencia negociadora en el ámbito empresarial.

Problemas encontrados por estas instancias para desarrollo de sus prerrogativas venían de las delegaciones efectuadas por las confederaciones sindicales externas a través de un pacto suscrito en 1972, que fue liquidado en la década de los ochenta por las dificultades en su renovación pro el creciente clima de separación entre las distintas centrales sindicales. Por su vez, cuando surgía discrepancia entre el Consejo y un concreto sindicato mayormente representativo, éste a menudo retiraba la delegación y procedía a constituir una representación sindical en la empresa de conformidad con las previsiones del art. 19 del *Statuto dei Lavoratori*. El sistema fundado en una clase obrera relativamente homogénea empieza a cambiar, en consecuencia de las “alteraciones producidas en la organización del sistema productivo”<sup>566</sup>.

#### c) El *Statuto dei Lavoratori* de 1970 y las representaciones sindicales en la empresa

A partir del Estatuto entre las instituciones encargadas de la representación de los trabajadores en la empresa también se encuentran “las denominadas *rappresentanze sindacali aziendali* – de ahora en adelante, RSAS -, que se han definido como cualquier

<sup>564</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Prólogo* a la obra de GUTIERREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia 2011, p. 9. Fue la convulsione que ocurrió en Italia en la estera del mayo francés y la revuelta de San Francisco nos EUA en el período de 1966 a 1970, que resultó en un nuevo Derecho del Trabajo, con el *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970.

<sup>565</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 93. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 112.

<sup>566</sup> GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*.Bari, 2001, p. 81. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 113.

tipo de organización a través de la cual el sindicato está presente en las empresas a condición de que derive de la iniciativa de los trabajadores y tenga cualificación sindical<sup>567</sup>, esto es, sea reconducible a la estructura sindical.

### 1) Representaciones sindicales en la empresa

La Ley 300/1970, de 20 de mayo que aprueba el *Statuto di Lavoratori*, de ahora en adelante, SL, si refiere a las representaciones sindicales al tratar de la libertad y dignidad de los trabajadores, de la libertad sindical y de la actividad sindical en los lugares de trabajo y normas sobre colocación. De hecho, a pesar del esfuerzo, no regula con gran detalle tales instituciones, sino que se refiere a las mismas casi de manera indirecta, al reconocer y regular en su título III una serie de garantías para el ejercicio de la actividad sindical en la empresa.

Por ellas, la aplicación de las mismas no tiene carácter general, sino que está sujeta a una serie de límites.

Primero, en el título III de SL se establece un radio de acción restringido a las empresas que tengan una determinada dimensión, estando fijado los umbrales numéricos de trabajadores por el art. 35 SL, que condicionan la posible aplicación de tales previsiones. El mencionado precepto señala que las disposiciones del título III se aplicarán a las empresas industriales y comerciales se aplicara en cada sede, establecimiento, filial, oficina o reparto autónomo que ocupe a más de quince trabajadores; en el caso de las empresas agrícolas, la dimensión relevante desciende a cinco trabajadores. En el párrafo segundo del referido artículo es introducidos criterios adicionales para las empresas de ámbito espacial, en concreto el municipal, cuenten con diferentes unidades productivas que mismo no alcanzando los umbrales separadamente, pero sí en su conjunto.

Por segundo, tratase que por las garantías instrumentales en cuestión se reconozcan a ciertos sujetos denominados en la norma, art. 19 SL, como *rappresentanze sindacali aziendali*. Este precepto originariamente reconocía el derecho de los trabajadores a constituir en cada unidad productiva tales instancias representativas en el ámbito de las asociaciones adheridas a las confederaciones mayormente representativas en el nivel nacional o de las asociaciones sindicales no afiliadas a las confederaciones mencionadas, que sean firmantes de convenios colectivos nacionales o provinciales aplicables en la unidad productiva considerada.

---

<sup>567</sup> SCOTTO, I., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, pp. 43-44; GIUDICE, F.; MARIANI, F.; IZZO, F., *Diritto del Lavoro*, Edizioni Giuridiche Simoni, XVIII ed., Napoli, 2000, p. 566. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 113.

Después de muchos “cuestionamiento doctrinal e incluso junto al Tribunal Constitucional”<sup>568</sup> sobre la constitucionalidad o no de la norma, teniendo el Alto Tribunal se pronunciado que el contenido del art. 19 SL no supone un atentado contra los derechos a la igualdad ni a la libertad sindical, y que es plenamente justificables las limitaciones que introduce por la necesidad de evitar que cualquier ente representativo, por ínfima que sea su fuerza, pueda acceder a los privilegios contenidos en la norma, lo que resultaría de difícil sostenimiento para las empresas. Por su vez los requisitos para acceder a tales prerrogativas no derivan de decisiones arbitrarias de los poderes públicos, sino que están relacionadas con unos requisitos que pueden ser alcanzados por cualquier organización sindical.

La norma no limita el ejercicio de la libertad sindical en el interior de la empresa, la cual está garantizada para cualquier organización sindical, el que hace es atribuir derechos adicionales a ciertos organismos y establece que determinadas funciones relevantes sean llevadas a cabo por aquellas representaciones ligadas a las confederaciones más representativas.

En todo caso un referéndum de 1995 introdujo modificaciones en el art. 19 SL por los cuales se han reducido la exigencia de que la Constitución de la RSA se produzca en el ámbito de un sindicato más representativo o, al menos, firmante de un convenio nacional o provincial aplicable en una unidad productiva, de manera que los requisitos actuales son dos: primero es la iniciativa de los trabajadores independientemente de ser afiliados o no a un sindicato; y segundo que lo hagan de forma coordinada desde un sindicato firmante de un convenio colectivo aplicable en la unidad productiva, con “independencia del tipo de convenio que se trate desde la perspectiva territorial”<sup>569</sup>, es decir el convenio puede ser nacional, provincial o de empresa desde que sea colectivo normativo, el que excluye mero acuerdo de gestión.

## 2) Funciones y las prerrogativas de las RSA

La libertad de organización sindical no puede agotarse en el reconocimiento del momento asociativo, para permitir activar otras situaciones instrumentales que

---

<sup>568</sup> GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*, terza edizione, Zanichelli, Bologna, p. 99 y ss; SCOTTO, I., *Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, pp. 44-45; BELLOMO, S., *I soggetti e i rapporti sindacali*, en (SANTORO PASSARELLI, G., dir.), *Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale*, IPSOA, Milano, p. 18; PERSIANI, M., *Diritto Sindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova, pp. 67-68; VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappochelli, Torino, p. 89 y ss.; GIUGNI, G., *Diritto Sindicale*, Caducci, Bari, 2001, p. 69 y ss. Citados por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 114.

<sup>569</sup> CARINCI, F., *et altri*, *Diritto del Lavoro*. UTET, Volume I, *Il Diritto sindacal*, 4ª ed., Milano, p. 98. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 114.



dinamicen la acción sindical, así es que el SL contiene una serie de previsiones que facilitan el ejercicio de la labor representativa: primer, el art. 20 se refiere a la convocatoria de asambleas, a celebrar, en general, fuera de horas de trabajo, aunque se permita la celebración de un máximo de diez horas anuales en horario de trabajo; segundo, el art. 21 regula la celebración de referéndum sobre materias sindicales; tercero, el art. 25 disciplina el derecho a tablón de anuncios; y cuarto, el art. 27 dispone sobre un local para el ejercicio de las funciones representativas.

Especial importancia adquiere el derecho de los representantes de los trabajadores a gozar de permisos, tanto retribuidos con base en el art. 23, como no retribuidos pelo art. 24, para llevar a cabo su actividad representativa.

Entre las garantías de que goza los representantes se encuentran la tutela frente al despido en razón del precepto del art. 18 y frente a los traslados por el art. 22, en este caso de traslado, no se trata de una prioridad de permanencia que se asemeja a las garantías como existe en España, lo que establece el estatuto italiano es la necesidad de obtener un *nulla osta* de la asociación sindical a la que pertenece el representante que se pretende trasladar. De manera expresa se señala que esta misma garantía se aplica al representante electo, sino también al candidato.

De entre este conjunto de previsiones que facilitan el ejercicio de la actividad de los representantes de los trabajadores destacase la de la negociación en el nivel de empresa.

#### d) Acuerdo Interconfederal de 1993 y las representaciones sindicales unitarias

La organización de las RSA ya mencionadas llamadas a operar sobre unos órganos que desde un par de años se encontraban en vías de sustitución, al menos en el sector industrial. Así es que retomando un principio de acuerdo sobre representaciones sindicales en la empresa realizado por los sindicatos CGIL, CISL y UIK con la Confindustria en marzo del año de 1991, es retomado en 23 de julio de 1993 con la subscripción de un protocolo sobre dicha materia entre el gobierno y las centrales sindicales señaladas que, con posteridad, daría lugar al Acuerdo Interconfederal de 20 de diciembre de 1993 para la constitución de las llamadas representaciones sindicales unitarias tratada en adelante por RSU.

El Acuerdo firmado se estructura en dos partes: la primera es formada por ocho cláusulas cuyo contenido versa básicamente sobre la estructura, funciones y prerrogativas de las RSU; la segunda parte, es articulada sobre veintitrés cláusulas en las que se centra ciertos aspectos relacionados con la elección de los integrantes de tales instancias representativas. Una de las características más sobresalientes de las RSU es que, al margen de su naturaleza unitaria, la elección de los representantes corresponde

a los propios trabajadores a través de un determinado procedimiento electoral regulado en el propio acuerdo.

#### 1) El carácter sustitutivo de las RSU

Por las previsiones del acuerdo de 1993 las RSU vienen a sustituir u ocupar el lugar de las RSA por las distintas previsiones contenidas. Así es que, la cláusula octava de la primera parte del mencionado acuerdo señala que las organizaciones sindicales que, reuniendo los requisitos previstos en el artículo 19 SL, sean signatarias del acuerdo o se adhieran al mismo, renuncian formal y expresamente a la Constitución de RSA; también dispone en las cláusulas cuarta y quinta del acuerdo referido, al abordar las cuestiones relativas a los derechos, permisos, tareas, funciones y otras de la RSU establecen que tales sujetos se colocan en la misma posición que tenían los miembros de las RSA.

#### 2) Constitución y composición de las RSU

La constitución de RSA por las asociaciones sindicales firmantes del protocolo de 23 de julio de 1993, fundado en la cláusula primera del acuerdo, es posible en aquellas unidades productivas que cuenten con más de quince trabajadores, correspondiendo la iniciativa por la promoción de las elecciones.

También están legitimados para instar el procedimiento electivo las asociaciones sindicales firmantes del convenio colectivo nacional de trabajo, que resulte de aplicación en la correspondiente unidad productiva, así como aquellas asociaciones sindicales, formalmente constituidas con un estatuto propio, siempre que manifiesten una adhesión formal al contenido del acuerdo y cuenten con un determinado apoyo por parte de los trabajadores de la unidad productiva representada, por firmas equivalentes al cinco por ciento de la plantilla. Requisito semejante para la presentación de candidaturas.

“Una vez constituida la RSU, la legitimación para promover las elecciones sucesivas – los miembros se renuevan cada tres años – corresponde, además de a los sujetos apenas mencionados, al propio órgano saliente, quien debería ejercitarla al menos tres meses antes de la finalización de su mandato”<sup>570</sup>.

Como regla general el número de miembros a designar o elegir para la RSU varía en función de la dimensión de la empresa y el número de empleados en la plantilla, para la constitución de la representación es quince. La cláusula tercera de la primera

---

<sup>570</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 117.

parte del Acuerdo Interconfederal establece una escala un tanto compleja, que es la siguiente: para las unidades productivas de 200 trabajadores, tres componentes; en aquellas que ocupen hasta 3000 trabajadores, tres miembros por cada trescientos trabajadores o fracción; en empresas con mayores dimensiones, en adición a la previsión anterior, tres miembros por cada quinientos trabajadores o fracción, incluso de manera expresa esta cláusula enuncia que se trata de una previsión mejorable para la negociación colectiva.

La gran originalidad del sistema está en el mecanismo de cobertura de tales puestos a través de un doble sistema, que en la cláusula segunda de la primera parte del Acuerdo Interconfederal dispone, que dos tercios de los miembros de las RSU serán cubiertos mediante elección por sufragio universal y secreto entre las listas concurrentes – listas que en concreto sólo puede presentar ciertos sujetos, los mismos que pueden promover las elecciones – y el tercio restante se atribuye directamente a las listas presentadas por las asociaciones sindicales firmantes del convenio colectivo nacional aplicable en la unidad productiva correspondiente, y que ocuparán el un tercio de los puestos en función del número de votos obtenidos.

El que se pretende con tal sistema es alcanzar dos objetivos: un es reforzar el vínculo del órgano de representación con los sujetos representados, que se pretende sea más fuerte que el anterior, estructurado sobre “órganos de tipo asociativo”<sup>571</sup>, otro es dulcificar “uno de los inconvenientes que tradicionalmente se han achacado a las representaciones unitarias de signo electivo en la empresa, esto es, las posibles injerencias empresariales y su desconexión con los entes sindicales, objetivo este último que se ve potenciado además por el hecho de que las candidaturas ‘independientes’ no están previstas”<sup>572</sup>.

### 3) Procedimiento electoral

Las elecciones para los componentes de las RSU poseen un procedimiento regulado por el Acuerdo Interconfederal en la parte segunda del acuerdo, que empieza con el procedimiento para la constitución de una Comisión electoral encargada de asegurar un correcto y adecuado desarrollo de las elecciones en cada una de las unidades productivas. La composición de la Comisión es producida con la designación por las organizaciones que han presentado candidaturas a razón de un miembro por organización. La composición debe satisfacer diversas funciones como recibir la

<sup>571</sup> CARINCI, F., *et alii*, *Diritto del Lavoro*, Volume I. *Il Diritto Sindiciale*, UTET, 4ª ed. Milano, 2003, p. 108. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 117.

<sup>572</sup> NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 117.

presentación de las listas y verificar su validez; constituir las mesas electorales, presidiendo las votaciones; asegurar que el escrutinio se desarrolle adecuadamente; examinar y decidir eventuales recursos; proclamar los resultados y otras.

El art. 9 y siguientes de la segunda parte del acuerdo regula el desarrollo específico de las votaciones hasta llegar a la proclamación de los resultados por la Comisión electoral, del cual cabe presentación de recursos ante dicho organismo que procederá a examinar y resolverá sobre las reclamaciones en el plazo de 48 horas. De la decisión de la Comisión cabe recurso para el Comité de Garantías, de composición tripartita, que tiene 10 días para resolver sobre el recurso.

#### e) Otras instancias representativas

Con atribuciones funcionales más específicas desde el punto de vista subjetivo o desde el material, que las representaciones de los trabajadores en la empresa estudiada en Italia, se puede encontrar también otras dos representaciones tratadas a seguir.

##### 1) Comité de empresa europeo

A las empresas o grupos italianos de dimensión comunitaria incide el dispuesto en la Directiva 45/1994 que atribuye al Comité de Empresa Europeo que se debe formar para viabilizar un conjunto de derechos de información y consulta. Así es que la normativización de la Directiva fue recepcionada por el Acuerdo Interconfederal suscrito el 27 de noviembre de 1996 entre la CGIL, CISL y UIL, de un lado, y la Confindustria y Assicredito, de otro, el que también no impide que la transposición no se pueda llevar a cabo a través de negociación colectiva. A despecho del Acuerdo Interconfederal no tener eficacia general persiste el problema de la “adecuación del ordenamiento italiano a la normativa comunitaria”<sup>573</sup>.

##### 2) Representante para la seguridad

Otra representación, también derivada de las previsiones comunitarias el representante para la seguridad prevista por la Directiva Marco 89/391 y que en Italia es tratado por el Decreto Legislativo 626/1994, de 19 de septiembre, que entre otras cosas prevé la existencia de este representante especializado en las cuestiones relacionadas con la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo, que es obligatorio en todas las empresas y unidades productivas con independencia de su

---

<sup>573</sup> VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappocheili, Torino, p. 80. Citado por NORES TORRES, L. H., La representación de los trabajadores en la empresa en Italia, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003, p. 118.

dimensión. Sólo es considerado el número de trabajadores en la empresa o unidad productiva a efecto de determinar el modelo de organización. Así es que “empresas o unidades productivas de volumen de empleo inferior a quince trabajadores, el representante se elige directamente, en cambio, en las empresas que rebasan dicho límite ocupacional sale del ámbito de las representaciones sindicales existentes en la empresa, pudiendo ser elegido por los trabajadores o designado.

Como visto el modelo de representación de los trabajadores en Italia tiene una fisonomía bien peculiar si considerarse su normativización por el ordenamiento jurídico y los mecanismos de que se utiliza, comparado principalmente con el español y más lejos aún del modelo inglés.

#### 4.4. Representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa en Portugal

##### a) Participación de los trabajadores en la empresa

El ordenamiento jurídico portugués como el de la mayoría de los países de economía de mercado presenta una doble estructura: de un lado los comités de trabajadores en la empresa, de otro la representación sindical de los trabajadores.

##### 1) Derechos de participación de los trabajadores en la Constitución Portuguesa

La trayectoria de Portugal mucho se aproxima de España, incluso teniendo adoptado el sistema de doble canal, como también experimentó un largo período de régimen dictatorial y de estagnación en los campos económico, social y jurídico, principalmente no laboral.

Este retraso llegó hasta los primeros años de la década de 70, cuando empieza un período de restauración democrática, la reforma del ordenamiento jurídico y un proceso lento de recuperación económica.

Entre los Estados miembros de la Comunidad europea, Portugal es un de los que la representación y participación de los trabajadores en la empresa recibe el más firme apoyo constitucional, a partir del cual desarrolla en el restante del ordenamiento jurídico la efectiva bases del derecho a la participación.

Así es que el art. 54 de la Constitución de 1976 reconoce en el apdo. 1 que, “es derecho de los trabajadores criaren comisiones de trabajadores para la defensa de sus intereses e intervención democrática en la vida de la empresa”. En los apdos. 2, 3 y 4 amplía la base de sustentación de la participación por la que la asamblea de

trabajadores tiene la potestad de decidir su creación, de aprobar sus estatutos y de elegir entre los trabajadores permanentes, mediante sufragio libre y directo, los miembros de los comités, gozando los elegidos de la protección legal reconocida a los delegados sindicales.

Además, hace especificaciones cuando establece en el art. 54 apartado 5 que entre los derechos de los comités de trabajadores se destacan los de recibir la información necesaria para el ejercicio de su actividad; ejercer el control sobre la gestión de la empresa; intervenir en la reorganización de las unidades productivas; participar en la elaboración de la legislación laboral y en los planes económico-sociales que contemplen el respectivo sector; dirigir la gestión de las obras sociales de la empresa; y promover la elección de representantes de los trabajadores en los órganos sociales de empresas pertenecientes al Estado u otras entidades públicas, en los términos que fije la ley.

A partir de este comando constitucional que presenta un amplio abanico de preceptos que pretenden dar consecución y efectividad a la representación y participación de los trabajadores en la empresa, es desarrollado por una reglamentación normativa que no parece tener la misma grandeza de la que le da fundamento.

## 2) Desarrollo normativo infraconstitucional

El alcance de tales derechos sancionados por la Constitución se concreta por la Ley nº 46/79, de 12 de septiembre. Por ella la composición de los comités está fijada según una escala por la cual no podrá exceder de 3 miembros cuando la empresa cuente con menos de 201 trabajadores, ni de entre 7 y 11 en las empresas con más de 1000 trabajadores. Prevé, también, que en cada empresa puede existir un solo comité de trabajadores, y cuando tenga centros de trabajo geográficamente dispersos podrán elegirse subcomités.

### b) Representación sindical de los trabajadores en la empresa

#### 1) Representación sindical en la Constitución

La Constitución de Portugal es detallista y minuciosa en relación a la libertad sindical y los derechos de asociación y contratación colectiva cuyo abanico ofrece la más amplia base de sustentación a nivel constitucional al derecho de representación colectiva de los trabajadores en la empresa.

Así es que, como condición y garantía de los derechos e intereses de los trabajadores es reconocida en el art. 55.1 la libertad sindical y que es enmarcada a seguir en el art. 55.2, d) por la garantía sin cualquier discriminación el "derecho de

ejercicio de actividad sindical en la empresa” y que culmina en la fijación y consolidación de la garantía de los derechos laborales de información y consulta, cuando establece en el art. 55.6 que “los representantes electos de los trabajadores gozan del derecho a la información y consulta, bien como a la protección legal adecuada contra cualesquiera formas de condicionamiento, constreñimiento o limitación del ejercicio legítimo de sus funciones”.

Aún, la Constitución al tratar de los derechos de asociación sindical y contratación colectiva en el art. 56.1 atribuye a las “asociaciones sindicales defender y promover la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores que representen”, que se debe concretizar segundo la previsión del art. 56.2 por la participación “en la gestión de las instituciones de seguridad social y otras organizaciones que visen satisfacer a los intereses de los trabajadores”, letra b), haciéndose “(...) representar en los organismos de concertación social (...)”, letra d), por la participación “(...) en los procesos de reestructuración de la empresa, especialmente en lo tocante a acciones de formación o cuando ocurra alteración de las condiciones de trabajo”, letra e).

Yendo más allá, establece en el art. 56.3 que “compete a las asociaciones sindicales ejercer el derecho de contratación colectiva, el cual es garantizado en los términos de la ley”, y, a final refuerza la base legal de los convenios al disponer en el precepto del art. 56.4 que “la ley establece las reglas a respecto a la legitimidad para la celebración de las convenciones colectivas de trabajo, bien como la eficacia de las respectivas normas”.

Con todo este fundamento constitucional el ordenamiento laboral portugués pone de sobra el que falta de claridad, propiedad y contundencia en los textos constitucionales de los países de la comunidad europea, inclusive España, pero su reglamentación parece no corresponder al énfasis que le dio el constituyente.

## 2) Desarrollo normativo infraconstitucional

Los trabajadores y los sindicatos tienen asegurado el derecho a desarrollar su actividad sindical en el interior de la empresa, particularmente a través de los delegados sindicales, secciones sindicales y secciones intersindicales, art. 25 Decreto Ley nº 215-B/75, de 30 de abril.

“Sin embargo, estas estructuras sindicales empresariales no detentan funciones de gestión destacables, limitándose a participar en ciertas comisiones creadas para asuntos puntuales y a la defensa de los intereses de los trabajadores afiliados”<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 194.

De hecho, mismo contando con un extenso cauce en la cúspide del ordenamiento jurídico portugués su desarrollo por el legislador ordinario no le ha correspondido *in totum* y más, en la práctica hoy por hoy la actuación sindical dentro de la empresa es bastante tímida, para una base institucional tan amplia.

### 3) Comparativamente

En verdad, Portugal se aleja de España cuando ofrece una amplia fundamentación constitucional de forma explícita y rica en detalles, en otro extreme, se aleja por ejemplo del modelo inglés que resiste cuanto puede a los cambios, ofreciendo un complejo sistema normativo que no favorece a la participación del trabajador en la empresa como se verá a seguir.

#### 4.5. Representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa en el Derecho británico

El modelo británico de relaciones industriales se ha basado tradicionalmente en la existencia de un único canal de representación sindical y en un sistema de negociación colectiva carente de fuerza vinculante desde el punto de vista jurídico. En las últimas décadas se evidencian la insuficiencia de este sistema para garantizar los derechos de representación y participación de los trabajadores en la empresa exigidos por el Derecho Comunitario, que motivó la intervención del legislador británico con una doble finalidad: por un lado la “potenciación de la representación sindical, mediante el fomento del reconocimiento empresarial del sindicato a efectos de la negociación colectiva y la ampliación de sus competencias en materia de información y consulta”<sup>575</sup>; por otro lado, la “articulación de cauces alternativos de representación de los trabajadores, para garantizar la defensa de sus intereses en aquellos supuestos en que no existe un sindicato reconocido”<sup>576</sup>.

El proceso de democratización industrial o participación de los trabajadores en la empresa se ha caracterizado en el Reino Unido por dos notas esenciales: de un lado fue la “intervención de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones que les afectan”<sup>577</sup>, se ha encauzado fundamentalmente a través de la negociación colectiva y

<sup>575</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 156.

<sup>576</sup> Ídem, p. 156.

<sup>577</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 441, 2002, pp. 241 y 242. Constituye un presupuesto básico de la democracia industrial. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la*



de la figura del *shop steward*; de otro lado, y a diferencia de lo ocurrido en la mayoría de los países de la Europa continental, estos mecanismos de participación se han articulado al margen del apoyo institucional.

Así es que en años más recientes como consecuencia del mayor compromiso en el desarrollo del Derecho Social Comunitario, el Gobierno británico ha promovido la creación de nuevas fórmulas representativas de carácter unitario, y ampliado las competencias en materia de información y consulta de la representación sindical ya existente. Hoy coexisten “múltiples canales de representación”<sup>578</sup>.

#### a) Representación sindical en la empresa

Durante décadas la representación sindical en la empresa ha constituido una manifestación del voluntarismo que caracteriza al sistema inglés de relaciones industriales. En que pese a las reformas introducidas, aún hoy, son escasas y dispersas las referencias legales que conciernen a la actuación de los representantes sindicales en la empresa, cuya labor se guiará en buena parte por la práctica y costumbre, la doctrina judicial relativa a las relaciones entre el sindicato y los afiliados, así como las escuetas reglas e instrucciones que al respecto pueda contener las “normas sindicales de carácter estatutario y organizativo, y los Códigos de Conducta emitidos por el *Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS)*”<sup>579</sup>, por adelante tratado por ACAS.

A margen del escaso intervencionismo, la representación en la empresa ha sido la piedra angular de la democracia industrial en el Reino Unido, y continúa siéndolo, por más que la concurrencia de determinados factores “políticos y económicos de diversos signos”<sup>580</sup> haya ocasionado un “grave descenso del porcentaje de establecimientos

---

empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 121.

<sup>578</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart. Publishing, Oxford, 2000, p. 302. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 121.

<sup>579</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*. en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 441, 2002, pp. 241 y 242. Constituye un presupuesto básico de la democracia industrial. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 122.

<sup>580</sup> DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, Butterworths, 3rd. Ed., London, 2001, p. 708 y ss.; EDWARDS, P., HALL, M., HYMAN, R., MARGINSON, P., SISSON, K., WADDINGTON, J., WINCHESTER, D., *Great Britain: Still Mudding Through*, en AA.VV. *Industrial Relation in the New Europe*, FERNER & HYMAN Ed., Blackwell, Oxford, 1992, p. 1 y ss., MILWARD, N., BRYSON, A., FORTH, J., *All Change at work?*, Routledge, London, 2000, p. 224 y ss. “Numerosos autores británicos han analizado los mencionados factores entre los que se citan el fenómeno de la descentralización productiva, los avances tecnológicos, la tercerización de la economía con predominio del sector de servicios en el que siempre tuvo menor impacto el movimiento obrero, la privatización de empresas públicas, auténtico bastión de los sindicatos además

acogidos a cláusulas de seguridad sindical (*closed shop*, *unión shop*, etc.), de la cobertura de la negociación colectiva<sup>581</sup> y, en definitiva, de la “tasa de afiliación sindical”<sup>582</sup>, de sindicatos reconocidos y de “*shop stewards* existentes en los centros de trabajo”<sup>583</sup>.

### 1) *Shop stewards* y otras figuras representativas

No es una tarea sencilla explicar la institución inglesa del *shop stewards* bajo el punto de vista del Derecho continental, tomándole en la condición de representante sindical él se diferencia substancialmente de las figuras del *délégué du personnel* francés, el miembro del *Betriebsrat* alemán, y el delegado de personal o miembro de comité de empresa español.

El más tajante es que ni en la doctrina británica es pacífica la noción, pues para unos autores *shop stewards* es definido como “el trabajador reconocido por un sindicato para desempeñar determinadas funciones representativas en el centro de trabajo”<sup>584</sup> y para otros, como “el trabajador considerado por la dirección de la empresa y por el sindicato como representante del sindicato y de sus afiliados con capacidad para actuar en su nombre en las materias que afecten a las relaciones industriales en el ámbito empresarial”<sup>585</sup>. Así es que, numerosos convenios colectivos se refieren al “representante elegido por los afiliados empleados en el establecimiento para actuar en su nombre”<sup>586</sup>. Todavía la figura del *shop steward* ha recibido otras denominaciones según la doctrina, así es la de “*father/mother of the chapel*”<sup>587</sup> en la industria tipográfica o

---

de un buen número de reformas legislativas tendentes a debilitar la fuerza sindical (...) Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 122.

<sup>581</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 122.

<sup>582</sup> MILWARD, N., BRYSON, A., FORTH, J., *All Change at work?*, Routledge, London, 2000, p. 224 y ss. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico..., Op. Cit., p. 122.

<sup>583</sup> TERRY, M., *Trade Unions: Shop stewards and the workplace*, en AA.VV. *Industrial Relations, Theory and Practice in Britain*, P. EDWARDS, ed. Blackwell, Business, Oxford, 1995, pp. 204, 205 y 213. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico..., Op. Cit., p. 122.

<sup>584</sup> Mc CARTHY, W. E., *The Role of Shop Stewards in British Industrial Relations*, Royal Commission Research on Trade Union and Employers' Associations, Paper nº 1, Her Majesty's Stationery Office, 1967, p. 4. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico..., Op. Cit., p. 122.

<sup>585</sup> SALAMON, M., *Industrial Relations, Theory and Practice*, 4th. Ed., Financial Times, Prentice Hall, Harlow, 2000, p. 209. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho..., Op. Cit., p. 123.

<sup>586</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992, p. 370.

<sup>587</sup> Lord DONAVAN, *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donavan*. Informe Donavan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, pp. 45 y 46.

“*staff/departamental representative*”<sup>588</sup> en actividades no manuales, y admite diversas variantes, ya que cabe la “posibilidad de que represente a uno o varios sindicatos”<sup>589</sup>.

No quedó consolidada hasta los años 70 esta concepción del *shop steward* como representante del sindicato u oficial, es que en el referido período hubo “movimientos organizados de *stewards* que reivindicaron una mayor democracia industrial y actuaron con independencia de cualquier sindicato”<sup>590</sup>.

El concepto *shop steward* aparece por la primera vez en un texto legal, en la *Industrial Relations Act 1971*, en la definición de oficial, incorporada después a la vigente *Section 119* de la *Trade Union and Labor Relations Consolidation Act 1992* por delante llamada de TURLCA. Así es que por esta, se considera oficial, tanto al cargo o dirigente del sindicato o de una rama o sección del mismo “*officer*”<sup>591</sup>, o aún, la persona elegida o designada de acuerdo con los reglamentos sindicales para actuar como representante de sus afiliados o de algunos de ellos, aun cuando esté vinculada mediante contrato de trabajo con el mismo empresario que sus representados. En suma, “ostentan la condición de oficial del sindicato desde el máximo cargo sindical, el secretario general, hasta el *shop steward*”<sup>592</sup>.

De hecho, el *shop steward* no es un *officer*, pues no forma parte de la jerarquía sindical ya que pertenece al subgrupo de la *Section 119*, y así actúa como representante de los trabajadores afiliados al sindicato en el centro de trabajo y a diferencia de los cargos dirigentes sindicales, “no se dedica profesionalmente a realizar funciones representativas para el sindicato a tiempo completo, sino que le une un vínculo laboral con el mismo empresario para el que trabajan sus representados”<sup>593</sup>. Por su vez como representante sindical u oficial, el *shop steward* se distingue del personal del sindical

<sup>588</sup> SALAMON, M., *Industrial Relations, Theory and Practice*, 4th. Ed., Financial Times, Prentice Hall, Harlow, 2000, p. 204. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 123.

<sup>589</sup> Lord DONAVAN, *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donavan*. Informe Donavan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, pp. 45 y 46.

<sup>590</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra...*, Op. Cit., p. 369.

<sup>591</sup> Vd. *Section 119* TURLCA, entre los dirigentes sindicales menciona, aunque sin ánimo exhaustivo, a los miembros del órgano de gobierno del sindicato o del consejo de administración de fondos destinados a los fines del sindicato.

<sup>592</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 123.

<sup>593</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992, p. 370.

dedicado a funciones administrativas y normalmente empleado por la organización mediante contrato de trabajo ordinario “unión staff”<sup>594</sup>.

## 2) Designación y mandato del representante sindical

La TURLCA 1992 en cuanto norma que regula el proceso de designación de determinados cargos o dirigentes sindicales integrantes del comité ejecutivo, secretario general y presidente, estableciendo la necesidad de que sean elegidos mediante votación secreta y por un período de cinco años conforme consta de la *Sections* 46 a 61 del dicho *Act*, que todavía guarda silencio acerca de los *shop stewards* y cuyas reglas “non se aplican”<sup>595</sup> a este, pues este punto habrá que estar de acuerdo con el establecido en las normas sindicales, la costumbre y la doctrina judicial. La práctica admite dos formas, una es la elección a mano alzada por los afiliados a un mismo sindicato en el centro de trabajo, o la otra es, la “elección por todos los trabajadores de la empresa con independencia de su afiliación sindical”<sup>596</sup>. La designación del *shop stewards* por el sindicato competente no es usual, pero su ratificación expresa posterior si, para que adquiriera el “estatus de *official*”<sup>597</sup>.

Según las normas estatutarias sindicales, la duración del mandato puede consistir en un período determinado o indefinido, pero en este caso estableciéndose la posibilidad de revocar la credencial, mediante una simple notificación por parte del órgano sindical competente o exigiendo que “concurra causa justificadora”<sup>598</sup>.

Sobre la naturaleza del mandato que ostentan los *stewards* respecto de los afiliados cabe señalar que, el carácter representativo o imperativo del mandato y al margen de actuación de que dispone el representante, dependerá de inúmeras variables, tan diversificados como el método utilizado para su designación, se fue el sindicato o los afiliados quienes lo eligieron, la propia personalidad y capacidad de liderazgo del representante, sin embargo esta es la razón por la cual los *convenors*

<sup>594</sup> HARVEY, *Industrial Relations and Employment Law*, Vol. 2, M/Trade Unions, 785, p. 290. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 123.

<sup>595</sup> HEPPLÉ, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 441, 2002, pp. 241 y 249. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid, 2003, p. 124.

<sup>596</sup> DONAVAN, *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donavan*. Informe Donavan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, pp. 45 y 46.

<sup>597</sup> HEPPLÉ, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain...*, Op. Cit., p. 124.

<sup>598</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra.*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992, pp. 371 y 372.

habitualmente asuman un mandato representativo, o la tradición existente en el ámbito donde el mismo ejerce sus funciones representativas.

Todos estos aspectos no impiden y, con cierta frecuencia, el *steward* consulte el parecer de los afiliados respecto de determinadas cuestiones relacionadas a las condiciones objeto de negociación con la dirección de la empresa, por medio de conversaciones, reuniones informales o votaciones secretas, según la importancia de la cuestión concernida y la amplitud del colectivo afectado.

### 3) Organización de la representación sindical

Independiente de donde se organice, por fuerza del sistema de libertad sindical consagrado es posible siempre existir una pluralidad de sindicatos con implantación en un mismo centro de trabajo. Estas circunstancias unidas a la creciente complejidad cada vez mayor de la organización empresarial, expresada en una multiplicidad de centros de trabajo o de empresas agrupadas, determina que en el ámbito empresarial pueden actuar simultáneamente varios *stewards*, desarrollando sus tareas representativas en favor de sus respectivos sindicatos y de sus afiliados en cada centro.

Ahora bien, ajena a prescripciones legislativas o sindicales, la ordenación de su actividad representativa en una misma empresa se viene articulando de forma jerárquica, con la designación de un *chief steward* o *convenor*, y coordinadamente, mediante la institución de *joint shop stewards committees*.

De igual forma "El *convenor*, normalmente elegido por y entre los *stewards* en función de su antigüedad, organiza la labor de éstos, y centraliza parcialmente las relaciones entre los trabajadores y la dirección de la empresa"<sup>599</sup>. Es común que los "*convenors* desempeñen su actividad a tiempo completo"<sup>600</sup>, y cuentan con la colaboración del empresario quien a menudo les facilita "material de oficina e incluso un local"<sup>601</sup> para desarrollo de su actividad.

La cooperación para consecución conjunta de objetivos comunes es usual entre los *shop stewards*, mientras que pertenezcan a diferentes sindicatos. Así es que para ello,

<sup>599</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 125.

<sup>600</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 458, 2002, p. 250. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 125.

<sup>601</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992, p. 383.

y sin perjuicio de la celebración de reuniones que eventualmente permitan plantear reivindicaciones colectivas de índole coyuntural, se constituyen comisiones o plataformas de naturaleza estable, las denominadas *joint shop stewards committees*. Estas comisiones son integradas por “los *stewards* más experimentados y a los *convenors* de uno o varios centros de trabajo pertenecientes a distintos sindicatos”<sup>602</sup>, permitiendo la coordinación de su actividad en el ámbito de la empresa. Resulta así que, los *committees* favorecen el intercambio de información sindical entre diversos centros de trabajo, el análisis global de la actuación empresarial, contribuyendo para el “diseño de una estrategia sindical conjunta en la negociación con la empresa”<sup>603</sup> y “el planteamiento de medidas de presión en apoyo de los trabajadores y de quejas frente a decisiones que trasciendan al ámbito de un solo centro de trabajo”<sup>604</sup>.

#### 4) Funciones y competencias

La complejidad del labor del *shop steward* en la empresa viene de la doble condición representativa o sea, como representante del sindicato y de sus afiliados en el centro de trabajo donde, al tiempo en que representa al sindicato y sirve de cauce de comunicación entre los intereses de los trabajadores y del propio sindicato frente al empresario.

En su actividad de representación el *shop steward* se constituye en el principal “contacto personal del afiliado con el sindicato”<sup>605</sup>, de ahí la proyección de su actuación, a través de la cual se va a “juzgar a la organización sindical en su conjunto”<sup>606</sup>, correspondiendo al *shop steward* reclutar y mantener la afiliación en su centro de trabajo, asegurar la lealtad de los afiliados, gestionar el cobro de las cuotas sindicales, suministrar a los afiliados información sindical y trasladar al “sindicato sus quejas”<sup>607</sup>. La actividad de cobro de cuotas sindicales que era una de las primeras

<sup>602</sup> HARVEY, *Industrial Relations and Employment Law*, Vol. 2, M/Trade Unions, 785, p. 290. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 125.

<sup>603</sup> Ídem, p. 125.

<sup>604</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra...*, Op. Cit., p. 384.

<sup>605</sup> DONAVAN, *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donovan*. Informe Donovan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, p. 46.

<sup>606</sup> HEPPLÉ, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 458, 2002, p. 250. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 125.

<sup>607</sup> EDWARDS, P., HALL, M., HYMAN, R., MARGINSON, P., SISSON, K., WADDINGTON, J., WINCHESTER, D., *Great Britain: Still Mudding Through*, en AA.VV. *Industrial Relation in the New Europe*, FERNER & HYMAN, ed., Blackwell, Oxford, 1992, pp. 1 y ss. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los

funciones hoy ocupa en menor medida al delegado por la utilización del sistema de retención de cuotas hecha directamente por el empresario “*check-off*”<sup>608</sup>.

Los sindicatos británicos, en los últimos años, objetivando hacer frente a las necesidades impuestas por el fenómeno de descentralización económica y productiva y la resultante segmentación de la negociación colectiva, han emprendido un paralelo proceso de descentralización de su estructura y poder decisorio, contribuyendo a reforzar la función de sus representantes en la empresa. Para cumplir este desiderátum las organizaciones sindicales integran paulatinamente a los “*shop stewards* en su estructura constitucional”<sup>609</sup>, y les conceden asistencia a modo de formación, asesoramiento y guía, por medio de reuniones con la finalidad de resolver cuestiones puntuales y cursos formativos sobre negociación, representación y reclutamiento, organizados por el propio sindicato, por el *Trade Union Congress* (TUC), por la *Workers’ Education Association*, o por instituciones no sindicales, a despecho de “denuncias de insuficiencia del apoyo y formación”<sup>610</sup>. Mismo así, se ha proporcionado el sindicato a sus representantes un manual, “el *shop stewards’ handbook*, que contiene las instrucciones generales para el desempeño de sus funciones representativas”<sup>611</sup>.

El empresario, por su parte, venía “aceptando la conveniencia de tratar con el *steward* como agente beneficioso en el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa”<sup>612</sup>, todavía en los años 80 tiene lugar una reacción empresarial frente al

trabajadores en la empresa, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>608</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, 3rd. Ed., Butterworths, London, 2001, p. 708 y ss. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.) Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>609</sup> TERRY, M., *Trade Unions: Shop stewards and the workplace*, en AA.VV. *Industrial Relations, Theory and Practice in Britain*, P. EDWARDS, ed. Blackwell, Business, Oxford, 1995, pp. 204, 205 y 213. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>610</sup> WADDINGTON, J., *UK unions: searching for a new agenda*. Transfer, European Review of Labor and Research, European Trade Union Institute, vol 1, nº 1, 1995, p. 39. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>611</sup> SALAMON, M., *Industrial Relations, Theory and Practice*, 4th. Ed., Financial Times, Prentice Hall, Harlow, 2000, pp. 214 y 215. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>612</sup> Mc CARTHY, W. E., PARKER, S. R., *Shop Stewards and workshop Relations*, Royal Commission Research on Trade Union and Employers’ Associations, Paper nº 10, 1968, p. 15; En AA.VV. *Relaciones Laborales en Inglaterra*, Informe Donavan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, p. 51. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y

representante sindical en función de una nueva forma de entender las relaciones laborales basada en la fijación individualizada de las condiciones de trabajo, provocando una marginalización del representante en el “proceso de toma de decisiones en la empresa”<sup>613</sup>. Esta actitud ha generado una repercusión negativa después paliada por medidas legislativas de respaldo a la negociación colectiva, y a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. Todavía, “los deberes que a tal fin el ordenamiento británico impone al empresario se hallan en su mayoría condicionados al reconocimiento empresarial del sindicato al que pertenecen los representantes”<sup>614</sup>. De ahí tenerse que el reconocimiento del sindicato por el empresario posee estas y otras consecuencias legales de suma trascendencia jurídica y práctica.

#### - Reconocimiento del sindicato

Como característica del sistema inglés, el reconocimiento de un sindicato implica su aceptación como representante de los trabajadores con el propósito de abordar la negociación de alguna o algunas de las “materias objeto de negociación colectiva *Section 178(3) y (1) y (2) TURLCA 1992*”<sup>615</sup>, o con otros fines como la información y consulta respecto de cambios que “afecten al centro de trabajo”<sup>616</sup> de entre otros.

Por el régimen *common law*, el reconocimiento del sindicato queda a la libre decisión del empresario que puede en cualquier momento desconocer a un sindicato previamente reconocido, salvo en materia de sucesión de empresa pues el “cesionario tiene obligación de reconocer cualquier sindicato reconocido pelo cedente”<sup>617</sup>. Todavía, el derecho legislado o *statute law* ha reaccionado, frente a esta tradición para regular un nuevo procedimiento para el reconocimiento del sindicato a efectos de la negociación

participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>613</sup> TERRY, M., *Trade Unions: Shop stewards and the workplace*, en AA.VV. *Industrial Relations, Theory and Practice in Britain*, P. EDWARDS, ed. Blackwell, Business, Oxford, 1995, pp. 211 y 217. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 126.

<sup>614</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 127.

<sup>615</sup> BOWERS, J., *Employment Law*, p. 430; DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, 2<sup>nd</sup>. Ed., Butterworths, London, 1998, p. 708. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación..., Op. Cit., p. 127.

<sup>616</sup> BARROW, C. H., BLUNT, S., MANLEY, I. & ROSE, N., *Blackstone's Guide to the Employment Relations Act 1999*, Blackstones Press Ltd., London, 2001, p. 104. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación ..., Op. Cit., p. 127.

<sup>617</sup> BOWERS, J., *Employment Law*, p. 430; DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, 2<sup>nd</sup>. Ed., Butterworths, London, 1998, p. 708. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación..., Op. Cit., p. 127.



colectiva “*Schedule 1<sup>a</sup> TURLCA 1992*”<sup>618</sup>, aplicable en empresas de al menos 21 trabajadores en la plantilla *Schedule 1 A*, aptdo. 7.

Tal procedimiento tiene carácter subsidiario el que permite reconocimiento voluntario durante su tramitación, incluso, la norma faculta al *Central Arbitration Committee*, en adelante tan solo CAC, para imponer el reconocimiento del sindicato que cuente con el respaldo de la mayoría de los trabajadores de una unidad de negociación cuando afiliados, o hasta 40 por ciento en casos de votación en la unidad de negociación que estén a favor de su reconocimiento. En ambos casos “el CAC emitirá una declaración reconociendo al sindicato *Schedule 1<sup>a</sup>*, apdo. 18 a 22(2)”<sup>619</sup>, no obstante el reconocimiento impuesto por el CAC únicamente se refiere a la negociación de salarios, jornada y vacaciones, las partes pueden voluntariamente ampliar el ámbito del reconocimiento, apdo. 3 (3) y (4).

- Derechos de los representantes de sindicato reconocidos

“El reconocimiento – voluntario o impuesto – confiere al sindicato un estatus especial que comporta la atribución de los siguientes derechos de representación en la empresa”.<sup>620</sup>

Primero es el derecho de negociación de convenios colectivos de ámbito empresarial.

En detrimento de la negociación de ámbito sectorial, la negociación colectiva de empresa incentivada en los últimos años, es tarea normalmente encomendada a los *shop stewards* más experimentados, *senior stewards* o *convenors* o a los *joint shop stewards committees*, dependiendo del ámbito del convenio y del “número de sindicatos implicados”<sup>621</sup>.

La *Trade Union Recognition (Method of Collective Bargaining) Order 2000* publica un modelo de método de negociación que ha de servir de referencia al CAC, para los casos de ausencia de acuerdo entre empleador y sindicato determinando el método al

<sup>618</sup> Vd. Introducida por la *Employment Relations Act 1999* [Section 1 y Schedule 11].

<sup>619</sup> Según apunta el Magistrado P. Clark (*Employment Appel Tribunal, London*). En *The Role of Collective Bargaining*. Informe Nacional del Reino Unido *al Tenth Meeting of European Labor Court Judges*, Estocolmo, 2 de septiembre 2002, p. 5. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir., Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n° 43, Madrid 2003, p. 128.

<sup>620</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n° 43, Madrid 2003, p. 128.

<sup>621</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, en *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 450, 2002, pp. 248 y 250. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de ..., Op. Cit., p. 128.

que ha de ajustarse el proceso de negociación colectiva, conforme a la *Schedule 1<sup>a</sup>* apdo. 31(3) TURLCA 1992, que contempla entre otras previsiones el establecimiento de una única Comisión Negociadora Conjunta la *Joint Negotiating Body*, integrada por tres representantes del empresario y tres representantes sindicales, si bien el número de puesto puede aumentar con el fin de que todos los sindicatos reconocidos al efecto estén representados en la mesa negociadora, apdo. 5.

Las partes no están obligadas a negociar con vista a la adopción de un acuerdo, a diferencia de lo establecido respecto del deber de consulta en supuesto de despidos colectivos y sucesión de empresa. No obstante el dicho procedimiento impone a las partes la obligación de reunirse y dialogar según el “plan fijado por el CAC”<sup>622</sup>. El incumplimiento por cualquiera de las partes de esta obligación tiene como única consecuencia la imposición de una sanción pecuniaria, ya que la *Employment Relations Act 1999*, en adelante tratada como ERA 1999, no ha contemplado la posibilidad de “imponer el arbitraje respecto las materias objeto de negociación”<sup>623</sup>, tampoco garantiza este procedimiento la fuerza vinculante del convenio, en su caso resultante.

Conforme la doctrina del *common law*, incorporada a la vigente *Section 179* TURLCA 1992, el convenio no obliga contractualmente a empresarios y sindicatos, ni puede dar lugar a acciones judiciales entre ellos, pues se parte de la presunción de que las partes no tienen intención de obligarse jurídicamente, salvo que acuerden lo contrario por escrito.

Una otra peculiaridad del sistema británico consiste en que el contenido del convenio no queda incorporado automáticamente al contrato individual o que le imponga normas mínimas irrenunciables. Así es que, el convenio colectivo no constituye por tanto una fuente de derecho, sino una “fuente de posibles obligaciones contractuales”<sup>624</sup>. Para la incorporación del contenido del convenio a la relación laboral individual es necesaria mutuo acuerdo entre empresario y trabajador. La legislación vigente no prohíbe expresamente despedir o adoptar represalias contra el trabajador

<sup>622</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, 2<sup>nd</sup>. Ed., Butterworths, London, 1998, p. 708. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 127.

<sup>623</sup> BARROW, C. H., BLUNT, S., GIBBONS, S., MANLEY, I. & ROSE, N., *Blackstone's Guide to the Employment Relations Act. 1999*, Blackstones Press Ltd., London, 2001, pp. 129 y 130. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 129.

<sup>624</sup> GALIANA MORENO, J. M., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona 1978, p. 120. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 129.

por haberse negado a aceptar condiciones laborales que difieran de las pactadas en el convenio, a diferencia de lo que ocurre cuando la medida de represalia obedece a motivos antisindicales.

Por su vez el Tribunal Europeo de Derecho Humanos se ha pronunciado sobre algunas prácticas de empresas británicas, tanto del sector público como del privado, de ofrecer al trabajador mejoras salariales a cambio de renunciar a la aplicación del convenio a su relación laboral individual o de dejar sin efecto el mandato representativo conferido al sindicato para negociar tales condiciones laborales en su nombre pues vulnera la libertad sindical, e infringe el art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, que en adelante se trata por CEDH, mientras que existe opinión contraria por la *House of Lordes*.

Segundo es el Derecho a obtener información a los efectos de la negociación colectiva.

De entre los derechos de los representantes destacase la relevancia que puede tener la ausencia de información respecto de la empresa, cuyo conocimiento podría influir en el contenido de las reivindicaciones sindicales o en la conclusión de un acuerdo, puede “impedir, en sentido material, la negociación colectiva”<sup>625</sup>. Razón porque el legislador británico ha impuesto al empresario el deber de facilitar a los representantes sindicales determinada información acerca de las materias objeto de negociación y de los trabajadores a los que la misma se refiere. Este deber, que constituye un paralelo derecho de los representantes, se halla regulado en las *Sections* 181 a 185 TURLCA, interpretadas por el *Code of Practice 2: Disclosure of information to trade unions for collective bargaining purposes*, emitido por el ACAS.

En todos los estadios de la negociación colectiva, a requerimiento de los representantes de sindicatos independientes reconocido voluntario u obligatoriamente, tiene el empresario el deber de proporcionar información sobre la empresa “*Section* 181(1)”<sup>626</sup>, inclusive entiende la doctrina judicial que no se requiere que el proceso negociador haya comenzado efectivamente, pues el sindicato tiene derecho a solicitar información para decidir se lanza la “iniciativa para negociar”<sup>627</sup> o no, sin que el

---

<sup>625</sup> Vd. Apto. 9 del ACAS *Code of Practice 2: Disclosure of information to trade unions for collective bargaining purposes*, revisado en 1997.

<sup>626</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 281. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 131.

<sup>627</sup> Vd. Caso *Rv Central Arbitration Committee ex parte BTP Tioxide Ltd.*, 1982, IRLR 60, 67. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de

empresario pueda “negarse a facilitar dicha información alegando su decisión de no negociar”<sup>628</sup>.

De la obligación de informar del empleador una de las cuestiones más difícil, por el previsto en el Código de Conducta del ACAS, es determinar se la información es relevante, pues tendrá que tener en consideración: en primer lugar se la información versa sobre alguna materia objeto de negociación y más concretamente sobre los puntos debatidos durante la misma; por segundo es el ámbito de la negociación, es decir, nivel de empresa, centro de trabajo o departamento; tercera es el tamaño de la empresa; y el último cual el tipo de actividad al que ésta se dedica, como previsto en el apdo. 10 del Código. Objetivando reducir las dificultades para llegar al concepto de información relevante, ACAS ofrece ejemplos no exhaustivo del que cabría considerar información relevante en determinadas situaciones de negociación, apdo. 11.

La ausencia de acuerdo entre el empresario y el sindicato durante las negociaciones colectivas desdobra procedimientos que envuelven el CAC y la ACAS. Señalase, que en último término, el CAC no puede imponer el cumplimiento del propio deber empresarial de proporcionar la información relevante a efectos de la negociación colectiva, pero “el CAC puede emitir una declaración respecto de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores incluidos en la unidad de negociación”<sup>629</sup>.

Tercero es el Derecho de información y consulta respecto de materias específicas

Las nuevas políticas empresariales desarrolladas a partir de los años 80, como en otros países también en Inglaterra, pusieron de manifiesto la insuficiencia de la negociación colectiva para actuar como contrapeso al poder de dirección en aspectos como supuesto de cierre de empresa, traslado de centros de trabajo, introducción de cambios sustanciales en las condiciones laborales, así como la necesidad de articular fórmulas más ágiles de participación de los trabajadores en la empresa.

Mismo delante de aquellas constataciones, el gobierno conservador británico en 1979 “manifestó de forma contundente su oposición a cualquier propuesta europea

---

participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 131.

<sup>628</sup> Vd. Caso HM Prison Service V POA (CAC, 27 March 1995, unreported) IRLB, nº 523, 9. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 131.

<sup>629</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 286 y 287. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 132.

para desarrollar la democracia industrial, potenciando en su lugar la implicación individual del trabajador mediante la concesión de incentivos fiscales a la participación en acciones o en los beneficios de la empresa”<sup>630</sup>. De esta forma los escasos avances durante tres décadas en materia de consulta o participación de los trabajadores en la empresa se pasan a ser caracterizar por su carácter sectorial y limitado a materias concretas.

“En efecto, la intervención normativa se ha circunscrito casi en su totalidad a garantizar los mínimos exigidos para dar cumplimiento a la normativa comunitaria sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud, despidos colectivos y sucesión de empresas”<sup>631</sup>. Así es que en estos tres supuestos, el empresario se halla obligado a consultar el parecer de los representantes designados por los sindicatos reconocidos a efectos de negociación colectiva en la empresa.

Las materias específicas provienen de entre otras de las *Safety Representatives and Safety Committees Regulations 1977*, por delante sólo SRSCR, que confieren a los sindicatos reconocidos la facultad de designar representantes o delegados de seguridad, *safety representatives* Reg. 2. En general, los sindicatos designan como delegados de seguridad a los *shop stewards*, pues además de la experiencia que aportan en el desempeño de funciones representativas de carácter sindical, en ellos concurre la “condición de trabajar para el empresario”<sup>632</sup> y que existiendo dos o más representantes pueden requerir al empresario la constitución de un comité de seguridad, *safety committee, Section 2(7) Health and safety at work etc. Act 1974*, por delante HSWA y Reg. 9 SRSCR.

Los *safety representatives* consisten en controlar el cumplimiento de la normativa sobre seguridad, salud y bienestar en el centro de trabajo, Reg. 4 SRSCR. Para tanto los representantes tienen reconocido el derecho a investigar los riesgos potenciales y las reclamaciones de los trabajadores, llevar a cabo inspecciones periódicas en los lugares de trabajo Regs. 4<sup>a</sup> 6 SRSCR, y solicitar al empresario aquella información y documentación necesaria para atender sus funciones Reg. 7 SRSCR. Por ella, se impone al empresario el deber general de consultar con estos representantes sobre

---

<sup>630</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, En *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 442, 2002, pp. 242 y 243. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 132.

<sup>631</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 132.

<sup>632</sup> HEPPLER, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain...*, Op. Cit., p. 133.

determinadas materias manteniendo los acuerdos eficaces de cooperación concernientes a seguridad y salud en el trabajo.

Otra materia específica procede de los procesos de transmisión de empresas, las *Transfer of Undertakings, Protections of Employment, Regulations* 1981, en adelante, TUPE, que establecen la obligación empresarial que pesa sobre el cedente y que vincula el cesionario, de informar y consultar con los representantes de los sindicatos reconocidos. En caso de incumplimiento del cesionario el empresario tendrá que hacer frente a la correspondiente demanda interpuesta por el sindicato o sindicatos reconocidos ante el tribunal competente, *employment tribunal*, incluso después de una condena de compensaciones a los trabajadores afectados y no liquidada, titula a los trabajadores a una ejecución. Reg. 11.

También, en materia específica, se impone el deber prescripto en la *Section 188 TURLCA*, al empresario que pretende efectuar un despido colectivo, *collective redundancy*, entendiéndose por tal, el despido de 20 o más trabajadores del centro de trabajo dentro de un período de 90 días, apdo. 1. Así es que, con carácter previo, deberá consultar con los representantes de sindicatos reconocidos, donde los halla, apdo. 1B, “siendo irrelevante que los trabajadores afectados esté afiliados a dichos sindicatos”<sup>633</sup>. Por la *Section 196 (2)* los dichos representantes han de ser *officials* u otras personas autorizadas por el sindicato para tomar parte en la negociación colectiva con el empresario. La consulta que versará sobre despido, busca la forma de evitar o reducir su número y de mitigar sus consecuencias, apdo. 2, debiendo por ello el empresario informar previamente y por escrito a los representantes sobre las razones, número y descripción de los trabajadores afectados, método de selección a seguir en relación a los trabajadores que poden ser despedidos y la fórmula utilizada para el cálculo de las indemnizaciones correspondientes, apdo. 4.

La no observación de estos procedimientos el sindicato puede demandar el empresario, pudiendo el órgano judicial reconocer el derecho afectados por expediente de regulación de empleo, a permanecer en la empresa con mantenimiento de su salario durante el periodo que el tribunal estime oportuno, siendo el máximo de 90 días, sin perjuicio de otras acciones contra la decisión empresarial, *Section 189*.

Estas previsiones sólo resultan operativas en aquellas empresas en que el empresario ha procedido a reconocer a algún sindicato con el propósito de negociar convenio, pero las Directivas comunitarias en la materia exigen garantizar el deber de consulta en todo caso. Se no ha sindicato habilitado el empleador esta obligado

---

<sup>633</sup> DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, Butterworths, 3nd. Ed., London, 2001, p. 801. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 134.

legalmente a consultar a otros representantes de los trabajadores, objeto de estudio más adelante.

Aún como materia específica en relación a planos de pensiones, el empresario debe consultar a los representantes elegidos de entre los trabajadores de la empresa por sindicatos reconocidos, a diferencia de lo previsto en los supuestos anteriores, aquí la “norma aplicable”<sup>634</sup> prescinde de un mecanismo subsidiario de información y consulta, por el que la obligación se refiere únicamente a los representantes de sindicatos reconocidos, por lo que si el empresario opta por “no reconocer a ningún sindicato, quedase exento de esta obligación”<sup>635</sup>.

#### - Otras competencias de los representantes sindicales en la empresa

Allá de los derechos de representación y participación anteriormente indicados y reconocidos expresamente por el derecho legislado a los representantes sindicales, los *stewards* desarrollan en la práctica un conjunto de funciones negociadoras y mediadoras con la dirección de la empresa, incluso en búsqueda de mejoras de las condiciones de trabajo en la empresa, en materiales disciplinarias y en la canalización de quejas planteadas por sus representados.

Esta actuación del *shop stewards* ha dado lugar a lo que “la Comisión Donavan calificó en 1968 como ‘un sistema informal de negociación colectiva en el lugar de trabajo’, *informal system of work bargaining*”<sup>636</sup>. En verdad, y como ha puesto de manifiesto la doctrina, no es usual que las normas sindicales, unión rules, regulen este producto de la autonomía colectiva, ni atribuyan capacidad para intervenir en su negociación a los *shop stewards*, quienes “asumen esta competencia de facto”<sup>637</sup>.

Así es que las materias más comúnmente tratadas por los *stewards* son los incrementos retributivos mediante incentivos por rendimiento y complemento salarial por especiales condiciones de la actividad de carácter penoso, desplazamientos y otros; la evaluación de los puestos de trabajo y la mejora de la regulación de las horas extraordinarias y los horarios de trabajo. Muchas otras cuestiones son tratadas en el papel de mediador entre empleados y la dirección de la empresa, así el representante sindical actúa como un filtro de las relaciones laborales en la empresa.

<sup>634</sup> Vd. *Occupational Pension Schemes (Contracting Out) Regulations* 1996.

<sup>635</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 187 y 349. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 134.

<sup>636</sup> DONAVAN. *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donavan*. Informe Donavan. Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid, 1971, p. 13.

<sup>637</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992, p. 388.

## 5) Facilidades

Para garantizar la eficacia en el ejercicio de las funciones, “se otorga a los representantes sindicales en la empresa el derecho a ausentarse de su puesto de trabajo con o sin conservación de su salario, según los casos, al tiempo que se recomienda al empresario poner a su disposición determinados medios materiales para el desempeño de su actividad representativa”<sup>638</sup>.

### - Los permisos retribuidos

Fue introducida por la *Employment Protection Act 1975* la obligación de los empresarios de conceder a los representantes de sindicatos independientes y reconocidos un periodo razonable de permiso retribuido para atender todas sus obligaciones sindicales así como para su formación. Todavía, la *Employment Act 1989* limitó el número de supuestos en los que se podía solicitar tal permiso.

Por la *Section 168(1) y (2) TURLCA 1992* son derechos de los representantes sindicales a obtener permiso retribuido en cuatro supuestos posibles; y permisos no retribuidos, derechos fundados en la *Section 170 TURLCA 199*.

Todavía no reconoce el derecho de permiso cuando se trata de tomar parte en huelgas u otras medidas de presión colectiva “durante la jornada de trabajo, *Section 170 (2)*”<sup>639</sup>. El *shop steward* que “no participe en la acción colectiva, podrá hacer uso de los permisos legal y convencionalmente establecidos a fin de representar a los afiliados que intervengan en la medida de presión.”<sup>640</sup>

### - Otras facilidades

Similar al que establece el Convenio número 135 y la Recomendación nº 143 OIT, el *Code of Practice on Time off for Trade Union Duties and Activities*, emitido por ACAS, recomienda a los empresarios poner a disposición de los representantes sindicales los medios necesarios para llevar a cabo sus obligaciones de forma eficiente.

Por el método de negociación colectiva impuesto por el CAC en ausencia de acuerdo entre las partes negociadoras, la *Trade Union Recognition (Method of Collective Bargaining) Order 2000* establece que existiendo dependencias adecuadas para ello, el empresario deberá, bajo previa solicitud de la parte sindical, permitir que en sus

---

<sup>638</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 135.

<sup>639</sup> Vd. Apartado 23 *Code of Practice on Time off for Trade Union Duties and Activities 1997*.

<sup>640</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa...*, Op. Cit., p. 139.



instalaciones desarrolle reuniones con los trabajadores afectados para debatir sus reivindicaciones en la mesa de negociación, apdo. 23.

#### 6) Garantías frente al despido

Consumado el despido resta el procedimiento judicial que sigue a la reclamación contra la medida extintiva sea individual o colectiva, en la que se demanda su calificación como *automatically unfair*, cuyas particularidades procesales no cabe aquí profundizar. *Section 152 (1)(b) TURLCA 1992 y Section 153 TURLCA 1999.*

Otra situación distinta es el caso del afiliado que ostenta la condición de representante sindical, como ocurre cuando el despido es un *shop steward*, pues se presume que el mismo contaba con autorización de su sindicato para plantear las reclamaciones y quejas de los afiliados frente a la dirección de la empresa, convocar asambleas y reuniones de la plantilla y, en general, llevar a cabo las actividades sindicales que normalmente corresponden a un representante de su rango, siempre y cuando hubiera actuado de acuerdo con la práctica sindical. Para estos casos de despido existe un protocolo a ser seguido por el empresario, incluso preciso demostrar su motivación.

#### - Sanciones y otras medidas de represalia

El trabajador puede manejar el procedimiento procesal regulado por la *Section 146 (1) (b) TURLCA 1992*, en razón de las decisiones del empresario que, por acción u omisión imponga un perjuicio al trabajador con el fin de impedirle o disuadirle de que tome parte en las actividades de un sindicato independiente, o para penalizarle por haber participado en las mismas. De su parte la "represalia o trato desfavorable puede adoptar muy variadas formas: puede consistir en la negativa de ascensos, formación o prácticas, en la reducción del salario, en la aplicación injustificada de medidas disciplinarias, etc."<sup>641</sup>.

Estas cuestiones relativas a los perjuicios relevantes a efectos del ejercicio de estas acciones es cuestión a ser dilucidadas por los tribunales en cada caso. Existen procedimientos a ser observados que van desde plazos legales para impugnar las decisiones empresariales de represalia previstas en la TURLCA 1992 o la de despido en la ERA 1996, allá de la TURLCA.

---

<sup>641</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 143.

## 7) Responsabilidad del sindicato por actos de sus representantes

El ordenamiento británico, como el de otros países, el sindicato actúa por medio de sus representantes y afiliados, de ahí ser cuestión crucial la delimitación de los supuestos en los que el “sindicato ha de responder de los daños causados por sus representantes y afiliados”<sup>642</sup>.

Una noción amplia de responsabilidad sindical es el que ofrece el sistema *common law*, por actos de sus afiliados y más específicamente del *shop steward*, y otros aspectos relativos a incumplimiento de formalidades exigibles, la regulación muy estricta del acto de repulsa para eximirse de responsabilidad, y también los límites de las indemnizaciones que recaen sobre el patrimonio del sindicato son aspectos que también se encuentran establecidos en la TURLCA y que es dispensable en este trabajo profundizar.

Para completar el cuadro de entidades de representación de trabajadores en la empresa en Inglaterra, después de analizado la sindical, analizase la unitaria.

### b) Representación unitaria en la empresa

Influenciado principalmente por el Derecho que se forma en el ámbito europeo y que exige un cierto alineamiento de políticas económicas y sociales, incluso con los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Reino Unido la hegemonía de la representación sindical viene cediendo espacio, como se ha dicho antes, para otro modelo de representación tan específico cuanto disperso.

#### 1) Noción de representación unitaria y sus manifestaciones

No existe en el ordenamiento británico como existe en el español un órgano representativo elegido por todos los trabajadores de la empresa que sea competente para atender con carácter general los intereses de los trabajadores. El sistema de representación no sindical británico son normalmente elegidos para actuar en un área competencial muy concreta. Así es que “puede darse el caso de que en una misma empresa existan uno o más representantes por cada una de las siguientes áreas de competencias: seguridad y salud en la empresa, despidos colectivos, transmisión de

---

<sup>642</sup> HEPPLÉ, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*, En *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, Edit. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 421, 2002, pp. 232. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 145.

empresas, tiempo de trabajo y descansos, permiso paternal, y representación en empresas de dimensión comunitaria”<sup>643</sup>.

El que enmarca esta representación es precisamente la competencia que es atribuida a cada uno de ellos, sujetándoles a diversos regímenes en cuanto a su elección, facilidades y garantías de que dispone. Todavía esto no quiere decir que no existan puntos comunes en la normativa aplicable a cada una de las manifestaciones de la representación no sindical en la empresa, o sea la representación unitaria, pero la diversidad y dispersión constituye la regla general, el que dificulta su estudio.

El origen de esta representación unitaria que no tiene tradición en el Derecho británico, sino que es producto de la necesidad de dar cumplimiento a las sucesivas disposiciones comunitarias sobre derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, generador de una escasa y heterogénea regulación.

En Inglaterra la asimilación del Derecho social europeo no sigue la misma eficiencia de los demás miembros, así es que en un primer momento, los sindicatos reconocidos en la empresa monopolizaron la designación de los representantes competentes en materia de información y consulta sobre “seguridad y salud en el trabajo”<sup>644</sup>, “despido colectivos”<sup>645</sup> y “transmisión de empresas”<sup>646</sup>. Sin embargo, esta fórmula sólo garantizaba la información y consulta con los trabajadores en aquellos centros de trabajo en que el empresario hubiera procedido al reconocimiento de alguna organización sindical con el propósito de negociar convenios colectivos.

El monopolio inicial sindical de los derechos de información y consulta no quedaran manifiestas al tiempo de su regulación, y el reconocimiento de los sindicatos a efectos de la negociación de convenios constituía la regla general en las empresas británicas, pero el posterior adelgazamiento del poder sindical evidenció las limitaciones de que este sistema adolecía, el que ha llevado al TJCE entender que el Reino Unido habría traspuesto defectuosamente las Directivas 75/129/CEE, sobre despidos colectivos, y 77/189/CEE, relativa a los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de “traspaso de empresa”<sup>647</sup>. “Compelido por el TJCE, el

---

<sup>643</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 146.

<sup>644</sup> Vd. *Health and Safety at Work etc. Act 1974*, en su redacción original no otorgaba en exclusiva a los sindicatos reconocidos la facultad de designar a los *safety representatives*, pues también podían ser elegidos por los trabajadores de la empresa, tal prerrogativa fue introducida mediante la oportuna reforma por la *Employment Protection Act. 1975*, pasando posteriormente a las *Safety Representatives and Safety Committees Regulations* de 1977.

<sup>645</sup> Vd. *Section 99 Employment Protection Act. 1975*.

<sup>646</sup> Vd. *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981*.

<sup>647</sup> BARNARD, C., *The Working Time Regulations 1998*, *Industrial Law Journal*, vol. 28, nº 1, March 1999, p. 68; DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, 2nd. Ed. Butterworths, London, 1998, p. 758. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico...*, Op. Cit., p. 147.

legislador británico procedió a reformar la normativa precedente, por medio de las *Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 1995*, introduciendo un sistema alternativo de consultas en materia de despidos colectivos y transmisión de empresas<sup>648</sup>, por medio del cual el empresario podía tratar con los representantes sindicales, o con los elegidos por los trabajadores de la empresa, otorgando al empresario la facultad de elegir unos u otros interlocutores [Reg. 3(1B)].

En 1999, la dicha potestad fue suprimida, se quedando la necesidad de consultar obligatoriamente con los representantes sindicales existentes en la empresa, convirtiendo la representación unitaria en un recurso subsidiario en ausencia de representantes de sindicatos reconocidos por la empresa. Además, en materia de despido colectivo o transmisión de empresas el empresario podía optar entre consultar con los representantes ya elegidos por los trabajadores para otros fines (*representatives of employee safety*) o representantes elegidos *ad hoc* con competencia específica para estos supuestos que procede de un proceso de designación a que luego se analizará.

A partir de estas previsiones la doctrina inglesa pasa a distinguir entre “representantes de los trabajadores con carácter general (*general employee representatives*) y representantes de los trabajadores para fines específicos (*especial employee representatives*)”<sup>649</sup>.

Las *Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations 1996*, adopta solución distinta, que, en defecto de sindicatos reconocidos, Reg. 3, ofrece al empresario la alternativa de tratar las cuestiones relacionadas con la seguridad en la empresa, bien con los representantes elegidos *ad hoc*, *representatives of employee safety*, o para otros fines por los propios trabajadores, o bien directamente con los trabajadores de la empresa, Reg. 4, posibilidad esta última no contemplada en caso de despidos colectivos o transmisión de empresas.

Resulta que optaran por atribuir con carácter exclusivo a los representantes elegidos a tal efecto por los trabajadores afectados y no por los sindicatos reconocidos las *Working Time Regulations 1998*, en adelante WTR y las *Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999*, en adelante MPLR, la facultad de suscribir acuerdos de empresa relativos al tiempo de trabajo y descanso, o al permiso parental por cuidado a hijo, *Schedule 1.2 WTR* y *MPLR*, respectivamente. Estas normas autorizan en aquellas empresas que cuenten con un número de trabajadores igual o inferior a 20, el acuerdo

<sup>648</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 147.

<sup>649</sup> HARVEY, *Industrial Relations and Employment Law*, vol. 2, N/Labor Relations 4222, Issue 147, 2000, p. 2619. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico...*, Op. Cit., p. 147.

podrá ser firmado alternativamente por la mayoría de los trabajadores afectados, *Schedule 1.1 (d) (ii) WTR y MLR*.

Como última norma de esta cadena de reformas legislativas en materia de representatividad ha venido con las *Transnational Information and Consultation of Employees Regulations 1999*, en adelante TICE, que impone a la dirección central de aquellas empresas que tengan dimensión comunitaria, el deber de negociar con una Comisión Negociadora integrada por trabajadores o representante de los trabajadores para establecer un procedimiento de información y consultas de ámbito transnacional.

Entendiese que ese procedimiento puede constituirse en la obligación de la dirección central informar y consultar con un órgano representativo constituido con carácter estable en dicho ámbito que es el Comité de Empresa Europeo (*European Works Council*) o con las representantes de los trabajadores, *information and consultation representatives*, Reg. 17 TICE.

En el caso de ausencia de acuerdo respecto del procedimiento a establecer se aplican subsidiariamente las normas contenidas en el Anexo *Schedule* de las *Regulations* Reg. 18 TICE, según las cuales se debe constituir un *European Works Council*, en cuya composición pueden coexistir al mismo tiempo los representantes sindicales y los unitarios de los trabajadores empleados en establecimientos ubicados en el Reino Unido, o en su efecto, los representantes elegidos directamente por estos últimos.

## 2) Designación de representación unitaria

Para tornar viable la decisión de despido colectivo o transmisión de empresas, en carácter previo, el empresario opta por atender sus deberes de información y consulta con representantes no sindicales designados *ad hoc* por los trabajadores, así es que corresponde al empresario garantizar que la elección de dichos representantes sea correcta y se lleve a cabo de conformidad con la *Section 188A TURLCA 1992*, respecto de los despidos colectivos, y la Reg. 10A TUPE, en caso de transmisión de empresas apdo. (1) (a). Estos preceptos, de igual estructura y tenor literal, atribuyen al empresario la determinación del número de representantes a elegir, así como de la duración de su mandato apdo. (1) (b) y (d).

Por esas normas es requisito de elegibilidad que cuanto a los candidatos a representantes que recaía sobre trabajadores afectados por la decisión empresarial, es decir, ningún trabajador elegible para ser candidato puede ser excluido irrazonablemente de la presentación a las elecciones apdo. (1) (e) y (f). Por su vez, tienen derecho a votar todos los trabajadores de la plantilla o del grupo específico según el caso apdo. (1) (g), incluso los electores pueden votar a tantos candidatos cuanto fueren los representantes a elegir apdo. (1) (h). Esas normas establecen que se

debe asegurar que en medida razonablemente posible sea el voto secreto y la apuración de los votos sea justa y precisa apdo. (1) (i) (ii).

De forma similar a las reglas anteriores es las previstas en la *Schedule 1 (3) WTR*, para la designación de los representantes en materia de tiempo de trabajo, que a su vez ha sido literalmente reproducida por la *Schedule 1(3) MPLR*, sobre permiso paternal para cuidado de hijo. El proceso de escrutinio de votos no exige acudir a un cuerpo independiente tampoco prevé procedimiento para “impugnar las elecciones realizadas indebidamente”<sup>650</sup>.

En cuanto el proceso de designación de representantes analizado antes es sencillo, por contrario, si han de estar supervisadas por un órgano independiente las elecciones para designar a los miembros del Reino Unido en la Comisión Negociadora destinada a alcanzar un acuerdo sobre el procedimiento de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria Regs. 13 y 14. Así es que la designación o elección de los miembros del *European Works Council*, la normativa aplicable remite, sin mayor precisión, la determinación del método electoral a la Comisión Negociadora conjuntamente con la dirección central de la empresa Reg. 17 TICE. Por su vez y de forma subsidiaria, en defecto de acuerdo respecto del sistema de información y consultas, la *Schedule* apdo. 3 TICE regula la designación de los representantes del Reino Unido en el citado Comité del siguiente modo:

Primero habrá un cuerpo formado por los representantes de todos los trabajadores británicos, estos representantes entre ellos mismos establecerán el procedimiento para designación de los miembros del *European Works Council* correspondiente al Reino Unido cuya escolla hecha por ellos, que son al propio tiempo los únicos candidatos.

La norma reconoce como representantes de los trabajadores tanto los representantes designados por los sindicatos para negociar convenios colectivos en nombre de los trabajadores británicos, bien como a cualquiera otros representantes elegidos por estos trabajadores para llevar a cabo funciones cuyo desempeño exija estar en disposición de información a cerca de las condiciones de empleo de dichos trabajadores o acerca de la empresa que pueda “afectar significativamente a los intereses de los trabajadores”<sup>651</sup>. Resulta así que “ambas representaciones pueden coexistir en el *European Works Council*”<sup>652</sup>.

<sup>650</sup> Vd. *TRADE UNION CONGRESS, Working Time Regulations, A TUC Guide*, 1998, p. 14.

<sup>651</sup> Vd. TICE. A pesar de que la TICE excluye expresamente de esta designación a los representantes elegidos para materias específicas, como la seguridad y salud en la empresa o los despidos colectivos.

<sup>652</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 356. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de

Segundo modo de designación tiene lugar cuando ni todos los trabajadores británicos cuentan con representantes sindicales o electos así es que serán elegidos directamente por los propios trabajadores mediante votación los miembros del *European Works Council*, correspondiente al Reino Unido. En estas situaciones los criterios son los establecidos en los apdos. 4 y 5 *Schedule TICE*, que reproducen *mutatis mutandi* las condiciones previstas por las Regs. 13 y 14 de la misma norma, para la elección de los miembros británicos de la Comisión Negociadora, y cuyo incumplimiento permite plantear la correspondiente reclamación ante el CAC.

Por estas normas la dirección de la empresa se encarga de la elección mediante consultas con los representantes de los trabajadores, inclusive dando a conocer el programa definitivo de elecciones a los trabajadores y a sus representantes y con la necesaria presencia de un supervisor independiente durante las elecciones que tiene la función de controlar el desarrollo de la votación y su adecuación al programa. Cabe aun al supervisor verificar que el empresario ha consultado con los representantes a respecto de los procedimientos electorales, verificar para que las elecciones transcurran de forma a permitir que todos los trabajadores con derecho a voto lo ejerciten y finalmente dar publicidad a los resultados de la votación.

Contrastando con los cuidados y procedimientos antes descritos las *Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations 1996*, prescinden de una regulación meticulosa para “designación de los representantes en materia de seguridad y salud”<sup>653</sup>.

### 3) Funciones y competencias de los representantes unitarios

#### - El derecho de información y consulta

La normativa vigente impone al empresario, en la ausencia de sindicatos reconocidos, el deber de consultar con los representantes no sindicales de los trabajadores a cerca de determinadas cuestiones relativas a la seguridad y salud, y a los procesos de despido colectivo y transmisión que afecten a la empresa. Todavía no existe un deber general de informar y consultar a los representantes de los

---

participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 150.

<sup>653</sup> HARVEY, *Industrial Relations and Employment Law*, vol. 2, N/Labor Relations 4020, Issue 139, 1999, p. 2506. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 150.

trabajadores, que comprenda cuales quiera “materias de interés para los trabajadores representados”<sup>654</sup>.

Esa regla no se aplica a las empresas de dimensión comunitaria, pues en este caso pesa sobre la dirección central el deber de informar y consultar, siempre que viene referido a las materias que afecten al conjunto de la empresa o al menos a dos de sus establecimientos situados en diferentes Estados Miembros apdo. (6) *Schedule TICE*.

Sobre el contenido de la información que el empresario debe facilitar, o los aspectos sobre los cuales deben versar las consultas en cada caso, existe un claro paralelismo y por veces identidad respecto de los extremos, a tratar con los representantes sindicales y con los elegidos por los trabajadores afectados, en la ausencia de los primeros, el que se puede remitir a lo ya expuesto al tratar sobre el contenido del deber de información y consulta con los representantes sindicales, pero, fuera la función consultiva, la menor, los representantes electos no tienen atribuidas las facultades de inspeccionar los lugares de trabajo, de investigar las reclamaciones y quejas de los trabajadores, o de solicitar el establecimiento de *safety committees*, que la normativa atribuye a los representantes sindicales para garantizar la seguridad y salud en la empresa.

Bien diferente son las atribuciones de la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria cuanto al objeto de información y consulta con el *European Works Council*, que deberá informar sobre “diversas cuestiones”<sup>655</sup>.

#### - Negociación de acuerdos de empresa

Las normativas británicas, diferentes del ordenamiento jurídico español, no reconocen a los representantes unitarios legitimación para intervenir en la negociación de convenios colectivos, que es una atribución exclusiva de los sindicatos independientes reconocidos. Todavía algunos representantes electos tienen la facultad de negociar acuerdos de empresa, los *workforce agreements*, sobre determinadas materias de su ámbito de competencia, como es el caso de los representantes sobre tiempo de trabajo y descansos, y permiso parental por cuidado de hijo, restringido no en tanto a estas materias.

<sup>654</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 300. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 151.

<sup>655</sup> Vd. TICE. De entre ellas: el progreso de la actividad empresarial en general y, en particular, sobre la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones y los cambios sustanciales que afectan a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes de estos, y los despidos colectivos [apdo. (7) *Schedule TICE*].



El hecho de los representantes sindicales no poder intervenir en la suscripción de tales acuerdos de empresa reservados a los representantes unitarios, no quiere decir que en la empresa carezca de facultad negociadora en estas materias. En situaciones en que la materia implique en la relación laboral de un trabajador, pero que no esté regido por un convenio colectivo, entonces puede ser regido por un acuerdo suscrito por un representante unitario, se por contrario solo por representante sindical.

#### 4) Facilidades atribuidas al representante unitario

##### - Permisos retribuidos

El derecho a obtener permisos retribuidos durante su jornada de trabajo es establecido por las *Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations 1996* a los candidatos acerca de sus actividades electorales y a el representante electos con el fin de atender sus funciones en materia de seguridad y salud en la empresa y adquirir la formación necesaria Reg. 7(1) (b). También prevé la norma la diligencia del empresario, asegurándose que los *representatives of employees safety*, adquieran dicha formación, sufragando los gastos que ha tenido Reg. 7(1) (a), encargo no impuesto por las *Safety Representatives and Safety Committees Regulations 1977*, que no impone al empresario cuando se trata de la formación de los representantes sindicales “*safety representatives*”<sup>656</sup>.

La concesión de permiso retribuido es contemplado por la *Section 61 ERA 1996*, tanto a los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivos y sucesión de empresas, como a los candidatos en las elecciones a dicho puesto, para el ejercicio de sus funciones y para adquirir la formación exigida al desempeño su cargo en conformidad con la *Section 62* de la misma norma.

Semejante tratamiento con excepción la de adquirir formación, la Reg. 25 TICE reconoce, a los miembros de la Comisión Negociadora que ha de establecer el procedimiento de consulta en la empresa de dimensión comunitaria, y a los miembros del Comité de Empresa Europeo o a los representantes en materia de información y consulta en dicho ámbito, el derecho a ausentarse del trabajo para el ejercicio de sus funciones, y por su vez la Reg. 26 TICE trata específicamente de la retribución.

Por el contrario, el permiso retribuido con fines sindicales nos es atribuido a representaciones de trabajadores analizados en la representación unitaria.

---

<sup>656</sup> MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Collective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 345. Citado por FERRANDO GARCÍA, F., Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), Modelo de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003, p. 153.

## 5) Garantías a los representantes

### - Frente a medidas de represalias distintas del despido

Similar a la medida judicial que tiene derecho los representantes sindicales, también los candidatos y representantes elegidos por los trabajadores disponen de acción judicial frente a cualquiera medidas empresariales de represalia por el ejercicio de sus funciones en materia de seguridad y salud en la empresa *Section 44 ERA 1996*, despidos colectivos y sucesión de empresas *Section 47(1)*, tiempo de trabajo y descansos conforme a las *Working Time Regulations Section 45A*, permisos parentales *Section 47C(3)*, o información y consulta en empresas de dimensión comunitaria Reg. 31 TICE.

La represalia al representante por el empleador en casos de huelga propicia el derecho de acción por detrimento, *Section 45A ERA 1996* excepto se la medida del empleador fuere extinción del contrato, en tal caso procede a acción por despido *Section 230(1) ERA 1996*.

### - Frente al despido

Siendo el despido motivado por el desempeño de sus funciones representativas la norma faculta a el representante plantear la acción por despido, siendo por razones sindicales puede incluso solicitar de forma cautelar la suspensión de la decisión extintiva y la consiguiente reposición en su puesto de trabajo (*interim relief*) hasta que se dicte sentencia *Section 128, ERA 1996*.

El modelo británico de participación desarrollado dentro de un sistema *common law* de normas se ha caracterizado tradicionalmente por su fuerte sindicalización, de la que es emblemática la figura del *shop steward* que opera como nexo entre el sindicato y los trabajadores de la empresa. Por su vez, en rigor no existe la representación unitaria como existe en España u otros países del entorno, en verdad se van desplegando fórmulas de atender la presión que ejerce el Derecho comunitario, con representación no sindicales que actúan en diversos ámbitos laborales, conduciendo a un panorama complejo, heterogéneo y muy voluntarioso.

## 4.6. Participación y representación de los trabajadores en otros países europeos

### a) La participación de los trabajadores en Holanda

La importancia de se reflexionar sobre el derecho de participación de Holanda es que presenta un sistema singular, “innovador y único en el marco del Derecho comparado”<sup>657</sup>.

---

<sup>657</sup> ESTEBAN VESLASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, p. 58.

Este sistema de participación y designación de los miembros del Consejo de Vigilancia fue introducido por la ley de 6 de mayo de 1971, que así recorre un camino diferente de los otros países. La pieza clave de su funcionamiento es la cooptación cuyo significado y origen ya fue objeto de registro en este estudio, pero por cuestión de claridad se le sitúa en el ordenamiento jurídico holandés.

Así es que los dispositivos legales de la Ley de 1971 fueran inicialmente incorporado al Código de Comercio y después absorbido por el Código Civil de 1976, donde se tiene que los miembros del Consejo de Vigilancia son nombrados por el propio órgano, siendo prohibida cualquier limitación a este derecho. El derecho de proponer candidatos al nombramiento es propio de la Asamblea General de Accionistas, el Comité de Empresa y la Dirección. Siguiendo esta orientación el Consejo de Vigilancia comunica a la Asamblea General de Accionistas y al Comité de Empresas el nombre de los que desea designar, y de su parte, la Asamblea y el Comité de Empresa tienen el derecho de veto al nombramiento propuesto, cuando el candidato no es apto, a su juicio, para el cumplimiento de las funciones de miembro del Consejo de Vigilancia.

Mismo cuando haya objeciones de la Asamblea o del Comité de Empresa, el nombramiento puede convertirse en definitivo para el candidato impugnado si las objeciones fueren declaradas infundadas por el Comité Económico y Social.

El principio vigente es que los trabajadores y los que aportan capital han de tener la misma influencia en la composición del Consejo de Vigilancia.

Así como ya se afirmó en relación a los países cuyo estudio fuera desarrollado antes, la realidad actual en Holanda es que sufre influencia del derecho social europeo principalmente en relación a empresas que alcanzan otros países de la Comunidad.

#### b) La participación de los trabajadores en la empresa en Luxemburgo

Luxemburgo es otro país de la Comunidad Europea que adopta el modelo de doble canal, con origen en la Ley de 6 de mayo de 1974 por la que se crearon los Comités mixtos en las empresas del sector privado y se organiza la representación de los trabajadores en las "sociedades anónimas"<sup>658</sup>.

---

<sup>658</sup> ESTEBAN VESLASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, p. 59. Se recuerda que la estructura de administración de las sociedades anónimas es unitaria, según la Ley 108 de 10 de agosto de 1915 sobre sociedades mercantiles.

La designación de los representantes es hecha por los “delegados del personal”<sup>659</sup> entre los trabajadores de la empresa, y el reparto de puestos entre obreros y empleados se hace en proporción a su importancia numérica.

Un tratamiento específico es dado a las empresas del sector siderúrgico por la Ley cuando autoriza a las organizaciones sindicales más representativas de la nación a designar directamente tres representantes, que podrán ser incluso personas no ocupadas en la empresa.

Si la designación no ocurre dentro del plazo previsto en Ley entonces aquel miembro o miembros serán nombrados por el Ministro de Trabajo de entre personas de la propia empresa.

### c) Suecia y Dinamarca

Más una vez se realiza una análisis conjunta considerando trazos de similitud del tema entre los dos países.

El Estado ha renunciado a intervenir en la regulación de las condiciones de empleo y de las relaciones colectivas, y el protagonismo asumido por las representaciones colectivas de ambas partes mediante acuerdos nacionales y convenios colectivos, de ahí ser indudable el poder de los sindicatos suecos, sólidos, conjuntados y disciplinados. Así es que entes paritarios como el Comité del Mercado de Trabajo, de larga trayectoria es privados y de origen convencional.

En términos de participación una Ley de 28/12/1972 instauró la representación de los trabajadores en los consejos de las sociedades por acción y asociaciones con fines lucrativos, siempre que su plantilla alcance los cien trabajadores, pero estos derechos instituidos ya venían siendo practicados en el marco de los acuerdos L.O. - SAF. Pasados tres años “una encuesta”<sup>660</sup> comprueba que 91% de las empresas afectadas habían cumplido el legislado, pero 80% de ellas antes de salir la ley ya poseían representación en el consejo de administración.

Por haber sido la Ley de 1972 un complemento útil su vigencia que era de tres años fue prorrogada indefinidamente por la Ley de 3/6/1976, que además extendió su aplicación a las empresas que ocupen a veinte y cinco trabajadores. Así es que esta forma de representación del personal en Suecia no entra en contradicción con la hegemonía de los sindicatos.

<sup>659</sup> ESTEBAN VESLASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid 1980,, p. 60.

<sup>660</sup> HERRIKO AUTONOMIA, E. y HARREMANEN KONTSEILUA, L., *Sistemas de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en occidente*, Publicaciones de Documentos del Consejo de Relaciones Laborales, Vizcaya 1984, p. 135.

## d) Bélgica

El sistema adoptado por Bélgica trae relativa dificultad por su aproximación a otros modelos y sistemas cuanto a participación de los trabajadores en la empresa, duda que aparezca en diferente clasificación que le dan “algunos doctrinadores”<sup>661</sup>.

Por regla general, tal cual Italia, los representantes sindicales bien como los patronales son contrarios a una “gestión compartida”<sup>662</sup> y sus razones son análogas se no iguales.

No es por acaso esta semejanza, hubo una influencia mutua en su desarrollo y más “la legislación laboral belga es mucho más copiosa que la británica o alemana, sobre todo en lo relativo a las relaciones de carácter individual”<sup>663</sup>, y más, su sistema normativo guarda analogías formales importantes con el Derecho francés, es decir en el campo del derecho individual del trabajo ciertas parcelas de su Derecho público laboral (procesal, negocial, participación) son paralelos, sin embargo sus sistemas de relaciones colectivas poseen notables diferencias, pues en Francia ellos se basan en el conflicto, ya en Bélgica en la colaboración.

En que pese la aproximación de algunos modelos de relaciones laborales la experiencia belga es difícilmente “parangonable”<sup>664</sup> con ningún otro, de ahí la afirmación de que en ninguna parte las relaciones de los interlocutores sociales entre sí y con los poderes públicos han tenido un carácter más familiar y pragmático. Como es reconocido el Estado legisla profusamente, pero su actuación ha venido anticipada y enmarcada en el consenso con las fuerzas sociales.

A representatividad es un monopolio de las organizaciones más representativas que actúan en ámbito nacional, sectorial o de empresa y solo aquellas que ostentan ese carácter tienen acceso a las Comisiones o Subcomisiones Paritarias, al Consejo Nacional del Trabajo y a todo el cúmulo de organismos públicos.

---

<sup>661</sup> Vid. Diferentes clasificaciones. FERNANDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 60 la incluye en países de doble canal representativo; por su vez ESTEBAN VESLASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, p. 61; afirma que en este país establece por ley ninguna forma de participación institucionalizada y que en la práctica inexistente y, al final HERRIKO AUTONOMIA, E. y HARREMANEN KONTSEILUA, L., *Sistemas de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en occidente*, Publicaciones de Documentos del Consejo de Relaciones Laborales, Vizcaya 1984, p. 63 a 87, demuestra primero el monopolio de los sindicatos y después identifica en los consejos de empresa ciertas parcelas de cogestión.

<sup>662</sup> ESTEBAN VESLASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo, Madrid 1980, p. 62.

<sup>663</sup> HERRIKO AUTONOMIA, E. y HARREMANEN KONTSEILUA, L., *Sistemas de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en occidente*, Publicaciones de Documentos del Consejo de Relaciones Laborales, Vizcaya 1984, p. 64.

<sup>664</sup> Ídem, p. 63.

El concepto de la representatividad es dado de manera peculiar en cada caso por las leyes belgas, pero el derecho de coalición o derecho de asociación sindical no es objeto de legislación específica, pero si considerado una vertiente más del “derecho cívico de asociación”<sup>665</sup> prescrito en el art. 20 de su Constitución que “reconoce a todo belga el derecho de asociarse, sin someterse a ninguna medida previa”, él a final se plasma en la Ley de 24/5/1921, que por su vez declara en su art. 1: el derecho a formar parte de cualquier asociación, en tanto prohíbe que a nadie se haga fuerza para formar parte de una asociación o para no pertenecer a ella.

La complejidad del análisis en la caracterización de existencia de un canal único está en los consejos de empresa “*conseils d’entreprise*” que a semejanza de los comités franceses o españoles, o los consejos británicos, alemanes, holandeses o italianos constituyen los organismos de participación del personal que esté sindicalizado o no en la empresa.

De todo que se ha analizado predomina como característica en Bélgica el monopolio de los sindicatos, representado en el cumbre por la Federación General del Trabajo de Bélgica (FGTB), de tendencia socialista y la Confederación de Sindicatos Cristianos (CSC) de signo también socialista.

#### 4.7. Representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos de América del Norte

En los Estados Unidos (EEUU) más allá de la representación sindical existe otras no sindicales que actúan en diversos ámbitos laborales, conduciendo semejantemente al sistema Ingles, a un panorama complejo, heterogéneo y muy voluntarioso.

##### a) Características del sistema de representación

Dentro del sistema de *common law* este es el segundo estudio que se hace sobre la participación de los trabajadores en la empresa, sea por la importancia que representa el mercado económico norte-americano en una economía global y su influencia sobre países de Europa, particularmente “Alemania después de la segunda guerra mundial”<sup>666</sup>, con algunos efectos sobre el propio derecho alemán que en cierta medida tiene contribuido en la formación del Derecho europeo. Se advierte que esto es un estudio enjuto por la pobreza del instituto de la participación en cuanto derecho de los trabajadores en una de las fuertes democracias del mundo.

---

<sup>665</sup> HERRIKO AUTONOMIA, E. y HARREMANEN KONTSEILUA, L., *Sistemas de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en occidente*, Publicaciones de Documentos del Consejo de Relaciones Laborales, Vizcaya 1984, p. 74.

<sup>666</sup> Vd. Plano Marshall, su influencia en el campo económico e social.

“Las diferencias entre el sistema norteamericano y el español en cuanto a la representación de los trabajadores en la empresa son más que notables”<sup>667</sup> y fácilmente detectable en estudio “comparativo a nivel internacional”<sup>668</sup>. En que pese el ordenamiento jurídico español adoptar un modelo dual de representación, esto es, la unitaria y la sindical y que ellas pueden concurrir en un mismo ámbito empresarial, el que muchas veces hace, en los Estados Unidos, por delante EE.UU., “la representación de los trabajadores o existe (*unionized workplace*) y es única o exclusiva, o no existe (*non-unionized workplace*)”<sup>669</sup>.

En España no obstante los preceptos de los arts. 62.1, 63 y 66 LET, todos los centros de trabajo que superen los 10 trabajadores deberán dotarse de órganos de representación unitaria, todavía es potestativa la designación de representante sindical, mientras que en los EE.UU. la situación es absolutamente diferente, no sólo porque no existe una obligación de dotarse de representante en la empresa, sino también porque en muchos casos existe un proceso ante la Administración laboral, para determinar que en un ámbito empresarial específico los trabajadores no desean tener representantes colectivos alguno.

Es de gran relevancia el papel desarrollado por la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo, en adelante sólo JNRT o “Administración Laboral”<sup>670</sup> en todo proceso relacionado con la representación de los trabajadores. Ella es una agencia federal independiente creada en 1935 para poner en vigor a la “Ley Nacional de Relaciones del Trabajo”<sup>671</sup>, norma principal que gobierna las relaciones entre las empresas, los sindicatos obreros, y trabajadores.

Un de los aspectos más tajantes en el ámbito de la representación de los trabajadores es un proceso electoral promovido pela Agencia (*Board*) con dos funciones: primera es promover elecciones de voto secreto para determinar si los empleados desean o no ser representados por un sindicato; segunda es investigar y solucionar, sancionando las prácticas ilícitas que son cometidas por empresas y en casos practicados por el propio sindicato.

---

<sup>667</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en. AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 181.

<sup>668</sup> BIAGI, M., *Employee Representation in Small and Medium-Sized Enterprises: A Comparative Overview*, *Comparative Labor Law Journal*, 13/1992; y LAHOVARY, C., *Employee representation, codetermination, and business performance*, ESRC Center for Business Research, University of Cambridge. Citado por REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 181.

<sup>669</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores...*, Op. Cit., p. 181.

<sup>670</sup> Administración Laboral utilizada por veces para significar la Institución NIR.B – *National Labor Relation Board*. Página web [www.nlr.org](http://www.nlr.org).

<sup>671</sup> Vd. *La National Labor Relations Act* de 1935 es la regulación básica para la negociación colectiva en el sector privado.

En la misma línea de manifestación de voluntad de los trabajadores puede haber un debate a nivel empresarial sobre la posibilidad de que los trabajadores elijan a un sindicato, unión, o a un grupo de trabajadores para ser representados o, por el contrario, rechacen tal posibilidad, el que explica muchos de los problemas, regulaciones e intervenciones de la Administración Laboral.

Caso un sindicato gane el proceso electoral en una unidad empresarial determinada, el gozará del crédito de ser el negociador exclusivo pudiendo exigir del empresario la negociación de un convenio colectivo. En consecuencia de esta peculiar situación de exclusividad de negociación genera no sólo una pelea entre sindicatos, sino también una intervención del empresario en el proceso electoral, legitimada por la situación de exclusividad del sindicato, que a los ojos de la formación y tradición sindical, en muchas situaciones, podríamos calificarla como una clara injerencia en contra de la libertad sindical.

Un rechazo de ser representado por un sindicato en un proceso de designación imposibilita por un periodo de 12 meses un nuevo intento electoral para representante de los trabajadores. Resulta así que la diferencia entre una *unionized workplace* o una *non-unionized workplace* reside en los diferentes derechos de los trabajadores incluidos en una u otra unidad empresarial, pues, en general los trabajadores pertenecientes a una *unionized workplace* están protegidos por un convenio y por esto con un elenco mucho mayor de derechos que los trabajadores no protegidos por sindicato alguno o sea los *non-unionized workplace*.

En los últimos años esta diferente protección se ha ido difuminando sea por la aprobación de una serie de normas protectoras contra cierta prácticas empresariales, sea por la producción de algunas decisiones administrativas y judiciales que han extendido determinados derechos de los trabajadores de representación en la empresa a los que no la tienen.

La configuración de la representación de los trabajadores en EE.UU. está vinculada al centro de trabajo y casi nunca se encuentra procesos electorales a nivel de empresa o sectorial. Otra característica del sistema es la conflictividad que le es propia.

## b) Elección de los representantes de los trabajadores

### 1) Tipología de sistemas de elección de los representantes

La protección al derecho de los trabajadores de ser representados colectivamente con la finalidad principal de poder negociar un convenio colectivo es ofrecida en la sección séptima de la "*National Labor Relations Act*"<sup>672</sup>, por adelante solo NLRA.

---

<sup>672</sup> RAY, D. E., SHARPE, C. W., STRASSFELD, R. N., *Understanding Labor Law*, Legal Text Series, Matthew Bender and Company, San Francisco 1999, pp.12-15.



La normativa norteamericana prevé dos sistemas básicos para elegir a los representantes de los trabajadores en la empresa, un es el proceso electoral y el otro el reconocimiento de tal condición por parte del empresario.

En cuanto en la primera opción de representación se ha de hacer frente a un complejo proceso electoral, desde su inicio, o en el simplificado segundo sistema que basta el empresario reconocer voluntariamente a un sindicato la condición de negociador exclusivo, impidiendo durante un determinado período de tiempo que puedan producirse intentos de obtener esa condición por otros sindicatos.

En un buen número de casos, el sindicato obtiene su condición de mayoritario y el consecuente reconocimiento sin necesidad de autorización administrativa, para tanto el sindicato presenta al empresario las cartas de autorización que indican que la mayoría de los trabajadores de una unidad apropiada desean estar representados por aquel sindicato. Este tipo de procedimiento ha posibilitado motivaciones fraudulentas para evitar se llevar a cabo un proceso electoral y es por ello que en 1947 se modificó *The Act*, estipulándose desde entonces que *the election procedure* es el sistema fundamental de elección de los representantes de los trabajadores en la empresa.

A raíz de un “caso concreto”<sup>673</sup>, en 1969, la jurisprudencia determina de manera contundente que el proceso electoral debe tener una clara preferencia sobre cualquier otro sistema de selección de los representantes.

Con el objetivo de negociación de un convenio colectivo, la NLRA establece el procedimiento para la selección de los representantes de los trabajadores, siendo que el *The Act* prohíbe que el empresario interfiera en esta selección. Mientras que la NLRA exige que el empresario negocie con dichos representantes, todavía no quiere decir que exista una obligación de llegar a un acuerdo, pero si que se establezcan procedimientos “*procedural guidelines*”<sup>674</sup> para negociar de buena fe.

Una tercera y excepcional forma de determinación de quienes son los representantes de los trabajadores en la empresa es el “reconocimiento ordenado por la Administración Laboral (*Board*) en aquellos supuestos excepcionales en los que se hayan producido graves inferencias empresariales en el proceso electoral que hayan impedido o puedan impedir la efectiva elección de los representantes”<sup>675</sup>.

Por las amplias facultades reconocidas al empresario para contrarrestar el proceso de representación sindical y hoy muy pautado normativamente el proceso

---

<sup>673</sup> Vd. *Casy Gissel* [NLRB v. *Gise (Packing Co)*, 395 US575 (1969)].

<sup>674</sup> *Procedural guidelines*, consulta en web: [www4.law.cornell.edu/tipics](http://www4.law.cornell.edu/tipics) (labor).

<sup>675</sup> Vd. NLRB v. *Gissel Packing, Co*, 395, US 575 (1969). Citado por REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 184.

electoral como principal sistema de representación, se puede extraer la difícil posición de los sindicatos para conseguir la representación exclusiva en una determinada unidad de negociación.

2) Fase de propaganda pre-electoral: *the showing of interest*

Mismo que no prevista y regulada por normativas, de hecho existe una fase pre-electoral y que se puede cualificar como un de los momentos más importantes en la elección de los representantes de los trabajadores.

Para iniciar *the election procedure* el sindicato deberá demostrar a la Administración Laboral que existe una suficiente probabilidad de que los trabajadores quieran ser representados por él en la unidad electoral para tanto deberá acreditar *the showing of interest*, esto es, que al menos el 30% de los trabajadores ofrecen soporte a quien inicia el procedimiento.

Ahí una lucha que se desarrolla en esa fase y durante el proceso electoral entre el sindicato solicitante que busca ser elegido o acepto por los trabajadores y el empresario para que no exista una mayoría suficiente que, antes bien, en carácter previo el sindicato busca alcanzar apoyo de más de 30% de los trabajadores.

La NRLA exige que en todo el proceso electoral, al que se puede incluir esta fase previa, debe respetarse la libertad de expresión o sea la *freedom of speech* entre sindicatos y trabajadores. Los trabajadores tienen derecho de escoger libremente a sus representantes, pero también a decidir que no quieren ser representados por sindicato alguno. Así es que el sindicato dentro de la libertad de expresión publicitarse junto a los trabajadores, pero nunca de coaccionarlos.

A pesar de no estar recogido por la NLRA existe una campaña propagandística suele ser referida como *picketing* que nada más es que un acto promovido por el sindicato para bien "(1) forzar al empresario a que se les reconozca como negociador exclusivo, bien (2) para buscar soporte de los trabajadores con carácter previo a la solicitud del inicio del proceso electoral"<sup>676</sup>.

La acción de *picketing* también se relaciona con protestas que pone de manifiesto las diferencias salariales o condiciones de trabajo o mismo labores informativos respecto de los trabajadores en general e incluso como protestas ante prácticas empresariales que se consideran ilegales.

Para que sean válidas esas acciones la NLRA exige una petición en la que se solicita el inicio del proceso electoral, en un período no superior a los 30 días desde el

---

<sup>676</sup> RAY, D. E., SHARPE, C. W., STRASSFELD, R. N., *Understanding Labor Law*, Legal Text Series, Matthew Bender and Company, San Francisco 1999, p. 168.

inicio de tal acción, que una vez cursado la petición, la acción de *picketing* puede continuar.

### 3) Iniciación del proceso electoral

El método, normalmente utilizado por los trabajadores para seleccionaren sus representantes, o escogieren no ser representados por sindicato alguno es por la mayoría de los votos emitidos en el proceso de votación secreta desarrollado en una *appropriate bargaining unit*, es decir en unidades de negociación específicas que tienen como sujetos legitimados para iniciarlo el empresario, por un trabajador o grupo de trabajadores y un sindicato. Casi siempre, quien inicia este procedimiento es el sindicato que tiene que demostrar un sustancial soporte, o sea, 30% de apoyo en la unidad electoral de referencia.

La Administración Laboral, *Board*, es quien dirige y gestiona el proceso, incluso es la encargada de certificar quién es el representante de los trabajadores para un proceso de negociación colectiva, en una determinada unidad empresarial.

### 4) Tipos de petición ante la Administración Laboral

“Los tipos de peticiones que se pueden sustanciar ante el *Board* vinculados al proceso de elección de los representantes de los trabajadores son básicamente cinco”<sup>677</sup>, indicados para un ejercicio comparativo con el modelo español.

---

<sup>677</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 186. Tipos de petición: - la certificación de representante (RC) - Es una petición que solicita la certificación de representante esencial en el proceso electoral, pues significa que un trabajador o varios, o el sindicato instan el inicio de un proceso electoral en una unidad específica; - la decertificación (DC) - Cualquier trabajador puede solicitar ante el *Board* la decertificación de un sindicato como representante negociador, si el sindicato no posee el soporte de la mayoría de los trabajadores para representarlos; - petición del empresario (RM) - Esta petición visa legitimar la intervención del empresario en el proceso electoral, por más que pueda parecer extraño tienen la finalidad buscar resolver si un sindicato en proceso de solicitud de su reconocimiento tiene o no la mayoría, o tenga el empresario base razonable o evidencia de que actual representante de los trabajadores no ostenta apoyo de la mayoría de los empleados; - petición de clarificación de unidad (UC) - En los EE.UU. como en España la existencia de representación es ligada a la capacidad para negociar convenios colectivos, así es que el pedido es para determinar la unidad empresarial en la que se va llevar a cabo el proceso electoral, y en seguida, el de negociación del convenio colectivo, entablado por el empresario o el trabajador; - petición de enmienda de certificación (AC) - Como el propio nombre indica, pide la rectificación de una certificación ya existente de un sindicato, que puede ser solicitada por el propio sindicato, el empleador o los trabajadores ante la Administración Laboral.

#### 5) Supuestos por los cuales la Administración debe rechazar una certificación de representación

El modo normal de escoja del representante de los trabajadores en EE.UU. es un proceso electoral a partir de la solicitud de una certificación de representante ante la Administración Laboral como visto. Así es que esta no sólo debe “comprobar (1) que la solicitud de DC cumple con todos los requisitos exigidos (fundamentalmente el apoyo de cómo mínimo el 30% de los trabajadores, o (2) que la unidad electoral o de negociación es la adecuada, sino que también está obligada a (3) comprobar que el proceso electoral no afecta a una unidad de representación ya existente”<sup>678</sup>.

Se produce el rechazo de la solicitud siempre que la Administración Laboral encuentre contrariedad de norma o falta de cumplimiento a requisitos impuestos, por ejemplo menos de 12 meses de la elección anterior, o cuando el empresario ha reconocido un sindicato como negociado exclusivo y ha una solicitud de DC que será rechazada.

La Administración Laboral norteamericana ha elaborado lo que se ha venido a denominar como *contract bar rules*, para la libre elección de los representantes por parte de los trabajadores y la estabilidad de los acuerdos colectivos, por medio de normas que impiden de facto el inicio de un nuevo proceso electoral que resulte un perjuicio para la representación de los trabajadores. Así, en su conjunto se queda demostrado o alto grado de intervencionismo comparado con España.

#### 6) Determinación de la unidad de negociación

Al lado de un complejo proceso de determinación de la unidad de negociación y más aun siendo una cuestión fundamental en el proceso de elección de los representantes de los trabajadores, en la práctica las partes afectadas, sindicatos y empresario suelen acordar cuál es la unidad de negociación o de elección, *bargaining unit*.

Esta determinación puede ser vital para el sindicato que quiera convertirse en negociador exclusivo, pues su solicitud debe de acompañar la demostración del apoyo de cómo mínimo el 30% de los trabajadores de la unidad de negociación y que un erro en la delimitación de la unidad negociadora, puede representar grande desgaste de la imagen corporativa del sindicato.

Todavía es la Administración Laboral la que determina finalmente cuál es la unidad de negociación pertinente, del que se trata es identificar una apropiada unidad

---

<sup>678</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 188.

de negociación, *appropriate unit*, sin necesidad de que sea la más adecuada *appropriate unit not the most appropriate unit*, y es por esto que se busca el acuerdo entre empresario y sindicato, que será respetado por la Administración cuanto a la “unidad seleccionada”<sup>679</sup> por ellos.

Cierta semejanza existe entre la práctica desarrollada en los EE.UU. y España pues nada impide que ante un proceso electoral y posterior convenio colectivo se transcurra en el centro de trabajo, empresa o supraempresarial, esto es, grupos de empresa o sectorial.

La Administración adopta criterios para delimitar la unidad de negociación identificados con: similitudes en las formas de retribución; se las prestaciones sociales son equiparables; identidad o similitud entre las condiciones de trabajo esenciales, y la historia de la negociación en esa empresa.

#### 7) Representación de negociación exclusiva

“Cuando un sindicato ha sido certificado (*election procedure*) ordenado o voluntariamente reconocido por parte del empresario, éste tiene como principal obligación el deber de negociar colectivamente exclusivamente con él”<sup>680</sup>.

El sindicato que ha adquirido la condición de representante o de negociador exclusivo, se prolonga por un año cuando se encuentra ante un sindicato certificado, *certification year*, y por el tiempo razonable cuando ha sido ordenado o reconocido voluntariamente, normalmente por un plazo menor a un año, fijado discrecionalmente por parte de la Administración. Tiempo que es observado por las reglas sobre prohibición de iniciar un nuevo proceso electoral, *control bar rules*, y durante ese tiempo se produce una “presunción fuerte, a pesar de que se haya perdido la mayoría”<sup>681</sup>. Esta presunción se queda reforzada cuando no se ha convocado otro proceso electoral, *presumption of continued majority support*.

Por todo esto el sindicato que ostenta la condición de negociador exclusivo está sometido al deber de representación justa, según el cual tiene la obligación de obrar justamente en nombre de todos los trabajadores de la unidad de negociación, sea el trabajador miembro o no del sindicato.

<sup>679</sup> RAY, D. E., SHARPE, C. W., STRASSFELD, R. N., *Understanding Labor Law*, Legal Text Series, Matthew Bender and Company, San Francisco 1999, p. 81.

<sup>680</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 191.

<sup>681</sup> Doctrina iniciada con el caso *Borooks v. NLRB*, 348, US96 (1954).

c) Protección de los trabajadores en *non-unionized workplaces*

Al igual sucede “en nuestro ordenamiento jurídico, en EE.UU. la protección de los trabajadores varía en función de la existencia o non en su centro de trabajo de representantes colectivos. Si éstos existen, el referente normativo del trabajadores será normalmente el convenio colectivo, en caso contrario la Ley”<sup>682</sup>.

Mientras en España existe regulación legal que establece unos mínimos importantes respecto de las condiciones de los trabajadores sin convenio colectivo en EE.UU., se apoyan en cierta doctrina *employment-at-will doctrina* que en los últimos años ha sufrido una importante erosión por la aprobación de numerosas normas que tratan de proteger al trabajador en su condición de ciudadano.

Son ejemplos de algunas ampliaciones de la protección de los *non-unionized workplaces* el Acta de igualdad de pago de 1963, *Equal Pay Act* y que modificó el Acta de practicas laborales injustas, *Fair Labor Standard Act*, prohibiendo la discriminación salarial por razón de sexo; otra es la Acta de Derechos Civiles de 1964 que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo, raza, religión, color de piel y por el país de origen, en el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964, que se dirige a cualquier tipo de discriminación de los trabajadores.

Son tajantes las diferencias entre los modelos de representación de los trabajadores en la empresa entre el ordenamiento jurídico español y el norteamericano que se acentúan en cuatro perspectivas.

Primera, es que en el EE.UU. se establece un proceso electoral no sólo para determinar quienes son los representantes de los trabajadores en la empresa, sino también para decidir la no representación de los trabajadores.

Segunda, el sindicato como representante exclusivo mismo así se queda sometido desde el primer momento a un procedimiento excesivamente estricto, también tiene serias dificultades para desarrollar las tareas de información y propaganda sindical.

Tercera, sorprende la posición de poder del empresario americano en los procesos electorales, si analizado desde la tradición sindical española.

Cuarta, el intervencionismo en España muchas veces criticado no tiene actualmente paralelo al de la Administración Laboral norteamericana en los procesos de representación de los trabajadores y convenios colectivos.

Destacase con todo que en los últimos años se viene adoptando decisiones normativas, administrativas y judiciales que han acercado sensiblemente los colectivos de trabajadores americanos en *union-workplaces* y los que prestan servicios en *non-union workplaces*.

---

<sup>682</sup> REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., *Modelos de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003, p. 192.

#### 4.8. Participación y representación de los trabajadores en América Latina

La participación de los trabajadores en la empresa en América Latina “no es una cuestión original o novedosa de los tiempos presentes”<sup>683</sup> pues las constituciones políticas de algunos países de Iberoamérica se han introducido declaraciones pragmáticas que recogen, con menor o bien menor intensidad de compromiso, el principio de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa.

Nascidos de un fuerte impulso político en cierto momento histórico de algunos países, las experiencias sobre la participación constituyeron iniciativas audaces por su contexto, que a pesar de los efectos señalados tenían una vida efémera, porque en poco tiempo perdía su impulso originario y no llegaban a integrarse en el sistema de relaciones laborales como un componente funcional del mismo, esto es, con capacidad de equilibrar las relaciones de poder en las empresas y también de favorecer su desarrollo y progreso.

Las iniciativas legislativas dejaron en los ordenamientos jurídicos las pruebas de su pasaje, pero sin producir los frutos que se esperaba. Por esto, se ha justificado, a la altura de 1996, la afirmación que, hasta el presente, “la participación ha sido una asignatura pendiente en América Latina”<sup>684</sup>.

De forma simplificada, dos son los modelos preferidos para la participación de los trabajadores en la gestión empresarial en Iberoamérica: uno sindical y otro que, por contraste, se denomina “extrasindical”<sup>685</sup>. A continuación, se estudia los distintos sistemas de participación en algunos países de mayor arraigo y transcendencia sobre el tema, y que pasa a tener interés para este trabajo de tesis por la propia influencia que tuvieron España y Portugal en la formación histórica y política de esos países.

##### a) Brasil

El Derecho del Trabajo de Brasil fue influenciado desde el origen de su ordenamiento jurídico por él de otros países, pero recibió las principales contribuciones del Derecho Italiano y en particular el colectivo. De ahí prevaleciendo el modelo de representación sindical de los trabajadores en la empresa, o sea el de canal único.

La intervención jurídica en la orden económica en defensa del trabajador se fundamenta en el derecho de participación y en la idea del pluralismo jurídico que tiene como medio de realización la reforma estructural de la empresa, como la principal

<sup>683</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 185.

<sup>684</sup> ERMIDA URIARTE, O., *Mercosur y Derecho Laboral*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 1996, p. 37.

<sup>685</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa...*, Op. Cit., p. 185.

comunidad de trabajo, admitida una “nueva concepción de empresa, con la valorización del trabajo al lado del capital”<sup>686</sup>.

1) El ordenamiento jurídico laboral de Brasil y la participación en la empresa

- Norma Constitucional

A partir de la Constitución de 1946, art. 157, IV, se pasa a tratar de la participación de los trabajadores en los lucros de la empresa, pero no se hace cualquier mención sobre participación en la gestión o en formas de cogestión.

La Constitución de 1967, inciso V, del art. 158, por la primera vez prevé la integración del trabajador en la vida y desarrollo de la empresa, con participación en los lucros y, excepcionalmente, en la gestión de la empresa, en los casos y condiciones que fueren establecidas. Es una regla dirigida al legislador ordinario que nunca la reglamentó.

La Enmienda Constitucional nº 1, de 1969, en su inciso V, art. 165, con pequeño cambio en su redacción anterior, era cuñada así: “integración en la vida y en lo desarrollo de la empresa, con participación en los lucros y, excepcionalmente, en la gestión, segundo fuera establecido en la ley”. No se hablaba más de casos y condiciones que fueron establecidos, tan sólo según los criterios definidos en la ley. Sin embargo, la participación en la gestión continuaba siendo de naturaleza excepcional a nivel de Constitución.

En la Constitución actual, del año de 1988, el art. 7º, inciso XI, prevé “participación en los lucros, o resultados, desvinculada de la remuneración, y, excepcionalmente, participación en la gestión de la empresa, conforme definido en ley”. Así se verifica que la participación en la gestión continua siendo determinada de manera excepcional, dependiendo, sin embargo, de la ley que deberá reglar el asunto.

- Ley ordinaria

La primera norma que trata de una forma indirecta de participación en la empresa, es el Decreto-ley nº 7.036, de 10-11-1944, que crea reglas pertinentes a las Comisiones Internas de Prevención a Accidentes del Trabajo. Se puede decir que esta norma buscó de forma directa protección contra accidentes e indirectamente participación de los empleados en la empresa, se aproximando de una forma de cogestión, pero continua muy lejos de ser una realidad.

Las normas trazadas por aquella ley fueron incorporadas en la Consolidación de las Leyes del Trabajo – CLT - con ampliación en relación a la protección a la vida, salud

---

<sup>686</sup> MASCARO NASCIMENTO, A., *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 18ª ed., São Paulo 2003, p. 567.



e integridad física del trabajador, arts. 163 hasta 165 CLT, pero sin función de participación en la gestión.

El art. 621 CLT trata de representación, con la posibilidad de implantar Comisiones Mixtas de Consulta y Colaboración por medio de acuerdo o convención colectiva de trabajo. Sin embargo mismo que implantadas estas Comisiones no reviste del derecho de participación en la empresa como preconizado por la Constitución.

En el Estado de São Paulo, la Ley Estadual nº 3.742, de 20-5-83, con nueva redacción en 1984, establece que en las sociedades anónimas controladas mayoritariamente por el Estado es obligatoria la institución de un Consejo de Participación y Representación de Personal, compuesto de treinta miembros, que elige un director para representar a los empleados en la empresa, y que con la Ley de 1984, los propios trabajadores pasan a elegir su representante, todavía limitado al Estado de São Paulo.

- La doctrina laboral brasileña

El ordenamiento jurídico brasileño tradicionalmente privilegió la representación externa o conflictivo-negocial por medio de una estructura sindical vertical, pero la efectiva participación en la empresa aún es una promesa que permanece en la Constitución como una norma de “naturaleza programática”<sup>687</sup>, tan poco la legislación ordinaria le dio consecución, lo que ocurre también en otros países, principalmente latino-americanos.

Reconoce la doctrina que la participación en la gestión continua siendo “determinada de manera excepcional y dependiente de ley ordinaria”<sup>688</sup> que deberá reglar el asunto, pero no ha hecho hasta el momento, incluso no se percibe el ánimo de hacerlo.

Una corriente doctrinaria en Brasil establece con bastante clareza la distinción entre los diversos modelos de participación y la cogestión, pero no hablan de la participación en la gestión de la empresa, reconocida y tan decantada en España por una parte de la doctrina.

La doctrina brasileña considera que participación en la gestión de la empresa es el mismo que cogestión, ambas tienen el significado de “empleado poder participa de la gestión de la empresa juntamente con el empleador, tomando decisiones”<sup>689</sup>.

---

<sup>687</sup> RIVERO LAMAS, J., *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*, p. 283, Dirección: <<http://www.Bibliojuridica.org/libros/1/139/18.pdf>>. 2 marzo 2007.

<sup>688</sup> PINTO MARTINS, S., *Direito do Trabalho*, Editora Atlas, 19ª ed., São Paulo 2003, p. 771.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 773.

En continuación de las distinciones asevera que la participación en la gestión no se confunde con la participación en los lucros, previstos estos en la Constitución, pues el objetivo de esta es, si hubiere lucro, parte de él debe ser distribuido entre los empleados, en cuanto la participación en la gestión no tiene el resultado positivo del lucro como objetivo y sí, la toma de decisiones en la empresa, es decir, en su dirección y destino.

Sigue la doctrina haciendo la distinción, ahora entre cogestión de participación en el capital. La participación en el capital puede tornar el trabajador, también, propietario de la empresa, en cuanto la cogestión el empleado puede participar de la gestión de la empresa, más no necesariamente del capital.

Difiere también la cogestión de la autogestión, pues la primera envuelve la comunión de decisión entre empleados y empleadores en la empresa, pero en la segunda, la dirección de la empresa es ejercida solamente por los socios y trabajadores de la cooperativa, por ejemplo.

Otro aspecto resaltado es que la “cogestión puede ser clasificada como de empresa o de establecimiento”<sup>690</sup>. Así la cogestión en el establecimiento no envuelve toda la empresa, tan solo el centro de trabajo, al inverso la cogestión en la empresa envuelve incluso el establecimiento.

Todavía, la cogestión establecida en la Constitución es a de la empresa, pues se habla de participación en la gestión de la empresa, y no del establecimiento. Y que, la participación en la gestión es hecha por intermedio de Consejos o de Comités electos por los trabajadores.

Preconiza aún la doctrina que la “cogestión corresponde”<sup>691</sup> a: función meramente consultiva; inclusión de empleados en comités o comisiones internas; integración de representantes de los empleados en paridad con accionistas, en órganos con poder de decidir.

Otra corriente doctrinaria entiende que la cogestión es la forma más evolucionada y completa de representación de los trabajadores en la empresa y significa para él empleado tomar parte en lo gobierno de la empresa.

Representación y participación de los trabajadores en la empresa son conceptos correlatos no identificables, porque puede haber participación sin representación.

---

<sup>690</sup> PINTO MARTINS, S., *Direito do Trabalho*, Editora Atlas, 19ª ed., São Paulo 2003, p. 773.

<sup>691</sup> SÜSSEKIND, A. L., y et al, *Comentarios a Constituição*, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1990, v. 1, p. 406.

Para esta misma doctrina, tres son los “modos básicos de hacer participación”<sup>692</sup>: a) participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, también denominada cogestión, prevista en el art. 7º, inciso XI, pero no desarrollado por ley ordinaria; b) participación de los trabajadores en los lucros de la empresa, igualmente principio constitucional art. 7º, inciso XI; c) participación de los trabajadores en el capital de la empresa, que se hace mediante distribución de acciones.

En Brasil la doctrina laboral de modo general y la jurisprudencia son acordes en relación a no efectividad de los derechos de participación, lo que existe son situación aisladas de participación en la gestión, en los lucros o del trabajador en el capital de algunas empresas, pero no es una consecuencia de cumplimiento de una imposición legal, el que no ocurre con la representación que posee efectivas exigencias consubstanciadas en normas.

Algunas “experiencias”<sup>693</sup> tienen demostrado que son factibles procesos de participación mismos en la gestión de la empresa, aunque no se haya completado la norma a respecto.

Como se ha dicho inicialmente, la participación que existe y que es desarrollada en las negociaciones colectivas es la sindical y que tiene por herencia un perfil conflictivo con una estructura en tres niveles: uno con las centrales y confederaciones sindicales en el cumbre, cuya base es todo el territorio nacional; la federación que tiene como base el Estado federado; y en la base de la jerarquía el sindicato que tiene como ámbito de actuación el Municipio.

Ahora bien, a seguir se destacan dos países de influencia hispánica cuanto al Derecho Laboral y las formas de participación de los trabajadores en la empresa.

#### b) Argentina

La Constitución argentina de 1853 no contemplaba la participación en la empresa, todavía a partir de la enmienda de 1957 y de su revisión de 1994, de 22 de agosto se quedó encomendado en el art. 14 bis ordinario asegurar “la participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección”. El precepto ha provocado debates doctrinales sobre si obliga o no establecer

<sup>692</sup> MASCARO NASCIMENTO, A., *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 18ª ed., São Paulo 2003, p. 596.

<sup>693</sup> 1) Una empresa con dificultades financieras insanables, provocada por planes económicos del Gobierno, cierra las puertas por el propietario, fue reabierta por los empleados que ratearan los grandes estoques de zapatos que habían y pasaran a venderlos directamente para pago de salarios atrasados, reposición de materias primas y hacer frente a costes de producción. Hoy funciona en autogestión y convive con una disputa judicial del antiguo dueño con los actuales mandatarios.

2) Empresa aérea en proceso de liquidación judicial fue asumida por la asociación de sus empleados.

3) Una banca estatal posee en su Consejo de Administración representante de los empleados por ellos electo, con voz y voto.

un auténtico régimen de cogestión y a asegurar la efectiva participación en los beneficios. La corriente mayoritaria se inclina a favor de reconocer que tal precepto compromete, al menos, a "regular un cierto grado de cogestión"<sup>694</sup>.

Por presentar la necesidad de un desarrollo infraconstitucional el artículo constitucional que trata de la participación tiene carácter de norma programática, y que, como tal permanece porque el legislador hasta ahora no ha cumplido por entero la tarea que le fue encomendada, incluso algunos proyectos legislativos presentados que contemplaban una participación informativa y consultiva no ha prosperado, fundamentalmente por oponerse al punto de vista empresarial, contrario a institucionalizarse un sistemas de esa naturaleza, salvo cuando se establezcan mediante la negociación colectiva.

Una iniciativa que presentó avance en la tarea de dar consecución al Acuerdo Marco firmado en julio de 1994, entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales, por el cual el Gobierno se comprometía a elaborar un proyecto relativo a los derechos de información conexo a la negociación colectiva, los concursos y las quiebras, así como para los supuestos de crisis, cuya legislación fue aprobada en noviembre de 1994, que también reguló la obligación empresarial de elaborar periódicamente un balance social.

La primera previsión legal tratando de los Consejos de Empresa viene a través del art. 68 de la Ley de Contrato de Trabajo, nº 20.744, con las modificaciones introducidas por Acto Legislativo nº 21.297 de 1976, que tienen la facultad de controlar *ex post* el ejercicio de las facultades directivas del empresario. Así es que el empresario debe desarrollar sus facultades de organización de la empresa, de dirección, de ordenación de la prestación laboral, disciplinarias y sancionadoras, en un marco que viene delimitado por las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas, los consejos de empresa, y, si los hubiera, por los reglamentos internos.

Esta misma Ley califica a los Consejos de Empresa como órganos de obligado establecimiento, y remite a la negociación colectiva sectorial o de empresa la determinación de su estructura y su funcionamiento, previendo también la obligatoria constitución de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, pero sólo cuando alguna de las partes pida su establecimiento.

La otra norma infraconstitucional importante sobre libertad sindical es la Ley nº 23.551, de 1988, regula la representación sindical en a la empresa, diseñando tres diferentes mecanismos que son: los delegados de personal, las comisiones internas y los organismos similares.

---

<sup>694</sup> RACCIATTI, O. C., *Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, FCU, Montevideo, 1994, pp. 326 y 327.

A partir de esta estructura la doctrina identifica en estos mecanismos dos formas de representación: primera la representación de los trabajadores ante el empleador, la autoridad administrativa y ante la asociación sindical; y segunda la de la asociación sindical ante el empleador y el trabajador. Así es que se identifica a la representación ante el empleador la que permite incorporar algunas de las “funciones de esa representación en el tema de la participación en la gestión”<sup>695</sup>.

Con esta estructura legal se afirma que quien llevar a cabo las “facultades de representación enunciadas tienen derecho a verificar la aplicación de las normas legales o convencionales, a reunirse periódicamente con el empleador o su representante, y a presentar ante el empresario las reclamaciones de los trabajadores en cuyo nombre actúan”<sup>696</sup>. Así es que tal conjunto de posibilidades no implican, claro está, codirección, ya que únicamente es una forma de control del ejercicio discrecional del derecho a dirigir la empresa que tiene el empleador.

De hecho el primer experimento de participación destacable fue la creación de una representación sindical en los directorios de las empresas públicas y bancos oficiales en Argentina durante el período 1973-1976. Todavía, existió una experiencia paradigmática anterior con el sistema de cogestión establecido en 1964 en los Servicios Eléctricos de Gran Buenos Aires, que fue una forma de cogestión minoritaria, nacido del “convenio suscrito por la empresa con el sindicato de Luz y Fuerza”<sup>697</sup>. La experiencia culmina en 1973 con una autogestión y que por los problemas planteados, decide el Gobierno poner fin a la participación obrera en la administración empresarial en razón de la negativa experiencia recogida mientras el régimen estuvo vigente en esta macroempresa argentina, por aquello periodo.

A despecho de la previsión constitucional de una colaboración en la dirección de la empresa, el desarrollo normativo se muestra incipiente, si tomado en comparación con el establecido para el derecho de participación en la empresa en España.

### c) México

Mismo teniendo sido reconocida como una de las constituciones que más derechos sociales ha acogido en su tiempo la Constitución Mexicana de 5 de febrero de 1917 establece en su art. 123 número IX que “los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas regulada de conformidad con las siguientes normas: (...)”, para en seguida culminar, en relación al instituto en estudio,

<sup>695</sup> RACCIATTI, O. C., *Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, FCU, Montevideo 1994, p. 330.

<sup>696</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 186.

<sup>697</sup> La experiencia que culminó en 1973 con el nombramiento de un dirigente sindical como presidente de la compañía y la constitución, en paralelo, de un comité de autogestión que compartía las funciones de dirección con la vicepresidencia ejecutiva.

la limitación en la letra f) de que “no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas”. Por esto no constituye, pues, la participación en los beneficios un medio de participación en la gestión de la empresa, aunque sea un medio de favorecer la “cooperación en las relaciones obrera-patronales, implicando al trabajador en la prosperidad de la empresa, cuyo desarrollo también reportará mayores beneficios para él, al tiempo que lo estimula a mejorar la calidad del producto y a disminuir los costes”<sup>698</sup>.

Prevé aún el art. 123, número IX letras a), b), c), d) y e) de la Constitución mecanismos de representación de los trabajadores en una Comisión y las implicaciones para la efectividad del derecho de participar en las utilidades de la empresa.

A nivel infraconstitucional la Ley Federal de Trabajo en su art. 125 visando fijar la participación de cada trabajador en los futuros beneficios económicos, establece la implantación de una Comisión integrada por igual número de representantes de los trabajadores y del empresario que deberá formular un proyecto sobre la participación individual del trabajador y lo expone en un lugar visible del centro de trabajo. En el supuesto de no llegar a un acuerdo entre los representantes de unos y otros, decide el inspector de trabajo. Después del proyecto publicado, los trabajadores disponen de 15 días para presentar alegaciones, debiendo ser resuelta éstas por la comisión dentro de otro igual plazo.

Además, la misma Ley Federal de Trabajo, pero en su art. 153, instituye otro órgano participativo por los trabajadores que es la llamada Comisión mixta de capacitación y adiestramiento de obligado establecimiento en todas las empresas. Así es que la composición de dichas comisiones oscila según una escala que atiende a la plantilla de personal, siendo que en las empresas de menos de 20 trabajadores, la comisión debe ser integrada por dos representantes de la empresa y dos de los trabajadores, y si es superior son cinco los miembros de cada representación. La Comisión tiene como función velar por el cumplimiento del plan de capacitación implantado por el convenio colectivo para mejorar las condiciones profesionales de los trabajadores de la empresa.

El legislador en el art. 392 de la Ley Federal confiere un especial relieve a las comisiones mixtas, que en general desempeñan una función conciliatoria, en cuanto “medios pacíficos de la acción sindical”<sup>699</sup>, determinando que las resoluciones por ellas dictadas se ejecuten por las Juntas de Conciliación y Arbitraje en los casos en que las partes las declaren obligatorias; declaración que se puede hacer con carácter general en

---

<sup>698</sup> CAVAZO FLORES, B., *35 lecciones del Derecho Laboral*, Editorial Trillas, México 1993, p. 180.

<sup>699</sup> DE BUEN, N., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 679.

el momento de constituirse la comisión y también ante una resolución particular a posteriori, evitando que los conflictos trasciendan a los tribunales.

Por fin, “en aplicación de la Ley Federal de Trabajo art. 509 es también obligatorio un Comité mixto de higiene y seguridad por cada empresa o establecimiento, al cual se encomienda investigar los accidentes y las enfermedades laborales, proponer medidas preventivas y asegurar que éstas se cumplan”<sup>700</sup>.

Mismo que el proceso de colonización del México se tenga originado de España el ordenamiento jurídico mexicano ha seguido curso propio sin una efectiva garantía de participación en la gestión de la empresa como se tiene en España.

#### d) Otros países

A título de cierre de esta parte de este estudio comparado en el que se ha buscado presentar los principales modelos relacionados con el tema de esta tesis del cual se ha dejado excluido del análisis comparativo con el sistema español de participación de los trabajadores en la empresa, ordenamientos jurídicos mismo de importantes economías por dificultad de acceso y las limitaciones de este investigador, a saber: sistema asiático; sistema que estuvieron bajo el dominio de la antigua Unión Soviética; algunos países de norte europeo, citado de forma esporádica al largo de la tesis; los países de menor expresión de mercado económico, sea en las Américas, África, Oriente Medio, o en la propia Europa, y el Canadá y Australia que no dejan de ser de interés, pero se quedan fuera del marco de ese trabajo.

Ahora bien, llega a este punto donde si tiene registrado en este trabajo de tesis, un contenido que se ofrece a examen consciente de que no se ha agotado el tema de la participación de los trabajadores, sin embargo, se ha recogido el que existe de más influyente en las experiencias pasadas en economías del entorno y otros lejanos, pero que podría ofrecer un cuadro bien definido del estadio de la arte cuanto al tema y su proyección para el futuro.

Al largo de este estudio, desde el capítulo uno se tiene cuestionado y demostrado los grandes desafíos y los problemas que pesan sobre el Derecho del Trabajo en la realidad actual de una economía cambiante y asolada por continuas crisis, las exigencias de esos tiempos, institutos de derecho como es la propia participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, como reconoce el doctrinador lleno de “ambigüedad y vaporosidad”<sup>701</sup>, agravado por “empleadores atípicos”<sup>702</sup>, “trabajador

<sup>700</sup> RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010, p. 188.

<sup>701</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca 2006, p. 14.

nomádico”<sup>703</sup>, y “contrato deslizante”<sup>704</sup> que se unen, para más adelante entrar en conflicto produciendo una verdadero paradoja laboral.

Por esto, es que en el capítulo a seguir se busca dar consecución del título de este trabajo sobre participación de los trabajadores en la empresa bajo la perspectiva de la reestructuración del ordenamiento jurídico-laboral, al tiempo en que se afirma la imperiosa necesidad de acoger en el texto constitucional español el principio del debido valor al trabajo humano, proponiéndose incluso no un derecho nuevo, pero reestructurado, quizás un Derecho Monolaboral.

Los contenidos estudiados en este y en el capítulo anterior se ha puesto de manifiesto las limitaciones, por el descompaso con la realidad, fruto del agotamiento de la capacidad de alargar sus fronteras y abrigar los nuevos hechos que se imponen en el vertiginoso y cambiante desarrollo del mundo actual de las relaciones laborales. El majestoso ordenamiento laboral reclama mudanzas que le coloque nuevamente no solo como protagonista de la paz social, como un precursor de nuevos tiempos, dejándolo capaz de responder a los actuales y nuevos desafíos que puede empezar con una propuesta de reorganización del Derecho del Trabajo, en el capítulo siguiente.

---

<sup>702</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 8.

<sup>703</sup> Ídem, p. 9.

<sup>704</sup> *Ibidem*, p. 11.



### CAPÍTULO III - LA COMPATIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA CON EL DERECHO MONOLABORAL Y LA NECESIDAD DEL PRINCIPIO DEL DEBIDO VALOR AL TRABAJO HUMANO

Siguiendo la misma línea del capítulo antecedente elaborado con un pequeño recorrido histórico para fijar la origen de lo que se investiga, seguido por los hechos que dictan el presente y que motivan este trabajo, por los problemas que representan, para al final apuntar las posibles soluciones que pueden plasmar el futuro de la participación de los trabajadores en la empresa y del propio Derecho del Trabajo que aquí están representados, en los límites de tiempo y material para producirlo.

Sin olvidar que el tema abordado se relaciona con la vida humana, la realización personal que en la mayoría de las veces depende de otras tantas personas, a raíz del analizado, esto es, el desarrollo de la personalidad del trabajador, que en hipótesis alguna tiene menos importancia que los intereses del otro contratante. Todo que se viene hablando es de una relación que pone en jago la dignidad del trabajador, en nombre del derecho de propiedad o de la libre iniciativa o libre empresa y que jamás justifica rebajarla, disminuirla o envilecerla, por nadie.

Todo es una cuestión de supervivencia con dignidad participando del que de facto han acordado en el contrato, que es hacer junto, donde uno entra con el capital y todo más que implica el emprendimiento y el otro con la savia más genuina de su vida que es su trabajo, que significa el sudor de su cara, la energía de su mente, el tiempo de su vida, mismo que sea largo o corto y, la dedicación siempre presente en dosis variables, pero que no existe pago que lo remunere en la medida justa.

El que se está trabajando es el análisis del tejido plasmado en las relaciones sociales, esto es, en concreto del Derecho del Trabajo, por primero en el particular aspecto del condicionamiento que impone y determina a la participación de los trabajadores en la empresa. Por segundo el Derecho laboral, con sus indefiniciones, las dudas y la incapacidad de ofrecer hoy la solución para los problemas generados por un mercado financiero inestable y una economía cambiante, que, como se ha dicho, hace tiempo acompaña la edificación majestosa de esta rama del derecho, siendo que este siempre ha abrigado las innovaciones del mercado y se adaptado a ellas, pero que parece haber llegado al límite de su capacidad de ofrecer soluciones reales y factibles para las crisis que hoy se presenta de forma duradera y a menudo en estos nuevos tiempos del cual el más grave problema es el empleo.

En verdad, el que se busca en este trabajo no es una panacea para la crisis, también no es jugar por tierra el edificio que se ha construido, mucho menos negar el que existe y correr para los brazos de otra rama del derecho buscando abrigo, cuando se acredita haber salida, esto es, existen importantes, todavía sencillas soluciones que empiezan con una reorganización del Derecho del Trabajo y el reconocimiento que, a final, es una deuda de la sociedad y del Estado con todos y cualquiera trabajador, que debe ser solventada ahora, reconociendo el elemental principio del debido valor al trabajo humano, y que es la clave para la real participación del trabajador en la empresa, que se puede realizar con pequeños, pero significativos ajustes en el ordenamiento jurídico en vigor, a empezar por la Constitución española.

El que se trabaja en este capítulo y el que será objeto de propuesta también en la tesis, como ya se ha dicho es una reorganización sin dejar perder nada del que de importante ya existe, fundado en el reconocimiento del que de hecho ocurre en la relación laboral y para empezar dando efectividad a la participación en toda su plenitud, pero modulada. La participación de los trabajadores en la empresa es un componente importantísimo del Derecho del Trabajo que aún no ha obtenido el reconocimiento completo y tampoco se ha desarrollado en la justa medida de su importancia, las razones se viene tratando al largo de este trabajo.

Por su vez en este capítulo, se procura demostrar que las cuestiones laborales propias de las actividades productivas en la consecución de un trabajo asalariado no son todos alcanzados por el ordenamiento laboral, sea porque este fue instituido solo para la categoría del trabajo subordinado y posteriormente dispensado amparo específico al autónomo, pero existen otras actividades laborales que están al margen del amparo legal, es decir, son marginales al Derecho laboral. Esta realidad es cada vez más agravada en muchos países como por ejemplo en Brasil, con el llamado “trabajo informal”<sup>1</sup>, y que es conocido por algunos doctrinadores en España como “trabajo sumergido o clandestino”<sup>2</sup>, sin que el actual ordenamiento laboral ofrezca solución a

---

<sup>1</sup> Vd. Trabajo informal. “En su conjunto Europa muestra un bajo nivel de trabajo irregular en comparación con otras regiones como América Latina y, sobre todo, Asia. Y presenta también una alta proporción de lo que podríamos denominar ‘informalidad buena’, orientada a la solidaridad hacia amigos y vecinos (...). Hay una extendida opinión de que el trabajo informal acompaña a las economías en vías de desarrollo y que con la progresiva modernización va desapareciendo en beneficio del trabajo regular (...) indicadores apuntan a que en Europa el número de trabajadores en situación irregular está en aumento, y no solamente debido a los inmigrantes, sino a una evolución significativa del propio modelo productivo que Ulrich Beck ha denominado, a mi juicio de manera desafortunada, la ‘brasileñización’ de las relaciones laborales europeas a consecuencia de las políticas neoliberales”. Al tratar del trabajador sin adjetivos en la obra *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo* de OJEDA AVILÉS, A., *La Ley*, Madrid, 20120, pp. 355 a 360.

<sup>2</sup> Vd. Trabajo sumergido o clandestino es “La actividad económica y profesional no sujeta a control de las autoridades (en nuestro caso, laborales y de seguridad social) varía ostensiblemente en función de si se examina el universo de la OIT, el espacio de la Unión Europea el territorio nacional o una parte mismo, ya se trata de una Comunidad Autónoma, una provincia (...). El trabajo sumergido forma parte de la ‘economía informal’ o irregular, equivalentes a las actividades que eluden el pago de impuestos y cotizaciones; a veces se habla de ‘trabajo negro’, ‘trabajo clandestino’ y otros modismos o locuciones

estos desafíos. El que ocurre es que las fronteras del Derecho del Trabajo ya no se desplazan como se han hecho al largo de su existencia, sea para alcanzar un facto nuevo, sea para institucionalizar una cierta cuestión en conflicto.

Por esto, en este capítulo, al tiempo que se demuestran algunos aspectos que llaman atención para una necesidad de cambio estructural y el reforzamiento del contenido del Derecho del Trabajo, también se investiga el que es posible hacer y como hacerlo. Parece claro que el camino es la reorganización del Derecho del Trabajo, reafirmando bajo la fisonomía de un derecho renovado, el Derecho que se puede llamar de Monolaboral y cuya clave está en el principio del debido valor al trabajo humano, con la consecuente efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa.

### **I. Derecho del Trabajo, fronteras, inestabilidad y reorganización hacia una más efectiva participación**

No es de ahora que la realidad presenta descompaso con el derecho que debe regir las relaciones laborales, todavía, hasta en cuanto el ordenamiento jurídico laboral venía ofreciendo una solución para los diversos avatares que es propio de estos nuevos tiempos, donde las crisis es un frecuente “compañero de viaje”<sup>3</sup> de Derecho del Trabajo, que viene sobreviviendo a las turbulencias que tiene fustigado las certezas de las relaciones laborales con la incertidumbre de las procelas de los mercados económicos y financieros, que insisten en un desreglamento, como se leitmotiv de sus desgracias fueran las normas que rigen las relaciones de trabajo.

El que se espera es que el Derecho del Trabajo reaccione, ofreciendo a los demás, la protección que ha ofrecido a los trabajadores ajenos y subordinados o autónomos dependiente o no, u otros en la medida que aparezca tal necesidad y en la debida proporción o modulación que aquí se sugiere.

En este trabajo se ha mostrado, desde el capítulo uno, la situación actual del Derecho del Trabajo y la insoslayable necesidad de una profunda reorganización que resulta de entre otros los aspectos analizados a seguir.

---

coloquiales para identificarlo”. En la obra de SEMPERE NAVARRO, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012, (Estudio del RDL 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2012, p. 22.

<sup>3</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*. En *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LOPÉZ), Salamanca 2004, p. 29.

### 1.1. El Derecho del Trabajo subordinado, dependiente y no dependiente

Cualquiera reflexión que se haga en torno de trabajo productivo por cuenta ajena hay que se poner de relieve: el trabajador como sujeto de la protección normativa laboral y realizador de la actividad productiva; la empresa en cuanto colectividad, que reúne alrededor de una misma actividad económica y bajo la dirección de un mismo empresario a trabajadores de diferentes oficios; el contrato de trabajo que se distribuye por los diferentes oficios, generador del vínculo de subordinación que se establece entre el trabajador y el empresario que utiliza sus servicios; y el Derecho del Trabajo que descansa en una concepción al tiempo jerárquica, acogiendo relaciones individuales y colectivas que abarca a todos aquellos.

Este derecho, como es sabido desde las primeras normas laborales, fue siendo construido para un modelo llamado, en el vocabulario de las relaciones industriales de fordista, que se ha consolidado en función de la gran empresa industrial, típica de una producción masiva, basada en una especialización estrecha de las tareas y de las competencias y en una organización piramidal del trabajo que durante largo tiempo ha dominado en toda Europa, pero con significativas formas diferentes y variadas peculiaridades a que los sociólogos y políticos acostumbran llamar de “modelos de capitalismo del bienestar o de sistemas del bienestar”<sup>4</sup> presentando una cierta variedad de marcos jurídicos e institucionales que van desde las características más particulares de los modelos “nórdico o escandinavo, basado en la difusión de servicios de bienestar universalistas ofrecidos a los ciudadanos por el Estado independientemente de su trayectoria profesional, hasta las variantes de los países de la Europa del sur, basadas en una importancia persistente del autoempleo, en las microempresas y la emigración”<sup>5</sup>.

La característica fundamental de este modelo, presente en todas partes en la misma medida, es la importancia preponderante de contratos de trabajo por cuenta ajena, a jornada completa, no temporales y estandarizados o típicos, con elevado nivel de subordinación y de control disciplinario por parte del empresario y un elevado nivel de estabilidad y de compensaciones en prestaciones sociales y garantías para el trabajador.

Como fue constatado desde los finales de los años noventa “estos esquemas de regulación social y económica del empleo están perdiendo rápidamente terreno, hecho que se ve reflejado también en las diversas modificaciones experimentadas por el

---

<sup>4</sup> ESPIN-ANDERSON, G. *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge 1990; FERRERA, M., *Le trappole del welfare*, Bologna 1998. Citado por SUPLOT, A., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 35.

<sup>5</sup> SUPLOT, A., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 35.

Derecho del Trabajo en el conjunto de Europa, enmarcada por una triple influencia así identificada: primero por la elevación del nivel de competencia y de cualificación con el incremento de la autonomía profesional de los trabajadores, independiente de su subordinación contractual; segundo por la presión creciente de la competencia en mercados más abiertos; y tercero por la aceleración del progreso técnico en el campo de la información y de la comunicación, requiriendo otros modelos de organización del trabajo.

Factores diversos como la llegada masiva de “mujeres casadas al mercado del trabajo y las importantes mutaciones económicas y sociales habidas [...] han contribuido a la erosión del poder de las conquistas obtenidas en un trueque entre subordinación y estabilidad, también en el ámbito social”<sup>6</sup>.

Los mismos procesos globales de transformaciones han generado modelos diferentes, ya que sus características suelen ser distintas según los países donde ideologías y matrices económicas propios determinan los distintos modelos vigentes en Europa, a pesar de todo el esfuerzo comunitario para establecer un nuevo marco de regulación, que todavía no ha tenido la facultad de hacer desaparecer las diferentes formas de organización del trabajo que el régimen fordista de empleo y de prestaciones ha generado en toda Europa.

La realidad económica y social actual “no puede, pues, reducirse a la emergencia de un modelo único de relación de trabajo, sino que se caracteriza por una pluralidad de mundos de producción”<sup>7</sup>. Cada vez más se abre un abanico de opciones por medio de recurso al trabajo independiente, a la subcontratación o a la externalización de la mano de obra como estrategias de huida del Derecho del Trabajo y a la búsqueda de una reducción de costes, en sectores de actividad tradicional y de escaso valor añadido para reducir el peso del factor humano en términos financieros, usado también como estrategias de innovación en sectores de elevado nivel de calificación, aumentando el coste con el factor humano, con iniciativas de perfeccionamiento, competencias y calificaciones.

En un cuadro de considerables diferencias y aparentes contradicciones como este las nuevas configuraciones del poder, así como los nuevos equilibrios entre la autonomía del trabajo y la protección sociolegal y de prestaciones en la relación laboral, “pueden presentarse así bajo aspectos muy diferentes y necesitar respuestas jurídicas también diferentes, además de requerir una toma de conciencia de que la diversidad, que era uno de los fundamentos de los regímenes fordistas, no sólo no está

---

<sup>6</sup> SUPIOT, A., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 36.

<sup>7</sup> SALAIS, R. y STORPER, M., *Les mondes de production*, EHESS, Paris 1996. Citado por SUPIOT, A., (Coordinador), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 37.

en vías de desaparición, sino que está fomentando un conjunto de tendencias amplio y complejo”<sup>8</sup>.

A rigor estas transformaciones coyunturales, desde el punto de vista jurídico, pueden ser identificadas, en cuanto respuesta del mercado de trabajo, por las siguientes:

- a) el de la promoción o el desarrollo del trabajo por cuenta propia (autoempleo) con respecto al trabajo por cuenta ajena; b) el de la evolución del criterio de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo; c) el de la externalización o la subcontratación del trabajo hacia empresas económicamente dependientes de un empresario principal<sup>9</sup>.

No se puede olvidar la importante regulación del trabajo autónomo y más específicamente el autónomo económicamente dependiente por la LETA, que viene ampliar el número de trabajadores reconocidos y alcanzados por una legislación, que a pesar de ofrecer mayor seguridad a trabajadores excluidos de la LET, deja aún algunos puntos de inseguridad jurídica.

A estos aspectos se puede añadir y con mayor gravedad por sus consecuencias político-económico-sociales el surgimiento de un mercado informal de trabajadores al margen de la ley, en países de economía subdesarrollada o en vías de desarrollo, como Brasil.

La insostenible situación actual de paro en varios países, por falta de oferta de empleo, o lo que es peor, la supresión de los puestos de trabajo en razón da pérdida de la capacidad competitiva de las empresas, agravado por las persistentes crisis que asolan áreas económico-financieras de los países más desarrollados, y que será objeto de estudio más adelante, son problemas ya detectados que ni la influencia de la Organización Internacional de Trabajo tiene conseguido, por medio de Convenciones y Recomendaciones que expide, mantener, por lo menos, en ámbito internacional las garantías de las conquistas en el campo del Derecho del Trabajo, impenetrable en ciertos mercados como es ejemplo de China y otros países asiáticos.

Hoy, tanto cuanto ayer, muchos trabajadores continúan carentes de una legislación protectora. Es cierto también que las constituciones modernas ofrecen en líneas generales garantías para la vida social, al tiempo en que propicia un amplio abanico de derechos fundamentales como lo hace la española. Todavía en la extensa legislación infraconstitucional, que debe concretizar los postulados constitucionales,

---

<sup>8</sup> SALAIS, R. y STORPER, M., *Les mondes de production*, EHESS, Paris 1996. Citado por SUPLOT, A., (coordinador), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 37.

<sup>9</sup> SUPLOT, A., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 37.

muchas veces se desarrolla por meandros que se alejan de la real voluntad del constituyente, sea por un desarrollo parcial, sea por un sentido dubio que emplea, el que es más grave, se omite como es ejemplo el establecimiento de los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción prevista en el art. 129.2 CE, o mismo distorsionar el sentido y espíritu del comando constitucional y el desarrollado por Ley, pero en frontal desacuerdo a estos por la reglamentación, como es ejemplo la reglamentación de la disposición adicional 4ª de la Ley 30/84 que prohíbe o limita el que la ley ha permitido, inspirada en el art. 149.1.18ª CE, sobre contratos administrativos.

Todavía, la doctrina de los Tribunales por veces, en concreto, en estos dos ejemplos citados, no ofrece la solución, sea como afirma no poder sustituir el legislador o tener mismo una comprensión más restrictiva, en su jurisprudencia y entendimiento, como enuncia en una de sus sentencias “el Tribunal ha de respetar esa libertad de configuración del legislador que le permite desarrollar con mayor o menor amplitud el alcance de los derechos de información, y no le corresponde valorar la oportunidad o el acierto de la elección legislativa, sino sólo si la misma ha violado preceptos constitucionales”<sup>10</sup>.

¿Qué sucede si los poderes públicos desoyen el mandato del constituyente? Pues, desgraciadamente en la actualidad no existen formas de reacción eficaz frente al incumplimiento y esto constituye, como advertía el doctrinador, “uno de los mayores descréditos de la parte dogmática de las constituciones y específicamente de sus cláusulas económico-sociales”<sup>11</sup>. Es el que sucede en España donde no existe un precepto constitucional que lo prevea y no se ha desarrollado una doctrina jurisprudencial específica respecto de la inconstitucionalidad por omisión.

Estos ejemplos deben servir para demostrar la necesidad, casi urgencia, de un anclaje de todo el derecho que pertenece a los trabajadores, todos sin excepción, así es que trabajadores y derechos sean vinculados a un principio, ni más ni menos que el del debido valor al trabajo humano, para evitar los soslayos y fugas creando zonas que si no son de conflicto, sirven muy bien a la incertidumbre y la inseguridad jurídica que parece deseada por algunos, pero repudiada por muchos, por los efectos maléficos que causan al ordenamiento jurídico y a la paz social. Para bien caracterizar esas zonas de conflicto se analiza a seguir las fronteras del Derecho del Trabajo.

---

<sup>10</sup> Vd. STC 142/1993, de 22 de abril, f. j. 9, BOE nº 127 de 28/05/1993, pp. 10 a 22.

<sup>11</sup> BIDART CAMPOS, G. J., *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, Anuario Jurídico, número VI, México 1979, p. 14.

## 1.2. Debate sobre las fronteras del Derecho del Trabajo

Justifica este estudio los hechos y manifestaciones de derecho que se desplazan en estas regiones de fronteras propiciando la huida del campo de aplicación del Derecho laboral para otras ramas, con la consecuente exclusión del derecho a la participación en la empresa del trabajador que migra de un para otro campo de incidencia.

### a) El debate sobre las fronteras

Por sus peculiaridades y objeto una rama del Derecho se diferencia y en la medida que esto ocurre se aparta de otras ramas que proviene del tronco común, todavía, por sus propiedades de cubrir las realidades propias que, mismo teniendo una intercomunicación entre si, atiende a un núcleo esencial específico que las singularizan, y es por esto que el doctrinador ha afirmado que el ordenamiento jurídico, en cuanto Derecho positivado, no es un conjunto de normas yuxtapuestas, las unas a las otras de modo no organizado, "sino que constituye un bloque armónico en el que las reglas se conjugan entre si con un comportamiento sinérgico, de modo que cada una sirve a la finalidad que la inspira, sumergida en el universo jurídico del que forma parte viva"<sup>12</sup>, pero esto no significa que los hechos propios de un campo puede transitar de un para el otro al gusto o interés de uno de los involucrados.

Y, la razón de ser así es porque siendo el Derecho un fenómeno natural, es decir, espontaneo, que es engendrado por necesidades intrínsecas a la sociedad humana y no como "un hecho arbitrario"<sup>13</sup>, como afirma el doctrinador. Así es que ese modo natural de producirse el conjunto integrado que es el ordenamiento jurídico impregna no sólo su estructura, sino su propia funcionalidad. Se formando cada rama con su realidad intrínseca.

Por segundo es la caracterización del derecho que se analiza y que al tratar del Derecho al trabajo se ha buscado la génesis de ese ordenamiento, formado en torno de un facto que es la actividad laboral y las reglas que se fueran estableciendo en torno de ella. Es que, como se ha dicho en aquella oportunidad, "las leyes están en la naturaleza mismo de las cosas"<sup>14</sup>, y en consecuencia, las disposiciones normativas han de ajustarse a la realidad que pretenden regular y en ella establecer concierto. Todavía, la complejidad de esa realidad determina que un solo hecho social admite diversas

<sup>12</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 1.

<sup>13</sup> MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, Traducción española de Sentis, Tomo III, Buenos Aires 1971, p. 486 y ss.

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Ginebra 1748.



visiones, según la perspectiva desde la que se le contemple. Identificar sustancialidad en los contenidos puede, a veces, encerrar un distinto tratamiento, según múltiples factores.

El tercero es vinculado al anterior, el trabajo humano, aún que realizado por cuenta ajena, puede ser objeto de relaciones jurídicas de diversas naturalezas según las características de la prestación. Por ello es preciso, como alerta el doctrinador, “atender a los condicionantes de fondo que delimitan la naturaleza de cada vínculo contractual para concretar el ámbito jurídico al que corresponde su regulación, entendiendo por naturaleza jurídica la vinculación de un concepto fáctico trascendente al mundo del Derecho al orden jurídico”<sup>15</sup>.

Ni siempre resulta sencilla esa necesaria incardinación, pues la polimorfía que existe en el ordenamiento jurídico muestra sus exigencias cuando se pretende conseguir una delimitación capaz de determinar las figuras jurídicas para adscribirlas a sus correspondientes ámbitos normativos. Tanto más cuando esta tipología encierra un alto contenido de determinación en los modelos jurídicos, por el cual cada situación de hecho que ofrece la realidad corresponda a un de esos tipos, que será el que contenga las circunstancias de su tratamiento, que por su vez influyen sobremanera los modos por encima de las circunstancias.

Por ser así advierte el doctrinador que el “necesario acoplamiento entre la situación y la norma, suele encerrar fuertes dosis de inestabilidad, por cuanto que ciertas apariencias pueden ser condicionantes de distorsión y ésta normalmente leva aparejado el fraude a la ley”<sup>16</sup>. Esto es así porque, en todo acto negocial los intereses particulares, necesariamente presentes, interfieren negativamente en la producción del acto jurídico, perjudicando a la *sindéresis* que debiera presidir todo acto que trascendiese al mundo del Derecho.

Eses intereses particulares por si solo justifican que la norma jurídica atienda a esa necesaria adscripción, obediente a planteamientos naturales y genéricos que la doten de una dinámica propia, al margen de voluntarismos de unos o de otros, que siempre encierran el germen de la dislocación. Es precisamente ahí, donde el Derecho puede perder su razón de ser.

Por su vez la delimitación de los conceptos requiere criterios diáfanos, en un análisis objetivo y dotado de la suficiente homogeneidad que haga posible un tratamiento armónico.

---

<sup>15</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 1.

<sup>16</sup> Ídem, p. 2.

El más adecuado instrumento de un análisis, quizás sea el instituto contractual, por cuya virtud dos voluntades más o menos convergentes dan origen a una realidad que trasciende a lo jurídico. Trascendencia esta cargada de contenido que puede ser diferente, según circunstancias modales que determinarán, en definitiva, la adscripción de cada situación al ámbito del ordenamiento jurídico que le corresponda.

Todavía, “la libertad de los contratantes tiene límites, entre los cuales no es el de menor enjundia el principio que sienta el art. 1256 del Código Civil: ‘la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes’”<sup>17</sup>, este principio tiene una amplitud que trasciende al Derecho Civil y así alcanza también el ámbito del Derecho del Trabajo, cuando atiende a peculiaridades propias fornecidas pelo art. 1.1 de la LET.

Por su vez, existen razones de ética jurídica que imponen una delimitación de los confines de las figuras jurídicas que, de uno u otro modo, tienen como objeto la prestación de servicio de una persona para otra a cambio de una remuneración. Esa delimitación de fronteras, dentro de un único ordenamiento jurídico, se produce de una manera interdisciplinar, pues son varias las ramas del Derecho que atienden a modos diversos de prestar servicios para otro, de manera que según los caracteres de cada prestación, la relación jurídica tendrá una u otra regulación, es decir, estará regida por una u otra rama del ordenamiento jurídico.

Es verdad que existe una cierta trascendencia en el estudio de las zonas grises, zonas de sombra o, en definitiva, de las figuras afines al contrato de trabajo, por lo que se hace obligatorio desde una amplia perspectiva, que facilite el imprescindible intento de trazar las “necesarias fronteras entre ámbitos jurídicos, que frecuentemente se enfrentan y lo que es peor, las disidencias terminan resolviéndose en atención a fluctuantes criterios de los Tribunales de Justicia, cuando no a los errabundos intereses de las partes, impuestos desde la desigualdad que preside la relación jurídica de trabajo”<sup>18</sup>.

El cuarto y último aspecto viene de los problemas fronterizos desde la triple perspectiva de los confines del contrato de trabajo, con otros de orden civil, de orden administrativo o, sobretodo, el de orden mercantil, sin olvidar de la relación jurídica de seguridad social, que aparece, en el fondo, afectada en la consideración que se adopte.

En referencia a esta última la relación jurídica de trabajo no coincide necesariamente con la de seguridad social, bien que no se puede negar una empatía profunda entre uno y otro ámbito, ya que pertenecen a distintas órbitas del

---

<sup>17</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 2.

<sup>18</sup> Ídem, p. 2.

ordenamiento jurídico, la primera dominada por el principio voluntarista, aún con matices, y la segunda por la escueta legalidad del mandato de la norma.

El que ocurre es que la pura y simple inclusión de un trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social no implica la condición de trabajador por cuenta ajena, en los términos del art. 1.1 de la LET, o tan poco posee la condición de autónomo art. 1 o 11 de la LETA, es decir, la frontera de laboralidad no está determinada por la situación del sujeto respecto de la Seguridad Social. “Por el contrario, la condición de ajenidad remunerada en el ámbito directivo de la empresa sí condiciona el régimen de la Seguridad Social que le sea de aplicación, el General o cualquiera de los Especiales que requiera la actividad realizada”<sup>19</sup>, con la caracterización de actividad laboral u otras previstas en el régimen.

Las dudas sobre régimen de seguridad que habían hasta 2007 sobre la prestación de servicios por cuenta propia o autónomos si se incluye tan solo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y non en el Régimen General como es el caso del trabajo subordinado, en relación a este régimen aquellas dudas se quedan hoy subsanadas con el Estatuto del Trabajo Autónomo, que ha hecho una distinción en el régimen público de Seguridad Social, donde está un Régimen General y un Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, manteniendo las prestaciones complementarias libres para cuantos lo desee, incluso la posibilidad por previsión en ley de base de cotización diferenciada para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, todo especificado en la LETA.

Es de buena medida destacar que antes de la LETA en una aportación de la Sala 3ª del Tribunal Supremo al iniciar la sentencia de 22 de abril de 1982 utiliza como fundamentación el concepto, a la época, de trabajador autónomo, es decir no subordinado, de modo que la habitualidad ha de entenderse opuesta a prestación esporádica de servicios y equivale a profesionalidad, esto es, a desempeño de una actividad como medio de vida y de manera permanente. Esta doctrina ha sido concretada, entre otras sentencias, como es el caso de la de 12 de diciembre de 1988, en el sentido de que la habitualidad ha de entenderse de modo que el lucro obtenido de esa actividad sea superior al salario mínimo interprofesional, como indicio racional de profesionalidad.

Ahora bien, atento al mucho de especulativo que encierra toda consideración jurídica principalmente cuando se acerca de temas e institutos jurídicos posicionados en las fronteras del Derecho del Trabajo con otras ramas, el que se busca ofrecer es una visión más pragmática que aporte seguridad en la duda permanente de todos cuanto recorran al ordenamiento jurídico y su realidad subyacente, que a la postre, va a

---

<sup>19</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 2.

repercutir en la seguridad jurídica equilibradora y guía de los comportamientos sociales y en evitación de patologías jurídicas que desvirtúan la funcionalidad del Derecho.

El que se impone es superar la inestabilidad que producen las patologías, no ya tan solo en los ámbitos estrictamente jurídicos, sino en la ordinaria vida de las relaciones sociales, generadora de inseguridad en los comportamientos, que hace perder la fe en los institutos que garantizan la salud de estos mismos fundamentos de la convivencia humana, por más razón en el ámbito laboral.

Los peores males de estos nuevos tiempos en las relaciones laborales son el desamparo y la incertidumbre que marginan las fronteras del Derecho del Trabajo, sea cuando no contempla un pleno amparo, sea cuando deja el trabajador ser regido por otros ramos del Derecho, sometido muchos veces a un contrato que presume igualdad y equilibrio donde no lo hay. Esto, sin considerar el desempleo y sus consecuencias.

#### b) Fronteras conocidas del Derecho del Trabajo

El ordenamiento jurídico formado por el derecho sustantivo fue, por medio de las leyes que rigen los labores en diferentes áreas de actuación, incluso en la mayoría de los casos anteriores al Derecho del Trabajo, estableciendo una regencia de los actos jurídicos y así ofreciendo, si no protección, por lo menos disciplinando la actividad del ser que lo desarrolla en una actividad laboral. Así es que, las fronteras con las principales ramas tangenciales del Derecho del Trabajo requieren un estudio específico que los diluciden.

##### 1) Fronteras con el Derecho Civil

Las situaciones límites que se presentan entre el Derecho de Trabajo y el Derecho Civil ya son clásicos representados por el arrendamiento de servicios y por el Contrato de ejecución de obra y que son objeto de un sencillo estudio a seguir.

##### - El arrendamiento de servicios

No es en vano que desde el surgimiento del Derecho del Trabajo hay una inseguridad a la hora de definir se determinada prestación de servicio es arrendamiento de servicios del Derecho Civil o contrato de trabajo. La incertidumbre que esto genera si queda demostrada en el posicionamiento del doctrinador, cuando afirma "que la prestación de servicios pueda constituir objeto de contrato es algo que está fuera de toda duda. El art. 1271 del Código Civil establece que pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas

costumbres”<sup>20</sup>. Estos sí, son los límites últimos, pero los que están en las zonas grises queda la duda de cual rama lo es.

Así es que el contrato de arrendamiento de servicios aparece como la primera zona conflictiva con el contrato de trabajo y esto es perfectamente comprensible, pues es de honda raigambre histórica, pues la *locatio conductio operarum* aparece en el Derecho Romano como la figura idónea para regular la prestación de trabajo en régimen de libertad y que después, también da origen al contrato de trabajo. Este nuevo ámbito del Derecho va a sustraer del derecho privado, poco a poco, la regulación de la relación jurídica a que da lugar el trabajo realizado libremente, a cambio de una retribución por cuenta de otra persona y bajo su dependencia, pasando a ser reglado por el Derecho del Trabajo, en la condición de trabajo subordinado.

Son factores que propician cierto lio, el hecho de que el trabajo o servicio que se realiza libremente, con carácter remunerado y por cuenta de una persona distinta de quien lo realiza, concretándose *intuitu personae*, tanto puede estar en el ámbito del más estricto derecho privado, como en el Derecho del Trabajo, y es por esto que el contrato de arrendamiento de servicios y el de trabajo se confunden en esa zona común.

Un factor de agravamiento de las incertidumbres entre contrato de arrendamiento civil y contrato de trabajo proviene de la descentralización productiva que, teniendo encontrado un panorama de cierta rigidez y de progresiva absorción por la legislación laboral de toda actividad humana, con la actividad civil casi que residual en la regulación de las actividades que son rechazadas por la legislación laboral, con la LET y después ampliada la base de protección con la LETA, todavía el modelo neoliberal de producción que se instaló promoviendo sus efectos han potencializado la inseguridad jurídica.

Los anteriores planteamientos garantistas y protectores del trabajador, ceden su puesto a otros cuyo fundamento está en una fuerte competencia, tanto en los mercados nacionales como internacionales, que trata de abaratar costos, a cuyo efecto son poderosos instrumentos la flexibilización y desregulación de la norma laboral. Como estrategia, el empresario “decide no realizar directamente ciertas actividades, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles”<sup>21</sup>, con dos graves efectos: desempleo y deslaboralización de las relaciones de producción.

Cuando la empresa principal encarga de la producción a una sola persona, la figura idónea para regular la relación jurídica que se instala entre ellos es el

<sup>20</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 7.

<sup>21</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*, Relaciones Laborales, nº 2, 1992.

arrendamiento de servicios, que así se revitaliza y adquiere un protagonismo en el ordenamiento jurídico. El trabajo autónomo surge allí donde el trabajo subordinado ha perdido su lugar.

Resulta así, la incierta frontera entre el régimen laboral y el civil propio de la contratación de servicios, que se va a asentar en la situación de dependencia de un productor de bienes por un otro, de esta forma el trabajador sale del régimen del trabajo subordinado y pasa para el régimen del derecho privado que puede ser el civil o mercantil, o sea el criterio de escolla es del empresario, que a despecho de la ley laboral, establece el régimen que más le conviene sin preocuparse con la naturaleza de la relación en función de la actividad y las peculiaridades de su prestación.

En síntesis, en la relación de labor “si la figura civil responde a un fundamento de autonomía y coordinación de actividades, la laboral está presidida por la subordinación e integración en el ámbito empresarial”<sup>22</sup>, el que influencia la escolla del régimen por el empresario con pierdas para el trabajador.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene dado muestra de la dificultad sobre esas fronteras de esta forma:

la línea de separación entre el contrato de trabajo y los arrendamientos de servicios o de obras de naturaleza estrictamente mercantil o civil, excluidos del ámbito laboral, es muchas veces borrosa y de fronteras imprecisas, y el *nomen iuris* que las partes atribuyen a los pactos que mediante contrato conciertan sólo tiene definitiva consistencia para precisar su naturaleza jurídica si las prestaciones mutuas que en su desarrollo se consuman pueden encuadrarse debidamente entre las que son inherentes a dicha naturaleza contractual, por lo que han de valorarse, para precisarla, las circunstancias de cada caso concreto. (T.S. 27 de marzo de 1984, 2 de febrero de 1985, 31 de marzo de 1987, 12 de julio de 1988, entre otras); y

la configuración de la relación de trabajo de las llamadas profesiones liberales se viene estimando sometida a dos regímenes distintos, la relación laboral o el arrendamiento de servicios, según la forma en que los servicios se realicen, y aunque la nota de independencia sigue jugando un papel decisivo para la delimitación de uno y otro régimen, no cabe ocultar que muchas veces son las diferencias puramente de grado, y ello porque las razones en las que se apoya la supuesta especialidad de las profesiones liberales obedece más a una explicación histórica y sociológica que estrictamente jurídica, por eso, quienes ejercen profesiones de las denominadas liberales pueden estar vinculados contractual y laboralmente a empresas determinadas”. (T.S. de 11 de abril de 1990).

Es esta incertidumbre que asalta el espíritu de todos y por la cual se manifiesta el doctrinador que, “en todo caso, la distinción no responde a un trazado firme de

---

<sup>22</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 15.

fronteras, sino que permanece en el mundo de la evanescencia, con indudable perjuicio para la seguridad jurídica”<sup>23</sup>.

- Contrato de ejecución de obra y las situaciones jurídicas que a su amparo se producen

El art. 1544 del Código Civil describe el contrato de arrendamiento de obra del siguiente modo: “en el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

Para la doctrina, en la actualidad, “el contrato de ejecución de obra persigue como finalidad la obtención de un resultado, mientras que el de arrendamiento de servicios, retribuye la prestación de una actividad, con independencia del resultado obtenido”<sup>24</sup>.

Por su vez la doctrina del Tribunal Supremo, Sentencia de 4 de octubre de 1989, conceptúa ejecución de obra como “aquél en que el profesional se obliga a prestar al comitente, no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada con la necesidad deseada y prevista por los contratantes y cuyo precio se pactó inicialmente”.

Tal cual ocurre con el arrendamiento ya visto antes, la descentralización productiva que se pasa cuando la empresa abandona la idea de producción integral para encargar a otras la elaboración de productos que, una vez terminados, pasan a integrarse en su proceso productivo.

Es a través de una estructura de conformación reticular en la que una o varias empresas productivas figuran en el centro de la tela de araña, encargando a las periféricas la elaboración de productos que corresponden a su ciclo productivo, pero que por virtud de la especialización, entre otras razones, conviene que las fabrique otro, adquiriéndolas después el comitente, como productos terminados, con la peculiaridad de que al incorporarlas a su patrimonio, se convierten en piezas del producto final, de modo que además de una vinculación industrial puede hablarse de una relación comercial. Así es que “las relaciones jurídicas que tienen lugar en aquel ámbito han dejado de pertenecer a la órbita del Derecho del Trabajo para integrarse en el mundo de lo civil o mercantil.

La situación se complica cuando esa descentralización no es sólo de primer grado, sino que se diversifica de manera indefinida, dando lugar a una red en la cadena productiva, con posibles matices de irregularidad que hagan difícil, si no

---

<sup>23</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 27.

<sup>24</sup> Ídem, p. 29.

imposible la identificación de cuantos, pues muchas veces el primitivo comitente pierde el control del aparato productivo que él mismo inició.

Las contratas y subcontratas, en este estudio, tendrán no una análisis de su complejo sistema normativo, pero la fijación de algunos conceptos y aspectos relevantes relacionados con las fronteras del Derecho del Trabajo.

Para empezar registrase que la jurisprudencia tiene asentado que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva, y así lo reconoce el art. 42 de la LET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para “la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad” de la empresa, y afirmando aún que, en carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que, por esta vía, puedan vulnerarse derechos de los trabajadores.

La preocupación en relación al desplazamiento de funciones que supone el modelo descentralizado de producción, abre la puerta al fraude de ley, de manera que, en la búsqueda de un abaratamiento de costos de producción, se lesionen elementales derechos de quienes participando en el proceso como trabajadores de empresas auxiliares, ven reducidas sus legítimas garantías en favor de una política empresarial deseablemente competitiva en los mercados nacional e internacional.

“Entre la garantía de esos derechos de los trabajadores y la aceptación sin cortapisas del modelo, se sitúa la legislación reguladora del moderno fenómeno productivo descentralizador”<sup>25</sup>, pero permanece siendo fuente de preocupación en el campo laboral.

El objetivo de dicha legislación es evitar que los procesos de descentralización por contratas y subcontratas se efectúen en perjuicio de las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores de esas empresas “por normas legales o paccionadas especialmente en materia de salarios, seguridad social y seguridad en el trabajo”<sup>26</sup>, incluso que estos procesos han de producirse con el imprescindible respecto a la normativa en cada caso aplicable, sea del orden civil, mercantil o laboral.

Como patología en el fenómeno de la descentralización productiva existen las simulaciones de contratación de obras, suele tratarse de casos en que se simula un contrato civil de ejecución de obra que encubre una verdadera prestación de servicios en régimen laboral, de modo que apariencia y realidad quedan distorsionadas en el

---

<sup>25</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 32.

<sup>26</sup> CRUZ VILLALÓN, J., *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas*, Relaciones Laborales, nº 2, 1992.



juego natural del negocio jurídico. De hecho es un supuesto típico de simulación relativa, por cuanto el contrato de cobertura, el de ejecución de obra, no es más que un disfraz de la realidad jurídica que tiene lugar, pero a éste subyace otro verdadero y lícito, que es el que debe prevalecer, por aplicación del art. 1276 de Código Civil.

Por esta razón el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de enero de 1991 advierte que “cuando se cuestiona la entidad real de la contrata, se hace necesario el cuidadoso examen de las condiciones concurrentes en su celebración y, esencialmente, de los términos verdaderos en que se desarrolla”.

Algunos criterios indiciarios que permitan una aproximación a la figura que haga coincidir el mundo jurídico con el real, se puede identificar por: el lugar de la prestación pues puede ser indicativo del tipo de contrato, si no se presta en el centro de trabajo del empresario; el sometimiento a la jornada habitual de trabajo, intervalos, sometimiento a órdenes, diferenciación del trabajo en un mismo centro, uso de herramientas y el material de trabajo, pueden indicar presencia de contrato de trabajo; la indeterminación de la obra a realizar con presunción de actividad y no de resultado; la existencia de una organización empresarial con exclusividad o no de la prestación para una sola empresa, y otros elementos indiciarios.

Todos esos aspectos confirman la existencia de dificultades reales que advén de la actuación en la esfera laboral en regiones de frontera entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo perjudicando a aplicación de la norma jurídica y no se circunscribe tan sólo a esta área como también la Mercantil, a ser analizada a seguir.

## 2) Fronteras con el Derecho Mercantil

El factor económico donde actúa el Derecho Mercantil está también un campo vital para el Derecho del Trabajo por sus relaciones casi que de complicidad o mismo de conflicto de interés en algunos aspectos, y es en la convergencia de este estuario que surgen las incertidumbres de frontera de un y otra rama del Derecho, que se desdoblán en concreto, como a seguir.

### - El contrato de transporte

Para el transporte de personas y de cosas se realizan contratos que según su configuración y características las partes se obligan en la realización de la operación, recibiendo el tratamiento que corresponda a unos parámetros, no siempre bien definidos, pero que determinarán su naturaleza civil, mercantil o laboral, según las circunstancias incidentes en el modo de realizar el transporte pero, sobre todo, a tenor del contenido del conjunto de obligaciones y derechos generados por el vínculo jurídico que une a las partes.

Por ello, el contrato de transporte regido pelo derecho mercantil puede ser conceptualizado como aquél por cuya virtud, “una persona llamada transportista o porteador se obliga, a cambio de un precio cierto, a trasladar de un lugar a otro, personas o cosas, por encargo de otro denominado remitente”<sup>27</sup>, que a despecho de ser regulado por el art. 349 del Código de Comercio, puede generar imputación de responsabilidad al portador, por fuerza de los arts. 1601 y 1602 del Código Civil.

Existen las llamadas zonas de fricción entre lo laboral y lo mercantil y no es de ahora, por ser así, tanto la doctrina científica cuanto la jurisprudencial a mucho discrepan en unos aspectos, comulgan en otros y, por su vez el legislador, mientras que este en algunos momentos tiene buscado soluciones legislativas para el fantasma de la inseguridad jurídica, aún no ha solventado. Todavía en este trabajo no ha interés entrar en la discusión doctrinal, pero tan solo fijar el posicionamiento de los Tribunales y de la doctrina más prestigiosa, pensando en la posibilidad de una propuesta de reorganización de la norma laboral.

En la búsqueda de suprimir la incertidumbre, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 12 de abril y 18 de julio de 1996 confirmó, que “los criterios de delimitación de la frontera entre el régimen laboral y el régimen mercantil deberán cumplir determinados requisitos que se derivan de la sumisión del legislador al marco constitucional; uno de ellos es la coherencia con el criterio general de definición de la relación de trabajo, exigido por el principio de no discriminación (...)”.

Otra vez para aclarar mejor el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 26 de noviembre de 1998 expresa los siguientes razonamientos: “la exclusión de laboralidad de las prestaciones de transporte que se contienen en el artículo 1.3. g) del Estatuto de los Trabajadores de 1995, es respetuosa con el mandato constitucional del art. 35 de la Constitución, pues es la propia Ley la que incorpora la exclusión a un precepto legal, como es el art. 3.1 ET, en el que se contiene el listado de las prestaciones de servicios no consideradas laborales; (...)” donde se encuentra el servicio de transporte.

Una línea de frontera se establece en el caso de los transportistas autónomos con vehículo propio, al exigírseles, desde la Ley, estar en posesión de la autorización administrativa que se establece para medios de transporte de peso superior a dos toneladas además, de no reunir las condiciones que se regulan en el art. 1.1 LET.

La compleja situación del contrato de transporte es también tratada por la Ley 16/87 de 30 de julio que ordena el transporte terrestre, procurando reducir la inseguridad propia de las zonas de frontera de los ordenamientos laboral y mercantil, cuya análisis continua con los contratos de agencia mercantil.

---

<sup>27</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 51.

- El contrato de agencia mercantil

Antes de la Directiva 86/6753 CEE, referente a los agentes comerciales independientes, que sienta las directrices para el establecimiento de las condiciones del tratamiento de estos profesionales, en el ámbito europeo y que veo poner fin a las marchas y contra marchas de las normas que venían rigiendo los mediadores mercantiles y que había resultado en una extensa polimorfía jurídica que empieza en el Código de Comercio art. 244, después un Decreto de 21 de febrero de 1942 reglamentando el Cuerpo de Agentes Comerciales, incluso con distinción entre agente comercial, que era comerciante y el que era trabajador, donde se infería laboralidad y mercantilidad del vínculo, esto hasta 1960 cuando el vínculo pasa a ser laboral, periodo este muy controvertido por normas, posición doctrinal que se pacifica con la LET de 1980 que los excluye de su ámbito, después de nueva exclusión una nueva inclusión, para a final se quedar consolidado en la transposición de la Directiva por la Ley 12/92 de 27 de mayo, que en verdad trae una figura novedosa para el ordenamiento mercantil español.

Para fines de este estudio, quedase con una sencilla definición por la cual “se entiende por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente, ya sea negociar por cuenta de otra persona, la venta o la compra de mercancía, ya sea de comercial y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario”<sup>28</sup>. Y es de esta descripción que se destacan tres caracteres circunstanciales, afectantes al modo de la prestación, identificadas por: permanencia que implica en profesionalidad; ajenidad que también implica en ejercicio en pro de otra persona, o sea, el mediador; e independencia que por su vez implica en la falta de sometimiento.

El art. 1 de la Ley 12/92 de 27 de mayo estipula que “por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio, por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

Es emblemática la posición conjunta, del Tribunal Supremo, entre la normativa laboral y la mercantil, al afirmar que “la línea diferencial entre el agente y el representante de comercio se encuentra, en definitiva, en la autonomía y capacidad de organización de aquél, sin perjuicio de cumplir con sus obligaciones contractuales y en el sometimiento o dependencia de las órdenes e instrucciones del principal por parte del representante de comercio” Sentencia Sala 4ª de 2 de julio de 1996.

---

<sup>28</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 77.

De todo lo expuesto “leva a la conclusión de que la figura de agente mercantil está necesitada de una reconsideración por parte del legislador. Es evidente que cuando el agente responde del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma, jamás puede ser considerado como sujeto de relación jurídico laboral, porque así lo dispone la norma jurídica encargada de hacerlo”<sup>29</sup>.

Es tajante la situación que se delinea pues “el punto de inflexión en el trazado de fronteras se ha desplazado al terreno de independencia del mediador, concepto tan inciertamente regulado que su fluctuación sitúa el necesario límite sobre un campo de arenas movedizas, mal terreno para circular con un mínimo de seguridad”<sup>30</sup>.

#### - Contrato de mediador de seguros privados

La actividad de mediación en seguros privados es regido por la Ley 9/92 de 30 de abril que en su art. 7.1 prescribe de manera explícita que “el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil”. Los mediadores en seguros privados constituyen uno de los colectivos que, desde hace largo tiempo, viene siendo sustraído del ámbito de laboral por la norma jurídica de carácter mercantil que los regula.

En expresiones de Tribunal Supremo, “Distingue de la norma dos tipos de mediadores bien diferenciados: agentes y corredores de seguro. Son los primeros aquellos que actúan en la suscripción de los contratos de seguro en calidad de afectos a una entidad aseguradora o, si disponen de la autorización pertinente en el contrato de agencia, a varias de ellas”, aún y por su vez, “los corredores ejercen su actividad libres de vínculos que supongan afección respecto a una o varias entidades aseguradora”, STS de 23 de enero de 1998.

Ahora bien, la forzada exclusión de los agentes de seguros del ámbito de lo laboral carece de fundamento que afecte al contenido de la relación jurídica, de manera que la delimitación de los campos jurídicos responda a razones objetivas. Así es que en el caso de los agentes de seguros, el único motivo del mercantilismo del vínculo es la voluntad del legislador. Y como alerta el doctrinador “no es bueno ese alejamiento de los diversos mundos jurídicos de manera tan gratuita, pues el tipo contractual debería haberse precisado estableciendo de modo inequívoco sus fronteras, en un serio intento de garantizar la seguridad jurídica”<sup>31</sup>.

#### - Sociedades mercantiles

Huy del interés de ese trabajo investigar las implicaciones propias de las áreas de frontera resultante de contrato de sociedad mercantil y del contrato de trabajo por la

<sup>29</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 81.

<sup>30</sup> Ídem, p. 82.

<sup>31</sup> Ibídem, p. 82.

simple razón de la relación entre ellos no se poder caracterizar como trabajo asalariado. El que existe es un singular conflicto de interés que subyace a la relación jurídica de trabajo, que marca una antítesis liminar entre los contratos de trabajo y de sociedad. Conflicto que por vez se difumina en las sociedades laborales regidas pela Ley 4/97 de 24 de marzo, por la propia naturaleza de los intereses reinantes. Aquí, la relación es de coordinación y no de subordinación, o sea, no hay dependencia física ni económica, propia de la relación laboral.

### 3) Fronteras con el Derecho Administrativo

Como estrategia para superar la rigidez que los parámetros clásicos del Derecho Administrativo ofrecían y dotarlo de la agilidad del sector privado, que la demanda reclamaba, exigencias estas de la modernidad de los nuevos tiempos, intentos se han hecho con relativa significación.

En esta perspectiva, “la modalidad de prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo ha constituido en primer tramo en el intento de la Administración Pública por flexibilizar el modo de selección de sus servidores, acudiendo para ello a la técnica contractual, con abandono de la unilateralidad que caracterizó al sistema tradicional”<sup>32</sup>.

Para alcanzar objetivos de modernización, la Administración ha excedido, con criterios de plasticidad, el estrecho margen de actuación que le permitían las meras funciones ejecutoras derivadas de su soberanía, en ejercicio del *ius imperii*, para participar en la vida social en tareas gestoras y asistenciales, que en cierto modo la aproximan al modo de actuación de los privados, principalmente en el pos 2ª guerra mundial en la estera del Estado del Bienestar, de la mano del “modelo económico de KEYNES”<sup>33</sup>, que ha favorecido un sínfn de servicios públicos, propios de los nuevos compromisos del Estado. Por así decir, el Estado no ha tenido más recurso que no aceptar las técnicas contractuales junto con el modelo unilateral e imperativo del derecho de funcionarios.

Resulta que la bilateralidad que implica toda solución contractual se abre paso en la manera de actuar de la Administración, pero la presencia del sujeto público matiza fuertemente el modelo, de manera que, pese a lo que de sinalagmática tiene la relación jurídica, una de las partes, por mor del poder público que detenga, va a estar provista

---

<sup>32</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 86.

<sup>33</sup> KEYNES, *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*, 1936.

en su "actuación de los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad"<sup>34</sup>, propios de los poderes públicos.

El que persigue el legislador es adaptar la Administración Pública al ideal-tipo de empresa, y en ese ideal aparecen como elementos naturales los organizativos de los funcionarios. Y como alerta el doctrinador en relación al final del camino donde "se vislumbra una situación del empleo que no será ninguno de los vértices del triángulo de fuerza, sino la bisectriz de sus vectores, en un punto de intersección que contendrá elementos laborales, administrativos y civiles en diversas medidas"<sup>35</sup>.

La Constitución diseña un modelo bipolar de empleo en la Administración Pública, concretada por la Ley 30/84 de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública. Sin intención de registrar el largo debate y controversias existentes, pero debiese atención al que dice el doctrinador que "en terreno tan poco firme, parece que la exégesis de los Tribunales habría de ser la pieza clave en orden a la clasificación del campo jurídico, pero lamentablemente no fue así"<sup>36</sup>.

La reglamentación de la Ley de Reforma de la Función Pública, aún tenga, como afirma el doctrinador "fundamento legal, suponen un desacato al mandato y sobre todo al espíritu y finalidad de la disposición adicional 4ª de la Ley 30/84, que pretendió poner orden en la difusa y abusiva figura del contrato administrativo"<sup>37</sup>.

Es posible siguiendo el hilo de la primitiva idea de modernización que superen parámetros clásicos del Derecho Administrativo, para dotarlo de agilidad mismo en su ejercicio de *ius imperii*, en la participación en la vida social con prestación de tareas gestoras y asistenciales, con personal regido por un Derecho laboral abarcador y eclético, excluyendo de este tan solo los servidores de la carrera de Estado, militares y otros que sean incompatibles con el nuevo régimen, que continuarían regidos por las normas que actualmente se someten.

#### 4) El trabajo asalariado dentro de las fronteras de un Derecho Laboral

Ahora bien, se ha destacado en este estudio sobre los problemas de conflictos e incertidumbre que se plantea en las fronteras que se establecen entre el Derecho del Trabajo y otras ramas del Derecho como el Civil, Mercantil y Administrativo en función de las normas que rigen la actividad de labor en pro de otra persona de forma onerosa, a partir de un contrato.

---

<sup>34</sup> JIMÉNEZ BLANCO, A., *La actividad contractual de la Administración*, Manual de Derecho Administrativo, Ariel, 1990.

<sup>35</sup> OJEDA AVILÉS, A., *Los límites del paradigma laboral en la función pública*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1991.

<sup>36</sup> GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos*, Ed. Comares, Granada 1999, p. 138.

<sup>37</sup> Ídem, p. 154.

Es buen no olvidar que más allá de las relaciones laborales regidas pela LET y por la LETA, y de los servicios y obras amparados por el Derecho Civil, Mercantil y Administrativo, antes analizados, ha también actividades que aún no reciben protección alguna, se quedando al margen del ordenamiento jurídico, mismo cuando es expresión típica de un labor humano en pro de persona ajena, son los excluidos, identificados por trabajo informal y hasta los sumergidos o clandestinos de que se ha referido en el inicio de este Capítulo y en el Capitulo I.

De todo el estudio hecho hasta aquí, el que se constata es que el Derecho del Trabajo es un derecho de trabajadores privilegiados, que mismo la institucionalización de la protección al trabajo autónomo o por cuenta propia, o la prestación de servicios a los entes públicos, no sana de los males el compromiso que tiene la sociedad, los poderes públicos y en última instancia el Estado que se proclama social y democrático de derecho, de no ir en auxilio a aquellos cuyo labor aún ocurre al margen de la ley, como se ciudadanos no fueran, por ejemplo el trabajo informal, chapuza y otros.

El énfasis de este trabajo es la participación del trabajador en la empresa, pero ¿cómo afirmarlo en zonas de frontera del Derecho del Trabajo con otras ramas, si la propia raíz del derecho, representada por el contrato, se queda en duda y la relación que de él promana se rellena de incertidumbres? En campos así no prospera la participación en la empresa.

Un ideal de justicia para con el trabajador ciudadano puede no ser posible en el actual modelo de derecho establecido en que el trabajador pueda estar sujeto a una u otra ramas, que busca por caminos diversos y por veces infructíferos amparar a una de las actividades más nobles que el hombre puede desarrollar: el labor. Puede ser que privilegiar algunos tipos de relaciones laborales con un derecho tutelar de primera línea y otros con un tratamiento de segunda clase o residual deba ser cambiado, quien sabe es llegado el tiempo de perfeccionarlo como un todo.

Dejar muchos trabajadores en zonas gris o mismo al desamparo total no es un tratamiento digno a ser dispensado al ser humano que trabaja y que tal cual los demás producen bienes y servicios para satisfacción de la sociedad, sea cual fuera el producto. Quien trabaja productivamente y tiene el producto de su trabajo apropiado por otra persona independiente de pago, ha de recibir protección de un Derecho llamado del Trabajo y no del Civil, Mercantil o Administrativo, sea cual fuera el tomador del servicio. Es posible que una reorganización del Derecho del Trabajo en un derecho que alcance todos los trabajadores asalariados sin excepción sea la salida, quizás un Derecho Monolaboral, y después alcanzarse una efectiva participación de los trabajadores en la empresa, imposible en ambientes de tantas fronteras inestables como hoy.

El facto de empresarios, economistas, gobiernos, políticos y por vez doctrinadores tajar el Derecho del Trabajo como causador de las crisis, esto por si solo no basta para cambiar la realidad, ya se sabe que no es así, no es verdad que la legislación laboral sea causa primera y mayor de las crisis, puede sí que en algunos casos contribuya con pequeñas parcelas, pero no es su raíz o causa principal. Para mejor dilucidar el comprometimiento del Derecho del Trabajo se sigue con el estudio de sus crisis.

### 1.3. Crisis de Derecho del Trabajo y sus efectos sobre la participación

No es difícil constatar en una lectura más atenta del recorrido histórico del Derecho del Trabajo que no ha cumplido su verdadera función del mismo modo, cualquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado siempre de idénticas soluciones normativas o de esquemas institucionales inmutables para todos los hechos de las relaciones laborales que se les presentaran.

Las vicisitudes fueran muchas con marcas profundas en su propia construcción, por veces bajo el influjo de políticas autoritarias o democráticas, pero el leitmotiv ha sido la evolución capitalista por un lado y la reivindicación obrera y sindical por otra. La síntesis de esas influencias ofrecidas por el doctrinador permite distinguir “la función objetiva y duradera del Derecho del Trabajo, ligada de modo permanente al conflicto social de base [y éste al sistema de producción]”<sup>38</sup>, y también su “contenido institucional [el modo de realizar dicha función], que se subordina naturalmente a las contingencias políticas y a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta”<sup>39</sup>.

#### a) Las crisis económicas y la afectación del Derecho del Trabajo

A despecho de los muchos cambios experimentados todavía, hay una constancia que se puede verificar, y que ya hace algún tiempo, es la relación entre el Derecho del Trabajo y las crisis, identificada desde los años ochenta por la reflexión científica que reconoce como un elemento verdaderamente crucial que las crisis económicas tienen sido “un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 71.

<sup>39</sup> Ídem, p. 71.

<sup>40</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*. Derecho del Trabajo y razón crítica (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LOPÉZ), Salamanca 2004, p. 29.



Como el Derecho del Trabajo en la mayoría de los países, el del Derecho del Trabajo español también ha sufrido, al menos de forma intermitente, sacudidos por las crisis que se alternan con períodos de desarrollo, progreso y conquistas, que a pesar de todo ha traído la Nación a los umbrales del Estado del Bienestar Social.

Las causas de las crisis tienen sido variadas, por ejemplos las guerras mundiales primera (1914 hasta 1917) y segunda (1929 hasta 1945), la gran recesión de los Estados Unidos de América (1929), las crisis económicas de los años setenta provocadas por la subida descontrolada del petróleo en razón de conflictos no mundo árabe, en los finales de los ochenta e inicio de los años noventa fueron experimentados cambios tecnológicos, de información, de la robótica y la globalización, sin embargo, después de un período de recuperación, vuelve con una crisis financiera de proporción mundial y que se está a las vueltas hasta hoy.

La respuesta institucional a las crisis tiene sido identificada por actos de regulación del empleo y desregulación del Derecho del Trabajo, que ha afectado parcela principal de normas del ámbito del contrato de trabajo, llamada de “vicisitudes del contrato de trabajo de la crisis”<sup>41</sup>; implantación de medidas de flexibilización de normas laborales; supresión de normas protectoras; aumento del poder del empresario con perjuicio para el trabajador y entidades sindicales, como se la raíz de las crisis estuviera en el ordenamiento jurídico laboral.

Al largo de los períodos de crisis, el sistema normativo de relaciones laborales ha experimentado “revisión de su morfología y de su comportamiento interno habituales”<sup>42</sup> por medio de acciones político-normativa correctoras de la función clásica entre ley y el convenio colectivo operado en las negociaciones colectivas por lo menos en España, alcanzando transformaciones de envergadura y de alcance desigual resultando en una aceptación que no es necesariamente homogénea y funcional, generadora de soluciones, sin pacificar el conflicto de interés por veces.

Por su vez los procesos que objetivan la individualización de las relaciones de trabajo son en verdad “operaciones normativas de recuperación del juego de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función normativa del contrato de trabajo”<sup>43</sup> reforzando el poder empresarial, en detrimento de la norma institucionalizada, de la cual es ejemplo la reforma laboral de 2012 en España.

Son medidas objetivas que reflejan tales interferencias en el campo de protección del Derecho del Trabajo: a) desregulación de la relación de trabajo, como la

---

<sup>41</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica. Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LOPÉZ), Salamanca 2004, p. 34.

<sup>42</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 75.

<sup>43</sup> Ídem, p. 75.

desaparición de la regulación imperativa y en consecuencia el vacío normativo; b) reforzamiento de la autonomía en la relación de trabajo con el fortalecimiento de la función normativa de las partes (autonomía) y de la negociación colectiva en su triple forma por: 1) la transformación en norma dispositiva retirándola el carácter imperativo; 2) transferencia de materias del campo de la norma estatal para el ámbito de la negociación; 3) ampliación de la competencia del convenio colectivo hacia abarcar todas materias allá de su contenido mínimo; c) revisión de la función de la negociación colectiva de uniformizar por medio de propuestas que: 1) privilegie la función contractual de los convenios en vez de su carácter de norma jurídica; 2) limitación de la eficacia personal del convenio colectivo contra su principio *erga omnes* permitiendo supuestos variados como la situación económica de la empresa; 3) descentralización plena de los instrumentos convencionales en beneficio de un sistema plural de acuerdos colectivos, permitiendo la utilización flexible de sus diferentes modalidades conforme las circunstancias; 4) remoción de tradicionales institutos como de la ultra actividad del convenio; 5) prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial en relación a los sectoriales.

#### b) La curta existencia del neocorporativismo

Al término de la década de setenta las relaciones industriales en Europa habían cambiado drásticamente; los ingeniosos intentos por apuntalar el sistema nacido de la posguerra contra los choques de 1968 y 1973 habían fracasado, así es que hoy un incierto movimiento está en marcha hacia “un nuevo tipo de relaciones industriales del que poco sabemos, excepto que probablemente es distinto de su predecesor”<sup>44</sup>.

El neocorporativismo al máximo nivel desaparece de la escena. Coinciden los más relevantes especialistas del fenómeno neocorporativo en sus análisis: “la concertación social ha muerto”<sup>45</sup>. Todavía, “(...) el tripartismo solo era uno de los elementos posibles del modelo, y su hundimiento no consigue arrastrar a los demás rasgos prevalentes – ni siquiera la concertación termina definitivamente, pues resurge con brío en los noventa –.”<sup>46</sup>

“Un Derecho del Trabajo tambaleante ve al fin superar la crisis económica, llegar el ajuste fiscal, recuperarse Estados Unidos y Europa aunque entre ambos aparece un distinto comportamiento en las cifras del paro que de inmediato los economistas

<sup>44</sup> W. STREECK, *The Rise and Decline of Neo-Corporatism*, p. 28. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 75.

<sup>45</sup> Ph. SCHMITTER, *El corporatismo ha muerto, ¡larga vida al corporatismo!*, en AA.VV. (A. Ojeda Avilés, coord.), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona 1990, pp. 23 y ss.; M. REGINI, *El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de nuevas formas de concertación*, en el mismo volumen, pp. 15 y ss. Ver, sin embargo, P. PASCUCCI, *Experiencias neocorporativas en el sector público, ¿una excepción al declive de la macroconcertación?*, también in la misma obra y mismo volumen, p. 261 y ss.

<sup>46</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 76.

achacan a la rigidez del Derecho del Trabajo europeo<sup>47</sup>, teniendo como parámetro el modelo sajón y en este caso el americano.

El Informe Auroux incita al legislador francés a promulgar una serie de leyes en 1982, el año en que oficialmente termina la recesión económica mundial, de gran significado para lo que va a ser el nuevo Derecho del Trabajo. Este elenco de derechos que se reconocen, algunos de ellos “ya aparecían en el *Statuto dei Lavoratori*”<sup>48</sup>.

### c) Innovaciones tecnológicas y organizativas del proceso de producción y sus efectos

En periodo reciente se ha producido un número tan gran de inventos y en tan poco tiempo: telecomunicaciones, nanotecnología, biotecnología, producción transgénica, aviónica, genética, ofimática y otros más, incluso la gran capacidad de trasladarlos a la economía con semejante rapidez. En cambio, nuevos sectores aparecen y desaparecen de la noche a la mañana y las innovaciones se suceden a un ritmo vertiginoso. Esto todo significa algo para el Derecho del Trabajo: los procesos cambian velozmente, por lo que las empresas no son estables, ni los empleos, ni tampoco las tareas, y el concepto de mínimo acompaña a todas las actividades, configurando una filosofía.

Por su vez el empresario tiende a adaptar los costes laborales a la vida del producto, que es cada vez más corta, mediante mayor flexibilidad en la inversión de recursos humanos y de capital en numerosos artículos y servicios, al tiempo que descubre que los flujos económicos también se someten a la teoría cuántica, y trata de fragmentar la duración de los contratos, de los horarios, de las tareas: nace, para la fraseología economista, el “contrato de trabajo eficiente”<sup>49</sup>. Pero, esta no es la única opción estratégica, todavía se revela la más fácil, en cuanto otras empresas, en general de gran porte, prefieren las opciones más difíciles, pero que presentan mayor solidez, de buscar “capacidades de innovación y personal altamente cualificado”<sup>50</sup>, o “asociar a los sindicatos a la toma de decisiones en la empresa”<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> FREEMAN, CLARK Y SOETE, *Desempleo e innovación*, págs. 23 y 24. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 76.

<sup>48</sup> SAGARDOY BENGUECHA, *El contenido de la reforma laboral socialista en Francia*, en (DE LA VILLA/SAGARDOY, Informe Auroux), *La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia*, Madrid 1983, p. 41.

<sup>49</sup> WINKER, P., *Efficient Labour Contracts: Impediments and How to Circumvent Them*, *Labour* 3, 2000, 373 y ss. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 79.

<sup>50</sup> KOCHAN, KATZ y Mc KERSIE, *La transformación de las relaciones laborales en Estados Unidos*, p. 13. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 79.

<sup>51</sup> BLUESTONE, B., y BLUESTONE, I., *Negociar el futuro. Una visión alternativa de las relaciones laborales dentro de la empresa*, págs. 315 y ss. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010, p. 79.

La doctrina identifica el problema que surge al final de los años dorados en una tríada interconectada: productividad, calidad e innovación. Para llegar a los años ochenta con el retorno de las microempresas, especialmente como subcontratistas, situadas a caballo entre diversos sectores de actividad, por lo que resultan difícilmente afrontables por los sindicatos de rama, con el resultado de un panorama de confusa diversidad, tanto dentro como entre los resultados nacionales. Huye, así, del Derecho del Trabajo para caer en el Derecho Mercantil, “merced a relaciones jurídicas híbridas, de prestaciones más o menos independientes, en una aproximación desapercibido que, sin embargo, es más estrecha que la existente con el Derecho Civil”<sup>52</sup>.

Otras voces se hacen oír de que “el Derecho del Trabajo de los últimos treinta años ha madurado pensando en la gran empresa, por lo que no se adecua a la realidad de los pequeños empresarios”<sup>53</sup>, y al cabo son escuchados que: “los especialistas discuten las peculiaridades laborales de las PYMES”<sup>54</sup>, “los legisladores pormenorizan derechos de los empresarios individuales o grupales”<sup>55</sup>, “impulsados por las directrices sobre el empleo impartidas por la Unión Europea”<sup>56</sup>. Esas vicisitudes del Derecho del Trabajo son desafíos impuestos a su capacidad de responder a la propia crisis.

Cabría afirmar que “si el Derecho del Trabajo de la Gran Prosperidad dialoga con la gran empresa, el de los tiempos de crisis lo hace con la pequeña, en ella piensa, a ella se dirige”<sup>57</sup>, pues es esta que más plazas de trabajo ofrece y que más puede ayudar con nuevas ofertas de empleo y en la superación de las crisis.

#### d) Flexibilización, limitación y exclusión de derechos

Cabe, desde el inicio del trato del tema, resaltar que como flexibilidad ha existido una superabundancia de discursos sobre la flexibilidad como alerta el doctrinador y que, como reconoce y aconseja “conlleva conceptos que conviene descartar (...) antes de analizar cómo y bajo qué forma la exigencia de flexibilidad nace de las características que adopta el desarrollo económico de Europa (...)”<sup>58</sup>.

Para combatir la ideología de la flexibilidad el primer paso es reconocer entre las falsas concepciones de flexibilidad que alienta la esperanza poco disimulada de

<sup>52</sup> DESDENTADO BONETE, A., *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial 55, p. 450.

<sup>53</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 81.

<sup>54</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., GONZÁLEZ POSADA, E., PÉREZ ESPINOSA, F. y MATIA PRIM, J., *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid 1982.

<sup>55</sup> Alemania, Alianza por el Empleo, la Formación y la Competitividad (acuerdo tripartito de 7 de diciembre de 1998). Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho...*, Op. Cit., p. 81.

<sup>56</sup> Vd. Título VIII, TCE, art. 128.2. Las últimas directrices son de 13 de marzo de 2000, y el Plan Nacional de Acción del Reino de España es de 28 de abril de 2000.

<sup>57</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho...*, Op. Cit., p. 82.

<sup>58</sup> SUPIOT, A., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 271.

quienes identifican este instituto con el hecho de obtener todos los frutos de la coordinación social y económica, sin ninguna contrapartida, así el trabajo gratuito y la protección social financiada exclusivamente por sus beneficiarios constituyen la finalidad de esta concepción, que aparece en algunos conceptos de mundialización manifestada de tres formas: “1) la guerra económica de todos contra todos; 2) la deslocalización sin coste; 3) la ampliación a todo el mundo del espacio de actuación de cada empresa”<sup>59</sup>. Siendo que, es preponderante esta última por la cual las empresas basan su competitividad, individual y global, en ventajas comparativas en término de calidad, competencia, innovación continua, diversidad, capacidad para proporcionar un servicio que se adapte lo más posible a la demanda, a coste de empleos de baja remuneración y precarios, ausencia de protección social y marginalización progresiva de trabajadores que no alcanzan los estándares de vida digna.

Por otro lado, las economías desarrolladas contemporáneas se han convertido en amplias colecciones de productos y servicios en continua transformación, si está ante productos y servicios diversos e incluso heterogéneos que imbrican, de manera compleja, variable y situada en el espacio y el tiempo, el valor de cambio y el valor de uso, es decir precio y utilidad, estrategias dinámicas de cambio que las empresas no pueden olvidarse. La comprobación de estos cambios impone definir el referente económico de flexibilidad para evaluar, positiva o negativamente, las transformaciones del trabajo y elaborar una perspectiva realista del futuro de Derecho del Trabajo. De ahí la frecuente identificación de la búsqueda de flexibilidad con la necesidad de limitar el marco jurídico del trabajo, la protección social y los códigos deontológicos. Por esto, es que se opone el concepto de flexibilidad al de seguridad.

Muchos estudios se han desarrollado en el ámbito europeo en búsqueda de viabilizar la flexibilidad, incluso laboral, sin significar necesariamente la inseguridad. Hasta llegar al que se viene llamando de flexiseguridad, bien discutido hoy.

La revisión del sistema normativo laboral fruto de los cambios y las crisis económicas de que ha sido objeto en los últimos tiempos, mediante el recurso a mecanismos de adaptabilidad normativa en las distintas fases de la relación laboral, destinados a aumentar los poderes del empresario en la dirección y control de la mano de obra por medio de mecanismos de flexibilización identificados por la doctrina como:

la oferta de modalidades de contratación plurales [flexibilidad de ‘entrada’]; la definición más flexible [flexibilidad ‘interna’] del contenido de la prestación laboral [sistema de clasificación profesional y de retribución, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo] y la reordenación del tiempo de trabajo [jornada, descanso, trabajo nocturno, a turnos];

---

<sup>59</sup> SUPIOT, A., *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 272.

y en fin, la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral [flexibilidad de 'salida']<sup>60</sup>.

En definitiva, en una economía flexible, tendente a maximizar su crecimiento económico y su nivel de empleo, las preocupaciones relativas al potencial humano son prioritarias: su financiación, sus características diversas y evolutivas, es decir, las capacidades, sus modalidades de formación y mantenimiento, la naturaleza de los procesos de decisión que le afectan, su eficiencia. Todavía muchas veces no es así, por esto la necesidad de medidas protectoras que no pueden sucumbir a los procesos de flexibilización.

La limitación y exclusión de derechos vienen, en la mayoría de las veces, por medio de las medidas flexibilizadoras, justificadas o no por los hechos económicos, de mercado laboral y políticas laborales de gobierno, o mismo comunitarias. Todavía tanto las limitaciones cuanto, y por más razón, las exclusiones encuentran límites en la Constitución, en los derechos fundamentales, objeto de estudio más adelante.

En el final del siglo veinte otras tendencias surgen o se consolidan, esculpiendo poco a poco un modelo emergente de Derecho del Trabajo, teniendo como uno de sus aspectos la fragmentación de los tratamientos jurídicos visibles, como es el caso de la dispersión de las fórmulas de empleo y las modalidades de contratación que se unen a las relaciones laborales especiales, de modo que cabría hablar de un "Derecho del Trabajo a la carta"<sup>61</sup>. "Aquel contrato 'único y totalizante', con su bagaje de normas inderogables comprensivas de la autonomía individual, da paso a una fragmentación tipológica y a nuevas técnicas normativas de regulación que ponen en crisis la propia función de Derecho del Trabajo"<sup>62</sup>.

Este sencillo estudio sobre las crisis que vienen afectando el Derecho del Trabajo sigue con el análisis de la doctrina más candente sobre los efectos de aquellas, la interpretación de los hechos y nuevas lecturas, bien como el futuro del Derecho del Trabajo.

#### 1.4. Deconstrucción del Derecho del Trabajo y sus efectos sobre la participación

##### a) La construcción del Derecho del Trabajo y los paradigmas

El Derecho del Trabajo se fue construyendo bajo el signo de un paradigma tuitivo y unidireccional, que de forma indiscutible sirvió para lanzar las bases de un ordenamiento vigoroso, que cada vez más expandía sus fronteras hasta llegar a la edad

<sup>60</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, pp. 76 y 77.

<sup>61</sup> CARDENAL CARRO, M., *A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta*, Aranzadi Social 10, 2000, p. 15 y ss.

<sup>62</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 85.

de oro en los años setenta y cubrir casi toda civilización occidental. Pero, al tiempo que ampliaba sus fronteras y agregaba nuevos institutos abría senda a una nueva vertiente configurada, una y otra entre dos “influencias de los países ‘latinos’ liderados por Francia, de la que hemos extraído en España no pocos construcciones legislativas, con una fuerte tendencia estatista o intervencionista”<sup>63</sup>.

En la otra vertiente siguen las propuestas de los países “sajones”, capaces de aportar en las últimas décadas muy importantes modelos globales, como el sueco, el danés o el holandés, con una fuerte tendencia liberal o colectiva.

Entre una y otra ha ido avanzando la Unión Europea como un poder moderador que a veces ha oscilado hacia lo latino y a veces hacia el sajón, sin que se pueda afirmar el predominio de alguno, pero presenta una riqueza de opciones.

Una fórmula testada en España que ha funcionado a contento, con la participación efectiva de los actores sociales en la producción, perfeccionamiento y flexibilización de normas laborales atendiendo a las vicisitudes del mercado y de la economía. Todavía, es una opción que bien trabajada puede presentar una perspectiva hacia el futuro de Derecho laboral.

La portentosa construcción del Derecho del Trabajo se realiza en torno de un núcleo central formado por tres instituciones fundamentales que son: el trabajador, el empleador y el contrato de trabajo. Que por medio de un proceso de institucionalización legislativa se edifica un ordenamiento laboral que se consolida a partir de normas internacionales y de la constitución, sedimentada en un cuerpo normativo ordinario y todo el restante proceso de producción de normas públicas y privadas.

Este núcleo del Derecho del Trabajo presenta marcos significativos de cada un de los elementos en su evolución, según una periodicidad establecida por el doctrinador y que aquí se adopta.

1) Los primeros años de 1910 hasta 1935: - el empresario como propietario, consagrado el absolutismo de la propiedad privada; - el trabajador como persona, teniendo pasado de la condición de esclavo a la persona sujeto de derechos;- el Estado asistencial, los poderes públicos atienden al clamor por la dignidad del trabajador por medio de normas;- y el Derecho Excepcional de Trabajo con su carácter tuitivo.

2) En un período clasificado como del esplendor de 1935 hasta 1970: - el empresario anónimo, es la gran empresa con forma jurídica de sociedad anónima; - el trabajador como contraparte, con reconocimiento de sus derechos e identificado con su clase, ya no es débil; - el Estado integrador, el poder público asume una función

---

<sup>63</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 17.

complementaria en el protagonismo de negociación y concertación; - el Derecho Especial del Trabajo como nueva rama del Derecho con el mayor grado de integridad posible.

3) Otra fase es la de las instabilidades de 1970 hasta 1980: - primero fue el factor asiático liderado por Japón con sus grandes consorcios empresariales, el intervencionismo de los poderes públicos y la disciplina de las empresas; - una legislación de emergencia por un lado la flexibilización y por otro la participación en la gestión como contracultura y el despertar social de la Comunidad Europea.

4) La última de estas fases es marcada por crisis y cambios: - la crisis del período de 1980 hasta 2000 con importantes cambios sociales en las relaciones industriales y los cambios jurídicos se acentúan en las conquistas de derechos laborales; - la nueva realidad, nacimiento progresivo de una estructura económica distinta a la fordista, una "economía cuántica"<sup>64</sup> caracterizada por: el empresario novatorio en actitud de cambio permanente e incertidumbre en la gestión; el trabajador como ciudadano, reconocimiento de los derechos fundamentales del trabajador; el Estado competidor, y productor de política económica designada a fomentar la competitividad; el Derecho común del Trabajo ya no pretende equilibrar las situaciones entre el empresario y el trabajador, sino integrar del punto de vista social y humano.

Los grandes compromisos del Derecho del Trabajo son con la paz social de quien es fiador en el campo laboral a tanto tiempo, con el desarrollo productivo en tiempos tan competitivos, de fluidez y plasticidad, de mantenimiento de una relación equilibrada con otras ramas del Derecho y de las otras ciencias con fronteras grises y cambiantes. En escenarios así su obligación más sagrada es con el propio trabajador, con el cual mantiene el compromiso de proteger, garantizando al propio tiempo la viabilidad empresarial para el mantenimiento inclusive del empleo.

En el final de esos períodos de construcción del Derecho del Trabajo se instala una estabilidad inestable, una paz esgrimida, una protección parcial, un diálogo sin contestación, y una constante imputación de responsabilidad que no es suya por las crisis, por voces de predicadores que mismo sabiendo de los reales motivos apuntan para el más sensible de los pilares sociales, consiente que puede encontrar eco entre aquellos que tienen interés por el vacío normativo en esta área. Como un hecho casi que natural viene la deconstrucción, que se estudia a seguir.

#### b) La Deconstrucción y el paradigma tuitivo

El Derecho del Trabajo, una de las más jóvenes ramas del Derecho, con poco más de un siglo de existencia en la búsqueda del cumplimiento de su desiderata, que

---

<sup>64</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p.92



proviene de la función histórica y que nada más consiste de que mantener la paz social a través de la tutela del más débil, y que hoy esas metas han sufrido un desgaste en su contenido con los nuevos rumbos, pero en absoluto han desaparecido.

Todos estos cambios hacen creer que el antiguo paradigma tuitivo parece haber periclitado, o por lo menos agotado su capacidad de ampliar sus fronteras dejando gran parcela como “trabajador nómada”<sup>65</sup>, sin adjetivos y sin amparo; posibilitando que el contrato pueda ser clasificado como “deslizante”<sup>66</sup> en razón de las crisis perdiendo supremacía delante del vorágine del tipo; por fin que el empleador pueda ser “atípico”<sup>67</sup> en una relación laboral, todo esto en la visión pragmática del doctrinador que hace cuestión de confirmar su optimismo en el futuro del Derecho del Trabajo.

El actual estadio del Derecho del Trabajo en un ambiente de desconstrucción como se presenta el actual, la inseguridad es su tónica mayor, mismo sabiendo que el Derecho y más específicamente el ordenamiento jurídico laboral no puede convivir con la incertidumbre, la certeza jurídica debe ser el plasma que debe estar en el DNA de toda regla jurídica.

Si se hace unos rayos X de Derecho del Trabajo se encuentra aquello núcleo con una polisemia que en nada ayuda en tiempos tan difíciles, que exigen presencia que inspire confianza, tenga propiedad en el trato de los problemas, certeza en las acciones y respuesta, que a final pues, aquello núcleo esencial se ha atomizado generando el siguiente:

1) El empleador atípico pues puede estar investido de la forma de empleador subordinado con regencia por la LET o LETA en el caso autónomo económicamente dependiente, o mismo en forma de empleador difuso propio de la forma de Empresas de Trabajo Temporal, o mismo de Redes de Empresas que dificultan por la propia polisemia, la identificación se es una Agrupaciones de Interés Económico (AIE), se es una Uniones Temporales de Empresas (UTEs), se es Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE), o mismo se es Agrupaciones Europeos de Interés Económico (AEIE). Puede ser que opere en régimen de subcontratación, grupos de empresas, franquicias, etc.

Cada una de estas empresas y todas ellas al tiempo, responden por una descentralización productiva, presentan un complejo conjunto de “peculiaridades deconstructivas”<sup>68</sup>, así llamada por el doctrinador, que presenta en suya obra de forma detallada tales peculiaridades deconstructivas y la respuesta jurídica abarcando la ley,

---

<sup>65</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La desconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 349 y ss.

<sup>66</sup> Ídem, p. 473 y ss.

<sup>67</sup> Ibídem, p. 116 y ss.

<sup>68</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La desconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 138 y ss.

la doctrina científica y la doctrina de los tribunales. Este riquísimo diagnóstico viene de encuentro y confirma la necesidad de una reorganización del Derecho del Trabajo.

2) El trabajador nómada es resultado de un largo proceso de desintegración del empleo promovido por las crisis y de los procesos de descentralización productiva, incluso como tentativas de respuesta a aquella, ambas generadoras de profundas convulsiones que han acometido el mundo laboral con perverso efecto sobre el trabajador. Ese “‘nuevo trabajador’ forjado en las últimas décadas del siglo XX se le puede calificar como nómada o nómada si nos aproximamos al vocablo en lengua inglesa, para significar el cúmulo de transiciones que acechan a su contrato”<sup>69</sup>.

Así es que se tiene el trabajador por cuenta ajena amparado por la LET y que es singularizado por la subordinación principalmente; el siguiente es el trabajador autónomo o por cuenta propia regido por la LETA y después el trabajador sin adjetivos para identificar aquellos que no son alcanzados por algunos de los Estatutos citados.

La doctrina tiene identificado de entre los trabajadores sin adjetivo situaciones de trabajo periférico, que por su vez puede ser dividido en tres grupos a saber: trabajadores menores, ya sea por su corta duración, su aplicación a tiempo parcial y otras circunstancias; trabajo autónomo sin dependencia económica; y trabajo irregular o informal. Identifica aún, entre los sin adjetivo, los que desarrollan trabajos marginales, es que las distintas categorías de contratos de trabajo atípicos o precarios, y en especial los temporales y de tiempo parcial, han sufrido siempre una marginación jurídica que se ha mostrado en las normas especiales dirigidas a ellos, en la mayor parte de los países, muchos de ellos consecuencia de convenios colectivos.

Allá de los citados antes, existen trabajadores colaboradores independientes de entre los cuales están los autónomos, semiautónomos y los falsos autónomos. Por su vez, de entre los autónomos existen cuatro tipos bien cercanos al Derecho del Trabajo, los cuales desarrollan: un trabajo informal de los pequeños vendedores callejeros, tenderos, cuentapropista, aparcacoches, buhoneros o monteros con fuerte presencia en países emergentes; profesionales desclasados por su incorporación a grandes empresas y organismos públicos; autónomos proletarios que ejercen como especialistas en actividades de escaso valor añadido; pequeños empresarios de la agricultura, comercio e industria, construcción, frecuentemente agrupados en cooperativas, distritos industriales, *clusters* o centros comerciales, pero también, dedicados a las subcontratas, ya referidos en el primer capítulo.

Eses entramados de situaciones normativas y de desreglamentación en algunos casos ha generado una perversa desintegración del empleo subordinado producido por la consolidación de las situaciones próximas e híbridas, como los colaboradores

---

<sup>69</sup> Ídem, p. 351.

independientes o el trabajo irregular. El que no exenta al trabajador subordinado de las variaciones de gran calado en su posición en la empresa, pues ha perdido buena parte de la nitidez que antes tenía en sus funciones, a medida que las nuevas tecnologías potenciaron sus capacidades permitiendo realizar una amplia diversidad de tareas sin moverse de su asiento, al tiempo que el empleador expandiera su penetración directa y controladora.

Para fijar en uno ejemplo del peligro para los derechos de los trabajadores, esa avalancha de nuevos perfiles laborales, tomase el TRADE, o sea, el trabajador económicamente dependiente, esa proliferación de autónomos ha planteado una “zona de fricción con el Derecho del Trabajo en lo referente a los colaboradores independientes, pues su proximidad con los trabajadores subordinados llega a ser de tal magnitud que se les considera como ‘sustitutos funcionales’ de éstos”<sup>70</sup>. Es que un autónomo puede ejecutar las mismas obras y servicios que un subordinado y cuando trabaja habitualmente para uno o pocos clientes, su dependencia económica ante el cliente principal le permite asumir prácticamente el mismo rol que un empleado, aunque no ocurra el control sobre la persona del trabajador propia del poder directivo en el contrato de trabajo, sin olvidar de la reducción de costes que pueda representar entre el TRADE y el trabajador subordinado.

El hecho de después de tantos años de la promulgación del actual Constitución el legislador haber resuelto reconocer y reglamentar el trabajo autónomo con un Estatuto, no ha todavía resuelto aún de todo el problema pues muchos trabajadores no están abrigados por las normas que dimanar del precepto del artículo 35.2 CE, pues la LET y la LETA sólo alcanzan una gran parcela de ellos, y que hasta permite creación de *tertium genus* entre el trabajo subordinado y el autónomo, todavía lo que es peor, dejar muchos en zonas de frontera entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, Mercantil o Administrativo, para quedar en estos pocos ejemplos ya estudiados, dejando una deuda a ser solventada.

### 3) El contrato deslizando

Los cambios en el contrato de trabajo, fruto de las alteraciones que han ocurrido en sus presupuestos subjetivos, o sea, los sujetos de la relación laboral y el consecuente vínculo de subordinación, y en el poder organizativo y directivo, propios de ese tipo de contrato, se han tornado trascendentes para el futuro de propio Derecho del Trabajo.

Por esta razón ha afirmado el doctrinador “nos encontramos ante una crisis de identidad del contrato de trabajo debido a la pluralización de las tipologías normativas, a la flexibilización legal de la relación laboral y a la redistribución de trabajo”<sup>71</sup>. Más

<sup>70</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 385.

<sup>71</sup> GHERA, E., *Prospettive del contratto individuale*. En AA.VV., *Studi sul lavoro (Scritti Giugni)*, Cacucci, Bari, 1999, pp. 477 y 479. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho...*, Op. Cit., p. 475.

aún que al reinado del “contrato por tiempo indeterminado y a jornada completa, de perfil unitario en todas sus expresiones, sucede ahora una multiplicidad de modalidades donde lo típico deviene escaso porque se trata de imprimir a la relación laboral un máximo de flexibilidad”<sup>72</sup>. Esto nada más es que la crisis del modelo clásico o industrial, anclado “en la empresa estándar, uniforme y jerarquizada, con producción masiva y poco diversificada”<sup>73</sup>, que va cediendo el puesto a una barahúnda de situaciones orientados a las circunstancias del momento, desde “el *just-in-case* al *just-in-time*, en un posmodernismo que no desdeña ninguna posible combinación, como vemos en las rigideces flexibles del modelo japonés”<sup>74</sup>.

Hoy es lugar común hablar de la huida del Derecho del Trabajo pues ello se concreta en la esfumación de las partes del contrato, es que “por un lado asistimos a la descentralización productiva y a las empresas-red, mientras por otro vemos cómo desaparece ante nuestros ojos el propio trabajador subordinado, gracias a las estrategias de deslocalización que lo convierten en socio, autónomo o colaborador”<sup>75</sup>.

Por su vez en la Unión Europea el poder unificador ejercido por la legislación uniforme deja paso a un *soft law* de pretensiones orientadas y a un derecho dispositivo que entra en aplicación solo si las partes nada establecen. Todavía nada habría ocurrido si la regulación colectiva hubiera mantenido sus posiciones, y de su parte el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, dadas las peticiones de cambiar la reglamentación estándar de la relación laboral por la regulación a nivel de empresa, abandonando el ‘oasis protegido’ de la regla imperativa”<sup>76</sup>, garantizando resultado semejante.

De múltiples formas el casuismo fragmentario incide sobre el contrato de trabajo, cuya una de ellas consiste en el reblandecimiento de sus perfiles, y por ende de sus fronteras epistemológicas con otros tipos contractuales. A ese respecto el Tribunal Supremo, desde 1986 viene diciendo en “sentencia”<sup>77</sup> que una “relación civil o mercantil” puede presentar las características propias del contrato de trabajo, confundiéndose con él, en lo que se podría considerar como una relativización del tipo contractual.

---

<sup>72</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 476.

<sup>73</sup> CASAS BAAMONDE, M. E., *Las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, Revista Gallega de Empleo 0/2000, p. 33.

<sup>74</sup> SATER, A. y WALKER, R., *La nueva economía social. Relaboración de la división del trabajo*, Madrid 1994, pp. 300 y ss. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 476.

<sup>75</sup> DESDENTADO BONETE, A., *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial 55, p. 440.

<sup>76</sup> ROMAGNOLI, U., *La déreglementation et les sources du droit du travail*, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, Le droit du travail: hier et demain, Paris 1990, p. 11. Citado por Cfr. OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 476.

<sup>77</sup> Vd. STS de 26 de febrero de 1986.

Como advierte el doctrinador “la deconstrucción del Derecho del Trabajo, y en concreto del contrato que le da pie, no puede considerarse de ningún modo como la mera desintegración de un edificio jurídico antaño espléndido y ahora en ruinas. La indefinición de fronteras también permite que la legislación laboral colonice otros ámbitos más allá del contrato de trabajo”<sup>78</sup>, y así, ampliando la aplicación de sus reglas hacia fronteras antes desconocidas, como se ha visto paradigmáticamente en las recientes normas sobre el trabajo autónomo en varios países.

A despecho de todo el movimiento de flexibilización de Derecho del Trabajo “el contrato de trabajo como institución jurídica sigue intacto en sus términos y condiciones, y cuanto le sucede es únicamente que queda más a la vista en todos sus aspectos, tanto inaugurales como terminales, en sus vicisitudes como en su contenido obligacional”<sup>79</sup>. Todavía es preocupante en el modelo estatista o intervencionista latino del cual faz parte España, existe hoy una proliferación de los contratos temporales a tiempo parcial en detrimento del por tiempo indeterminado.

Se es verdad que el viejo paradigma pierde espacio ¿quién lo ocupa? La respuesta viene de una realidad que se ha desarrollado junto con aquel, pero en otra vertiente, lo que parece es que el nuevo paradigma es más afeito a las crisis, sino véase.

### c) Deconstrucción y el nuevo paradigma

Con el foco centrado en el mercado y la economía, con una visión más pragmática de esfuerzo y producción, no más asentado en la protección exclusiva del trabajador y también en los intereses del empresario, que rompe barreras en el desafío constante de una economía sin fronteras, así parece se preannunciar un nuevo paradigma.

El declive de viejo paradigma traduce en cesión de espacio “en beneficio de las ideas de mercado y de libre competencia, pues tal parece ser el paradigma que las potencias emergentes (BRIC) comparten con Estados Unidos”<sup>80</sup> como afirma el doctrinador.

La Unión Europea, que procura mantener hoy una política de menor intervención en los asuntos internos de los países que la compone, vive hoy un gran dilema en aspectos laborales, entre la influencia de los países latinos que la constituyen y las propuestas de los países sajones que aportan muy importantes modelos globales, pero esta dualidad tiene forzado la tomada de decisiones por “[...] el Tribunal de Justicia

<sup>78</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 553.

<sup>79</sup> Ídem, p. 553.

<sup>80</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 18. La abreviatura BRIC usada pelo autor, representa Brasil, Rusia, India y China, países en desenvolvimiento.

Europeo al dictar tres dramáticas sentencias en las que la libre circulación y la libre competencia prevalecen, aunque por ahora se maquille el dato [...]”<sup>81</sup>.

En la perspectiva del nuevo paradigma acreditase que la regulación del trabajo por cuenta ajena debe perseguir, no uno, sino dos objetivos igualmente importantes, que son la equidad y la eficiencia o *efficiency and justice* como concebido en los EE.UU., estos objetivos “nada tiene que ver con panaceas ilustradas como la de la flexiseguridad, y dan cumplida cuenta de las sinergias a las que debemos hacer frente en las próximas décadas”<sup>82</sup>, esto todo, en el sentido de que no puede haber un avance económico que no cuente con el factor humano, ni tampoco a la inversa, un avance social que no tenga en cuenta las repercusiones económicas.

#### d) Nuevo equilibrio inestable

España en este nuevo contexto, desde la década de setenta ha madurado un modelo de producción de normas y búsqueda de solución para las crisis por medio de privilegiar soluciones negociadas con cauce en el colectivo, o sea, los actores sociales trabajan en la búsqueda de solución que es sancionada por el Estado, institucionalizándolas. Todavía es imperativo registrar que en los últimos años fueron varias las respuestas reformistas del gobierno al desempleo por medio de normas no negociadas con los otros actores sociales, objeto de estudio al final de este capítulo.

Por su parte el Tribunal Constitucional trabaja el equilibrio en la búsqueda de solución para los conflictos sin herir los derechos fundamentales, pero sin dogmatizarlos al punto de desestabilizar la economía.

Toda la doctrina científica y jurídica tienen trabajado intensamente no solo en desarrollar parámetros de equilibrio entre los intereses económicos del empresario y la protección del trabajador, la dialéctica que mantiene no conduce a la victoria de una u otra parte, o del nuevo o viejo paradigma, sino a un ajuste siempre frágil y evolutivo de los intereses en presencia. El que lleva a concluir que, “El nuevo paradigma revela también una buena noticia: el abismo entre economistas y laboristas, o entre mercantilistas y laboristas, no es tan grande como parecía”<sup>83</sup>.

Así, acreditase que el equilibrio está en mantener un derecho protector de todas las relaciones laborales, al propio tiempo en que se garantiza la equidad y eficiencia, sin comprometer la competitividad y existencia de la empresa, con real participación de los trabajadores en la empresa.

---

<sup>81</sup> Ídem, p. 18.

<sup>82</sup> Ibídem, p. 19.

<sup>83</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 20.

### 1.5. Refundación o redefinición del Derecho del Trabajo para la participación

El Derecho de Trabajo, nacido bajo el signo del paradigma tuitivo, enfrenta hoy el desafío constante del nuevo paradigma de equidad y eficiencia, para que no perca las virtudes que adquirió con el antiguo y no deje de evolucionar con este nuevo, donde fuere compatible, precisa todavía descubrir el camino que le permite beneficiarse de las virtudes del nuevo sin comprometer las importantes conquistas del anterior. Para esto es preciso anclar sus fundamentos en nuevas bases en un proceso de refundación.

En la búsqueda del estudio de las principales y más vigorosas teorías sobre el Derecho Laboral actual, o como quiere algunos doctrinadores del Derecho del Trabajo de crisis o en crisis, se ha descubierto que este es un tema que hace tiempo viene siendo ampliamente debatido, y que la teoría que se va a exponer es una de las análisis más substanciosas, por los trazos marcados de su autor intitulada “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”<sup>84</sup>, que ha de fundamentar la tesis que se está a desarrollar.

Por tanto, después de una síntesis de las difíciles y complejas experiencias del Derecho del Trabajo y de una mirada sobre los aspectos más importantes del estudio sobre la deconstrucción y los paradigmas de ese Derecho, es importante tratarse de la refundación o redefinición del mismo.

#### a) Ascensión y crisis de Derecho del Trabajo

Es sabido que el cuerpo normativo protector de las condiciones de vida y trabajo del proletariado industrial, limitadora de la voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo y canalizadora del conflicto social, como afirma el doctrinador “habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer a la contradicción de intereses un cauce de desenvolvimiento compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción capitalista y las paredes maestros de la sociedad burguesa”<sup>85</sup>. Ha cumplido muy bien el Derecho del Trabajo esta importante función, abalado tan solo en estos nuevos tiempos por los temblores que amenazan la economía con reflejos en este derecho.

El asentamiento histórico del Estado social y democrático de Derecho convierte la legislación del trabajo en elemento básico para el bienestar de los trabajadores y todas las garantías y derechos que le atribuye la Constitución de España.

<sup>84</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en Derecho del Trabajo y razón crítica (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 37.

<sup>85</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en Derecho del Trabajo y razón crítica (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 37.

De otra parte, con se ha dicho, el Derecho del Trabajo no ha cumplido su función histórica del mismo modo, cualesquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado siempre de idénticas soluciones normativas o de esquemas institucionales inmutables, alerta el doctrinador, inclusive que es preciso distinguir por ello entre

la función objetiva y duradera de Derecho del Trabajo, ligado de modo permanente al conflicto social de base [...], y su contenido institucional [...], que se subordina naturalmente a las contingencias históricos-políticas y a los cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta<sup>86</sup>.

Un importante aspecto a considerarse es que el Derecho del Trabajo ha convivido siempre, con los “incómodos requerimientos de la economía, cuyas relaciones disciplinarias (construidas sobre el alcance de ‘factor económico’ en la configuración institucional del marco regulador del mercado de trabajo) han formado parte, en todo momento y por derecho propio, de la relación de las grandes cuestiones teóricas de sus respectivos dominios científicos [...]”<sup>87</sup>.

Las grandes crisis y las recesiones económicas que han atravesado el Derecho del Trabajo en los años setenta y siguientes pone término la exitosa trayectoria de la legislación laboral y alimenta el transcendental debate sobre las recíprocas influencias entre Derecho del Trabajo y crisis económicas, que pasaran a repetirse de tiempos en tiempos, generadores de: recesión, desempleo, turbulencias monetarias estructurales, estacionamiento económico, déficit público e inflación, alternándose con pequeños períodos de recuperación y bonanza. Como consecuencia, la retomada de políticas determinantes de ajuste en los principales países industriales. A cada una de esas crisis se van siendo implementados nuevas políticas de empleo y de rentas, flexibilización del marco regulador del mercado de trabajo y hasta desregulación del mismo.

Todo esto ha servido para alimentar una “magna operación de ‘culpabilización’ del Derecho del Trabajo respecto de las consecuencias de la crisis económica, de modo que no es infrecuente que el empresario lo considere como obstáculo a las adaptaciones del mercado”<sup>88</sup>.

La doctrina en general ha reconocido la doble noción de transcendental importancia en cualquier estudio que se haga a respecto del Derecho del Trabajo que ha de llevar en consideración: primero la crisis económica se ha tornado, como ya se ha registrado, compañero viaje histórico de esa rama del Derecho y segundo que la crisis económica ha ejercido siempre su influencia en el cuadro institucional de ese Derecho.

<sup>86</sup> Ídem, p. 38.

<sup>87</sup> Ibídem, p. 39.

<sup>88</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en Derecho del Trabajo y razón crítica (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 40.



Hoy son puestos en discusión las formas tradicionales del Derecho del Trabajo y que tiene reavivado una situación de tensión latente por algún tiempo, donde radica la más grave crisis del Derecho del Trabajo, que invierte por completo sus principios constitutivos. Como alerta el doctrinador “ella pone contemporáneamente en crisis también las teorías fundamentales que hasta el momento han guiado el Derecho del Trabajo”<sup>89</sup>.

El ordenamiento laboral de las sociedades desarrolladas se ha visto afectados por un nuevo ámbito económico, producto de una aceleración de los procesos históricos en juego, desconocido por su intensidad en el sistema de relaciones industriales, así el nuevo escenario institucional no deja de ofrecer un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción sobre los que retira la legitimación de causa del sistema normativo laboral y que está a exigir cambios.

#### b) Adaptación del ordenamiento laboral y las propuestas de refundación

Hoy es casi consenso la necesidad de adaptación de medidas que coloque el ordenamiento laboral en línea con la evolución contemporánea, de modo que él pueda seguir realizando la función de cohesión social que le es propia, más allá de su reducto industrial tradicional, incluso la reforma institucional de la propia disciplina que, como señala el doctrinador, “se enmarcan desde luego dentro de un debate de hondo calado político, sobre propuesta de refundación del Derecho del Trabajo y cuyas manifestaciones principales son estas”<sup>90</sup>, aquí presentadas de forma resumida: 1) propuesta de reforma de la propia disciplina jurídica fundada en el debate sobre la redefinición o refundación del Derecho del Trabajo; 2) propuestas de modificación del esquema tradicional de las fuentes reguladoras de la relación de trabajo fundado en los debates sobre la desregulación, la autonomización y la individualización de las relaciones laborales; 3) propuestas de modificación de los contenidos de las soluciones normativas del ordenamiento laboral con cauce en los debates sobre la flexibilización o adaptación de las normas laborales; 4) propuestas de intervención en el terreno de las actitudes de los sujetos de la relación laboral apoyada en los debates sobre la participación y cooperación.

Todo esto dentro de una propuesta amplia de reorganización del Derecho del Trabajo, cuya clave es el principio del debido valor al trabajo humano anclado en el trabajo asalariado.

---

<sup>89</sup> Ídem, p. 40.

<sup>90</sup> Ibídem, p. 52.

### c) Función social duradera del Derecho del Trabajo

El derecho que se busca afirmar es el que reconoce las importantes funciones que tiene ejercido el Derecho del Trabajo y le pretende continuar a garantizar permitiendo el desarrollo económico y social, con estabilidad en las relaciones de producción de bienes y servicios.

La conocida movilidad de contenidos, incluida la permanente ampliación subjetiva de su campo de aplicación, pero no cabe duda de que estas operaciones normativas no son sino otras tantas traducciones políticas contingentes en el ejercicio de la función social que tiene atribuido dicho ordenamiento y que cada vez más se hace presente.

En la búsqueda de un marco jurídico que alcance el trabajo autónomo garantizando niveles de protección social semejantes a los trabajadores asalariados, lo que se ha alcanzado es una "laboralización parcial"<sup>91</sup>, en la disposición final 1ª LET, que establece "el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente". Todavía, específicamente en relación al trabajo autónomo se ha producido la LETA dispensando una protección mayor que la que venía recibiendo.

Si el Derecho del Trabajo no cubre otras áreas que demandan protección porque sus fronteras ya no se desplazan como lo hizo en el período de su consolidación, es preciso que un ordenamiento alcance no solo lo que hoy es protegido por el Derecho del Trabajo pero que va más allá, ofreciendo para todas las creaciones del mercado de trabajo una solución.

Por su vez con la institución en el año 2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo bajo el alegado fundamento del art. 35.2 CE abarcando la otra parcela de trabajadores no alcanzado por la LET, así quien no ejerce un trabajo subordinado está cubierto por la LETA. Todavía, cada vez más surgen situaciones que huyen a los dos Estatutos, son parcela de trabajadores sin aquellos signos y que se ha identificado en este capítulo en estudios anteriores.

Tanto las transformaciones institucionales provenientes de los cambios de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas en respuesta a las solicitudes de la realidad, originados por causas políticas y económicas que son absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, y de los que "ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricos, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social

---

<sup>91</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 78. Laboralización parcial al se referir a la nueva LETA.

objeto de regulación [la prestación de trabajo asalariado dependiente]”<sup>92</sup>, requerimiento que fue atendido en la peculiaridad de cada caso por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y las especificidades de los cambios sociales y económicos que estuvieran a requerir solución adecuada.

El Derecho del Trabajo ha ofrecido estabilidad y garantía duradera, pero hoy en cara de nuevos desafíos está a carecer una reestructuración que le devuelva la facultad de ofrecer solución para los nuevos desafíos y fortalecer la participación de los trabajadores en la empresa como instrumento de evolución y garantía de un contrapoder que exigen los nuevos tiempos. En síntesis, del que se trata es de la posibilidad de expansión de las fronteras y de la actualización de la función legitimadora del ordenamiento laboral en territorios fronterizos a su esfera de actuación.

La exclusión por largo tiempo del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, como ocurre aún hasta hoy de otras actividades laborales, es explicada por cierto a partir de la posición marginal o desplazada que aquél ha ocupado dentro del sistema industrial de producción, que se basa en el fato de la actividad económica del modelo de referencia haber descansado siempre sobre la prestación masiva y retribuida de trabajo subordinado.

Como ha proclamado el TC en sentencia 3/1983, ya citada antes, pero por su pertinencia cabe recordar “(...) el legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos (...)” quien no fuere trabajador subordinado no está abarcado, es simple así.

La defensa de una extensión “[...] (siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas) de las normas laborales a los trabajadores autónomos tiene su plena justificación, a fin de cuentas, en el despliegue de la propia función integradora (y de legitimación social) del Derecho del Trabajo, esta vez en relación con personas y actividad [...]”<sup>93</sup>, demostrando que es posible una ampliación para todo y cualquier trabajo asalariado.

Todavía se ha de considerar que hoy con la LETA parte de la petición se queda superada, pues la actual legislación del autónomo aunque tiene que remitir la LET cubre una gran parcela de trabajadores, así mismo no ofrece la protección que se podría tener como ideal.

---

<sup>92</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 79.

<sup>93</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 46.

“En definitiva algunas consideraciones de carácter básico”<sup>94</sup> sobre el Derecho del Trabajo deben quedar asentadas en la enseñanza del doctrinador, presentada a seguir en la forma de resumen: 1) La función integradora del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado es la razón de ser histórica o causa eficiente del Derecho del Trabajo, al propio tiempo que la justificación de su mantenimiento o permanencia. 2) Esta función esencial reposa sobre un delicado equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado, por otro. 3) La interpretación histórica de dicho equilibrio es, desde luego, una operación contingente; de acuerdo en cada caso con los diferentes factores condicionantes en juego, sin que en ningún caso la acción legislativa pueda dismantelar el núcleo esencial del acuerdo social sobrentendido, so pena de privar al cuerpo jurídico laboral de su función legitimadora primaria. 4) El aparato institucional y las soluciones normativas de que se sirve el ordenamiento laboral, instrumentos por lo tanto para la realización de la función social que le es propia, no han dejado de experimentar lógicamente las transformaciones históricas derivadas del desarrollo de los correspondientes procesos sociales, políticos y económicos. 5) El resultado último de este entramado no es otro, en fin, que la legitimación del sistema social y de su orden económica, cuya racionalización debe quedar asegurada en cada caso en el marco de las limitaciones y contrapesos conocidos, lo que a la postre habrá de servir de test para medir la efectividad social del propio sistema normativo laboral.

El problema de las transformaciones institucionales, radica, en la determinación de su alcance, así como en la identificación de los objetivos singulares que motivan las correspondientes iniciativas legislativas que las hacen posibles, lo que no deja de ser, por cierto, una cuestión esencialmente política, bien que utilice vehículos o instrumentos de expresión de otro carácter como económico o jurídico.

Reformar o flexibilizar el marco regulador del mercado de trabajo puede querer significar, según quién realice la propuesta, “desde la pura desarticulación de los elementos de tutela del ordenamiento laboral, so pretexto de engendrar indeseables disfunciones para el desarrollo del proceso productivo (con significativa y peligrosa similitud a la situación antecedente a la intervención del Estado en los primeros tiempos de la industrialización capitalista)”<sup>95</sup>, iniciativas siempre presentes hasta la simple adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas, a cerca de cuya procedencia seguramente pocas discrepancias cabría en el plano teórico, que no ha faltado en los trabajos científicos y doctrinales, pasando por diversas propuestas de carácter intermedio, como se puede deducir de las

---

<sup>94</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 47.

<sup>95</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, pp. 48 y 49.

enseñanzas del doctrinador, hasta el extreme de la propuesta que se pretende hacer en esta tesis.

El debate sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo “debe ser referido, específicamente, a las iniciativas o modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose así la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectados”<sup>96</sup>.

Partiéndose de las investigaciones realizados en los tópicos anteriores de este capítulo, formulase a seguir un estudio que se somete a la análisis científica en la área del Derecho del Trabajo, de un Derecho volcado para el ser trabajador como persona humana, por el facto de contratar trabajo remunerado, cualquiera que sea el nivel de dependencia y no tan sólo para la categoría subordinado como tiene hecho el Derecho del Trabajo y del Autónomo con la LETA, derechos que aún posibilitan la exclusión de algunos, el nuevo derecho ha de ser integrador de todo trabajo remunerado.

#### 1.6. La necesidad de reorganización del Derecho del Trabajo para la concreción de la participación

Todas las veces que un sistema, principalmente normativo, no atiende más a los objetivos para el cual fue instituido es preciso sustituirlo o modificarlo, o si es responsabilizado por efectos maléficos perjudicando su entorno, y de hecho es así, él debe ser suprimido, mismo que no se coloque otro en su lugar, o cuando interfiere de forma dañosa en la realidad en la cual debía armonizarse con otros sistemas, justificándose su exclusión, pues no se sustenta un sistema obsoleto, ineficaz o dañoso. Todavía no tiene sido así con el Derecho del Trabajo, a pesar de tener sido acusado injustamente algunas veces por problemas de aquellas naturalezas.

El hecho de reconocer una cierta contribución para algunos problemas de la complexa realidad actual no quiere decir que es culpable por los problemas de cuño económico o financiero de las empresas. En verdad, todas las conquistas del Derecho del Trabajo le afianzan carta de existencia y aseguran suya importancia para el futuro. Pero no es menos verdad que es preciso actualizarlo a las nuevas transformaciones y dejarlo apto a responder con presteza y eficiencia a los desafíos del futuro. Es preciso que la realidad multiforme, volátil, encuentre opciones de abrigo en su campo de alcance, ofreciendo la mejor solución para los problemas que se plantean en la esfera del trabajo.

Así el Derecho del Trabajo no puede y ni precisa ser descartado o sustituido, pero si actualizado y perfeccionado, reestructurado o reorganizado a final.

---

<sup>96</sup> Ídem, p. 49.

#### a) Necesidad de reorganización

El Derecho del Trabajo ha experimentado en su larga andadura muchos avances, parálisis y retrocesos, pero hoy vive una situación de estagnación que a nadie beneficia, pero sirve a cuestionamiento sobre su supervivencia. Así, cuando se cuestiona sobre los riesgos de la existencia del Derecho del Trabajo y su integridad, hace con que la doctrina busque de forma incesante una solución para que continúe ofreciendo y garantizando la protección que ha dispensado hasta hoy, y pueda volver a presentar solución rápida y eficiente para los problemas criados por la economía en el contexto social y las crisis tan frecuentes en los últimos tiempos.

Cualquier que sea el cambio recomendado no será la primera vez que el Derecho del Trabajo sufre modificaciones, pues el sistema normativo de las relaciones laborales no ha escapado, preferentemente, a la revisión de su morfología y de su comportamiento interno habituales, mediante el recurso a operaciones de política legislativa que disloca la relación funcional clásica entre la ley y el convenio colectivo, es decir, entre la norma estatal y la norma producto de la autonomía colectiva, en general y, derivadamente del papel tradicional que se ha asignado a la negociación colectiva y que procura atender al debate sobre la individualización de las relaciones laborales.

Hace años que el ordenamiento positivo convive con esta tendencia de reforma normativa, que de tiempos en tiempos, más a menudo en momentos de grave desempleo, se anuncian su prosecución inmediata y que encierra en realidad transformaciones de envergadura y de alcance desiguales, por lo que su aceptación también no debe ser necesariamente homogénea y funcional, a pesar de su presentación por el empresariado con reiteración incondicional a la modernización del marco regulador de las relaciones de trabajo.

El verdadero objetivo de la individualización de las relaciones de trabajo, es la recuperación de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función de reglamentar el contrato de trabajo y, por vía de consecuencia, fortalecimiento de los poderes empresariales en la relación laboral, “por encima del esquema tradicional de norma mínima y de pacto de mejora de las condiciones de trabajo”<sup>97</sup>.

Cuando se piensa en mudanzas en el Derecho del Trabajo es imprescindible fijar bien unos puntos de un panorama de afectación que están a requerir mudanzas presentadas de forma resumida a seguir: 1) Los cambios internos en el propio proceso

---

<sup>97</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVARO DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 75.

productivo de bienes y servicios ampliando el tipo de prestación requerida y que han pesado sobre los envueltos en aquel proceso. 2) Los cambios por la actividad económica, efecto de la globalización o mundialización de la económica y consiguiente pérdida del valor de los modelos puramente nacionales. 3) Los cambios productivos en la estrategia empresarial exigente de mayor eficiencia en la organización del trabajo, como proceso de concentración económica empresarial. 4) Los cambios producidos en la estructura y composición y u derivación en el comportamiento y actitud de la clase trabajadora. 5) Los cambios producidos también en el comportamiento de las organizaciones sindicales.

Así es que el sistema de organización del trabajo en su conjunto se ha visto afectado, saliendo de una versión clásica de capitalismo industrial para un modelo de organización posindustrial, que exige del ordenamiento no solo una respuesta con pequeños cambios adaptativos, pero una gran reestructuración que lo coloque par y paso con el desarrollo económico.

Por esto todo, el mínimo que se impone es una profunda mudanza, mismo de paradigma y toda la reorganización que le corresponde de fondo y forma, para no perder sus primordiales funciones de cohesión social, justificando así una amplia serie de propuestas de modificaciones o de reforma institucional; y un debate de amplio calado que ya se desarrolla en diferentes países en las esferas político y social. En el ámbito jurídico, ya existe un largo debate sobre política legislativa y técnica, incluso en países como España que, en cada reforma que se anuncia, en diferentes grados, tienen causadas ollas de debates y a final, la producción por el gobierno de alteraciones en el cuerpo normativo, mismo que sin el acuerdo de los actores sociales.

Siguiendo este hilo de interpretación existen propuestas para debate sobre adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante, en la cual por influencia de la doctrina se ofrece a la reflexión y la crítica las ideas de formulación de cambio que serán presentadas en el tópico siguiente sobre opciones y formas de una reestructuración del Derecho del Trabajo.

Así es que en este trabajo de tesis, influenciado por los diferentes aportes doctrinales que se ha referenciado al largo de este estudio y que ha inspirado a una formulación adjunta, ya que se intercomunica con el instituto de la participación, tema que se viene investigando, y que aquí se presenta las líneas maestras de la reorganización del Derecho del Trabajo, para la reflexión y crítica.

El derecho reorganizado que se propone no es la llave única o principal para solucionar los problemas generados por las crisis económica, financiera, tecnológica, de la robotización, organización o globalización, también nos es una panacea que evitará siempre los choques de interés o tendrá la solución para todos los conflictos, pero pretende ser un derecho más justo, cuanto al valor debido al trabajo humano y así

disminuir los conflictos, ofreciendo una acomodación de los intereses dispares del mercado de trabajo, donde las partes del contrato tienen opciones de establecer un acuerdo de voluntad al empezar una relación laboral basada en las condiciones que correspondan al deseo de las partes, en cara los derechos y garantías que le son propios o específicos a cada uno, como se verá a seguir.

#### b) Opciones y formas

Desde el final de la década de los setenta e inicio de los años ochenta, como respuesta a las muchas críticas al Derecho del Trabajo, la doctrina científica viene formulando hipótesis y tesis sobre el ordenamiento laboral, su salud, eficiencia y adecuación, hasta los peligros de su existencia y, como se ha dicho, existe quien simplemente lo abomine y opina por su sola desaparición. Por su vez los tribunales reconocen puntos de inflexión, obscuridad y mismo de contradicción. De su parte el legislador en sus letargias en el proceso de maduración del contenido de la norma costa a responder a los impulsos de los agentes sociales y los intereses de la administración pública, ni siempre en el sentido esperado o deseado.

Como es sabido el Derecho del Trabajo fue construido en una estructura bipolar de trabajo personal, es decir, el contrato libre de obra o servicio autónomo y el contrato de trabajo subordinado y, para esta estructura se ha organizado ordenamientos jurídicos que atiendan uno y otro como es el caso de España con la LET y la LETA, todavía parece no haber llegado a una composición normativa ideal.

Muchos fueran los ensayos en búsqueda de una propuesta viable, pero ni todos han sido iniciativas precipitadas al hilo de las sucesivas crisis económicas y de las curvas del desempleo. El que se observa es que paulatinamente van surgiendo algunas propuestas e incluso construcciones normativas de mayor ambición, con aspiraciones globales, en cuanto pretenden una solución única y uniforme incluso para la “zona de nadie entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil”<sup>98</sup>, un problema aún para muchos ordenamientos jurídicos.

En cuanto algunos buscan resolver el problema de la norma que ampare el trabajador de dicha zona con vista a una de las tres propuestas sistemáticas identificadas, una pelos que miran a una reconducción del trabajo intermedio a la habitual distinción bipolar; otros la de quienes abogan por la supresión de la bipolaridad; y los que son partidarios de crear un *tertium genus* a mitad de camino entre lo laboral y lo mercantil.

El que se quiere destacar por ahora por su pertinencia con esta tesis es la propuesta de supresión de la distinción bipolar que solo tiene un asiento doctrinal, la

---

<sup>98</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 367.



idea de someter a una legislación única, si bien modulada o matizada, a todo el trabajo personal o, como dice el doctrinador, “a todos los nexos laborales personales”<sup>99</sup>. El que se busca es una regulación conjunta para empleados, profesionales liberales, funcionarios, autónomos, trabajadores marginales y contratos de inserción, en búsqueda de una mayor justicia social.

Para el doctrinador inglés “la división binaria es en gran parte inventada e imposta por los sistemas jurídicos de la administración del mercado laboral”<sup>100</sup>, por lo que “al tratar de mantenerla corremos el riesgo de autopoiesis”<sup>101</sup>. La doctrina alemana fue la primera a abordar una propuesta en “estudios”<sup>102</sup> desarrollados en 1988.

En este escenario es que se presenta los registros del pasado, las propuestas del presente y la visión del futuro para el Derecho aquí estudiado.

### 1) Opciones

A título de especulación se puede tener las siguientes opciones o ¿el que hacer?:

- Primera, mantener el modelo y estructuración actual, y en la medida de la necesidad realizando los cambios, de preferencia pequeños, preservando el máximo su cuerpo normativo, dejando que las crisis pasen, incluso por que no tienen como fuente de sus males el Derecho del Trabajo, todavía auxiliado por pequeñas reformas como se viene haciendo hoy.

- Segunda, mantener las vigas maestras del actual derecho, pero promoviendo una amplia y profunda reforma dejando leve y enjuto, reduciendo los institutos a un mínimo indispensable, remetiéndolo al más para que las partes negocien a lo más que deseen en el campo del Derecho del Trabajo.

- Tercera, deshacer toda la composición del cuerpo normativo del trabajo existente, jugando por tierra todo el edificio y volviéndose para el abrigo del sistema de arrendamiento de servicio del Código Civil, con posibilidad de negociación de acuerdo sobre materia de interés de las partes, en relación las actividades de labor contratada, o del Derecho Mercantil.

- Cuarta, reorganizar el actual Derecho del Trabajo empezando con mudanzas de fondo, o sea, del paradigma tuitivo para uno que al propio tiempo también privilegie el de la equidad y eficiencia, fundado ahora sí en el principio del debido valor al trabajo

<sup>99</sup> FREEDLAND, M., *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, International Labour Review n° 146, Oxford 2007, p. 3 y ss. Citado por OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 369.

<sup>100</sup> Ídem, p. 369. La citación es hecha en inglés y aquí por mí traducida.

<sup>101</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Madrid 2010, p. 369.

<sup>102</sup> WANK, R., *Arbeitnehmer und Selbständige*, CH Beck, Múnich 1988.

humano, condición primera de la participación del trabajador en la empresa, como presupuesto de equidad, sin dejar de ser tuitivo.

Esto presume: una amplia y profunda deconstrucción del Derecho del Trabajo a partir de una refundación de sus institutos, generando un ordenamiento jurídico que debe ofrecer protección a todo y cualquier trabajador asalariado, con variación segundo su comprometimiento, el tipo y local de actividad, el tiempo de duración del trabajo y el tipo de empleador, es decir, un derecho modulado o casi personalizado.

- Por último, otras opciones se podría formalizar por la composición entre las presentadas, pero es desnecesario ya que se va a trabajar solo centrado en una de estas, sin embargo, la cuarta es que será motivo de propuesta al final de este trabajo.

## 2) Formas

- El doctrinador ofrece “tres tipos de respuestas alternativas principales dotadas de justificación y racionalidad diversas”<sup>103</sup>, presentado a seguir: 1) el regreso de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho común de bienes y contratos; 2) el establecimiento de un Derecho del mercado de trabajo; 3) la configuración de un Derecho común de trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que proporciona su articulación jurídica: el tradicional trabajo subordinado a través del contrato de trabajo, el trabajo parasubordinado económicamente dependiente y el trabajo independiente o autónomo. Y a final concita que el debate está “abierto y de obligado tránsito”<sup>104</sup>.

- En la propuesta de reorganización del Derecho del Trabajo en esta tesis, este derecho se presentará formado por un cuerpo único de normas laborales que reúnen todas las manifestaciones del trabajo humano remunerado, bajo un ordenamiento estructurado sistemáticamente. La protección que ofrece al trabajador es distribuida en grados de forma que el mayor grado contiene el grado inmediatamente anterior se quedando así con mayor grado de especificidades.

Todo el Derecho del Trabajo reorganizado gravita en torno de un eje, el debido valor al trabajo humano en la relación laboral, que se establece entre trabajador y el tomador del servicio sea ello empresario, empresa, o una persona física o jurídica, o mismo el Estado, generando un vínculo contractual, graduado progresivamente, que puede ser de Grado I, II, III o IV, con la consecuente naturaleza de normas laborales incidentes a cada cual.

---

<sup>103</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVARO DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 13ª ed., Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid 2005, p. 75.

<sup>104</sup> Ídem, p. 75.

### c) Razón de la reorganización del Derecho del Trabajo

La razón del estudio de la reorganización del Derecho del Trabajo en este trabajo es el agotamiento de las posibilidades de asegurar la participación de los trabajadores en la empresa en el actual ordenamiento jurídico laboral español.

Es casi unánime el entendimiento de que el derecho de participación en la empresa está asegurado en el Derecho Europeo y por el demostrado en este estudio, principalmente en España desde la Constitución, es decir, los que divergen o son los que creen que no está contemplado en la Constitución española, pero que está en el Estatuto de los Trabajadores, o aún, en situación más extrema, aquellos que piensan que no está y no debería mismo estar contemplado por no tener cabida en el ordenamiento jurídico y solo residualmente en convenciones o acuerdos colectivos, más son pocos los que piensan así.

El hecho de estar asegurado a los poderes públicos, como ya se dice, pero no es real y efectivo como ha determinado la Constitución en relación a los ciudadanos, incluso el ciudadano trabajador o trabajador ciudadano, como prevé el art. 9 CE. Y, a continuar así también no lo será en el futuro.

Existe la previsión legal y la garantía de promoción de todas las formas de participación de los trabajadores en la empresa art. 129.2 CE, como ya se ha analizado, después de reglamentado por la LET, no cabe más duda, es solo poner en práctica. Todavía, dejarlo al talante tan solo del empleador, permanecerá solo como se norma programática fuera, sin alcanzar sus objetivos.

La causa de esos problemas presentase en un contexto bien más amplio y complejo, ello atinge al propio Derecho del Trabajo que en los tiempos actuales no ha demostrado la misma capacidad de responder a los desafíos del sector laboral con presteza, eficiencia y mismo contundencia, permitiendo la solución de los problemas, hasta mismo de aplicación de sus propias normas, sino véase.

Existe una “fragmentación del trabajo por cuenta ajena”<sup>105</sup> en la realidad actual, como fuga del encuadramiento de la relación de trabajo en la legislación laboral, pero existe también “la fragmentación del trabajo por cuenta ajena en la legislación”<sup>106</sup> del Estatuto de los Trabajadores, cuando no es “la abusiva normalidad de las relaciones

---

<sup>105</sup> ROJO TORRECILLA, E., *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 11 y ss.

<sup>106</sup> ARASTEY SAHÚN, L., *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena en la legislación. Comentarios*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 39 y ss.

laborales especiales”<sup>107</sup>, todas estas iniciativas de atomización existen y son concretas, mismo que no sea de propósito conllevan a cierta perplejidad.

El problema es que las certezas que se tiene cuando se aprueba un conjunto homogéneo de normas como es el Estatuto de los Trabajadores, en consecución del previsto en el art. 35.2 CE, deja la sensación inicial de que el Derecho del Trabajo es un solo, que el trabajo por cuenta ajena está cubierto por la nueva ley y después viene el legislador con cauce en las brechas dejadas de propósito, fragmentar aquello que parece uno.

Esas vicisitudes es que llevan a la perplejidad el doctrinador “¿Es la regulación del trajo por cuenta algo fragmentario, es decir incompleto o acabado?”<sup>108</sup> Y él propio responde, afirmativamente para después explicar, aunque se dispone de un corpus normativo regulador de la relación jurídico laboral por cuenta ajena bien consolidada en la LET, ejemplo paradigmático de ello en la normativa postconstitucional, las nuevas realidades productivas y los nuevos fenómenos sociales llevan al ámbito jurídico la regulación de relaciones que se tiene que determinar si entran en ese ámbito o quedan excluidas total o parcialmente del mismo.

El trabajo autónomo a poco regulado por la LETA ha dejado dudas a respecto del TRADE, segundo parte de la doctrina española que le hace severas críticas cuando afirma que su reglamentación, como hecha, presenta “un propósito socialmente bienintencionado pero jurídicamente imposible”<sup>109</sup>, o “una manipulación normativa y una regulación prácticamente inocua, en parte”<sup>110</sup>, más aún, “y, en el resto, una puerta abierta a la legalización del fraude”<sup>111</sup> el que no comulga buena parte de la doctrina.

Legislación reciente sobre relaciones laborales de algunos “profesionales”<sup>112</sup> muestran la situación actual y que no tiende a mejorar, pues se caracteriza no por una alteración cualitativa de las relaciones laborales especiales, sino por un incremento cuantitativo que va erosionando poco a poco el acervo laboral. “Parece inevitable que a no muy tardar debamos plantearnos como pueden volver al redil de la laboralidad

<sup>107</sup> FARGAS FERNÁNDEZ, J., *La abusiva normalidad de las relaciones laborales especiales*, en *(El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 103 y ss.

<sup>108</sup> ROJO TORRECILLA, E., *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 11.

<sup>109</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R., *Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 110.

<sup>110</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R., *Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 115.

<sup>111</sup> Ídem, p. 118.

<sup>112</sup> La legislación laboral especial reciente trata de profesionales como abogados que trabajan en despachos, médicos especialistas residente, profesores de religión en centros públicos, profesores universitarios, trabajadores en empresa de inserción, incluso sacerdotes.

situaciones que no tienen de especiales más que el interés de los grupos que promovieron su exclusión de la normativa laboral común”<sup>113</sup>.

Así es que el problema actual es la abusiva normalidad de las relaciones especiales, es que la demasiada regulación especial se utiliza como instrumento flexibilizador para promover la huida del Derecho del Trabajo, mayoritariamente el número de afectados tiende a legitimar una rebaja en sus condiciones de trabajo, y ello afecta muchas veces a los sectores laborales más débiles.

En un panorama general la introducción de tratamientos distintos obedece en muchas ocasiones a la necesidad de adecuar la norma a las especialidades o circunstancias de las relaciones de trabajo, todavía, otras separaciones del régimen común no está justificada desde el punto de vista del principio de igualdad, tratándose más bien de “un impedimento para que ciertos colectivos se integren en la tutela ordinaria”<sup>114</sup> y de un instrumento que fomenta la flexibilidad en el trabajo.

Solo justificaría la creación de nuevos regímenes, por exigencia del principio de igualdad de trato, para disciplinar de forma desigual situaciones que son desiguales.

De todo que fue analizado, se queda claro que cada vez más el Derecho del Trabajo tiene permitido su vaciamiento con fugas de su ámbito, la consecuente reducción de suya área de actuación con desplazamiento de sus fronteras para más cercano de su núcleo, eso cuando el atentado no es a su propio núcleo: el trabajador subordinado y el contrato de trabajo. El que se puede deducir es que en ambiente así, no puede prosperar el instituto de la participación.

Sólo un Derecho del Trabajo reorganizado y fortalecido podrá asegurar el inalienable derecho del ser humano, que desarrolla trabajo asalariado, participar de derecho del que ya participa de facto, cuando produce bien o servicios que contrata. Es de ese derecho y suya reformulación que se trata a seguir.

## II. Derecho Monolaboral y la función de asegurar la efectividad de la participación

El derecho ha de ser siempre centrado en el hombre, acompañándolo donde va y presente en las implicaciones de las circunstancias que lo rodean.

---

<sup>113</sup> FARGAS FERNÁNDEZ, J., *La abusiva normalidad de las relaciones laborales especiales*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 106.

<sup>114</sup> PUMAR BELTRAN, N. y AGUSTÍ JULIÁ, J., *Prólogo*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009, p. 106.

La fábrica como referencia de local de producción, sin el hombre, es decir, sin el trabajador es un cuerpo sin vida, es una, de entre tantas otras propiedades materiales, también protegida por el Derecho, pero sin la esencia que late, que agita y que produce bienes o servicios justificando su fin y a darle razón de existir.

## 2.1. Reflexiones sobre nomenclatura adoptada. La taxonomía

Derecho del Trabajo más que una simple nomenclatura atribuida a una rama del Derecho, ella incorpora una significación especial pues representa la síntesis de la protección dispensada a más sagrada de las actividades que el hombre puede desarrollar, el trabajo y que en un momento singular es reconocido y bautizado por la doctrina científica, jurisprudencia y el legislador que le da forma en el ordenamiento jurídico, consagrando el derecho al trabajo, que en España es atribuido como deber y derecho de todos los ciudadanos españoles en el art. 35.1 y que encomienda en su apartado dos la regulación por ley de un Estatuto, que para desgracia de muchos trabajadores, solo contempló por buen tiempo el trabajo ajeno subordinado y después también, los que desarrollan actividad por cuenta propio reconocido como autónomos en sus dos flexiones, pero que deja fuera de su alcance trabajadores que podrían perfectamente haber sido alcanzadas por la fórmula adoptada por el constituyente.

El trabajo, como labor que cobra su precio al ser humano al despliegue de la savia que sale de su cuerpo y mente adhiriendo y componiendo el bien o el servicio que se produzca, y que ya a su tiempo Karl Marx ha llamado de "fuerza de trabajo", es el mismo que consume el trabajador en la actividad, sea cual sea, que ejerce un labor en cualquiera empresa, o en el sector público o privado, que contrata relación de trabajo en el sentido amplio o no, tiene que ser abrigado por un derecho propio, el derecho del trabajo.

Este derecho que ha de seguir el hombre y mujeres en su labor, podría llamarse Derecho del Trabajo, podría ser Derecho del Labor, Derecho Común, Derecho Común del Trabajo, Derecho sin Adjetivos, Derecho Monolaboral o hasta Derecho Homolaboral, pero lo que precisa mismo es ser reconocido como el derecho propio de un segmento expresivo de la sociedad, y observado y cumplido en toda su plenitud. Ante estas posibilidades cabe reflexionar, tan sólo a título de argumentación.

Se lo llama de Derecho del Trabajo, se corre el riesgo de continuar a tratar solo del empleado subordinado, pero el ser humano que trabaja sin subordinación, o mismo sin dependencia, todavía en provecho de persona ajeno, dejando estos trabajadores sin recibir protección, o protección parcial, como están hasta hoy y que mismo reorganizado, el derecho continuará a olvidarlos.

Cambiado su nomenclatura para el Derecho del Labor, incluso como es en Italia, donde no abriga a todos que ejercen labor, continuarán los que son desamparados hoy, también mañana, habría la idea de que poco o casi nada había mudado, trabajo y labor son palabras sinónimas.

Adoptando el nombre de Derecho Común, o Común del Trabajo, de inicio parece coherente porque abarca a todas las personas que viven en un Estado políticamente organizado, o, que es común a todos los trabajadores, todavía se puede preguntar, ¿por acaso el Derecho Civil no sirve a todos que inciden en su área de actuación, así podríamos argumentar en relación a todos los otros ramos del Derecho? Incluso se puede preguntar más ¿Qué él es común a qué? Respondiendo se tendría que acrecentar el Trabajo o Labor, entonces es mejor adoptarse solo estos últimos, sin la palabra común.

Las sugerencias de un Derecho sin adjetivos es tentadora, Derecho del Trabajo sin Adjetivos, pero al ser Derecho del Trabajo ya está adjetivada o simplemente Derecho sin Adjetivos se lleva a una indefinición de rama, pero ¿de qué actividad o área? Por las razones presentadas se queda descartada esta hipótesis.

Derecho Monolaboral no es para oponerse a un Derecho Doble o Plurilaboral, pero es para decir que hay una, y tan sólo una situación en que ello ampara el trabajo asalariado del ser humano, que es un Derecho direccionado para proteger el trabajador, el ser único y no solo clase como es hoy, el ser que labora, sea que sea, donde y para quien labore. Derecho Monolaboral porque sólo existe un derecho para todos los trabajadores indistintamente, todavía no es una situación absoluta, existirá internamente esfera de atribución y de incidencia.

Aún, se podría llamar el derecho reestructurado de Derecho Homolaboral, sin embargo, sólo por la posibilidad de generar discusiones en torno de derechos de género, recomendase por prudencia no adoptarlo, pero tendría toda la pertinencia con el amparo que se desea dar a la dignidad del ser humano en el trabajo. Incluso cabría la pregunta ¿Cuál derecho no es hecho para el *homo sapiens*?

Así es que en este trabajo de tesis doctoral se adoptará la nomenclatura de Derecho Monolaboral, dejando abierta a la discusión por la doctrina.

## 2.2. Fundamento del cambio

Siguiendo el hilo de la causa inmediata por la cual el Derecho del Trabajo fue erigido con la finalidad precípua de institucionalizar el conflicto y promover la paz social al tiempo que rescata el trabajador de una situación aflictiva, cuando el trabajo en las fábricas fue envilecido al punto de herir de forma profunda todos los postulados

de la dignidad humana, generando la cuestión social, con la consecuente legislación de protección al trabajador empleado dictada por el Estado, bajo la presión de las asociaciones profesionales y la naciente entidad sindical, construyendo un monumento colosal de protección normativa al trabajo subordinado.

Los ataques a la integridad del Derecho del Trabajo que se hace sentir, de forma más profunda en tiempos de crisis, que busca hasta por subversión de valores destruir garantías y derechos y en su lugar construir más deberes a los trabajadores, ampliando el ya gran poder de los empleadores, incluso con alejamiento de las entidades sindicales y tornando dispositivas a nivel de voluntad individual normas de rango convencional y legal, quizá constitucional.

Hoy, como nunca, despierta atención las interpretaciones extensivas que hace el Tribunal Constitucional donde se encuentra en su cauce interpretativo cuanto a los derechos fundamentales aplicables a las relaciones laborales. La doctrina del TC cuanto al derecho de propiedad y los poderes del empleador en contraste con los derechos de imágenes, honor, libertad y la construcción en torno del principio de la buena fe que contingencia derechos y genera obligaciones a los trabajadores y refuerza los poderes del empleador.

El principio que se pretende erigir a *status* de derecho fundamental entre los de la libertad, dignidad de la persona, imagen, honor, es el principio del debido valor al trabajo humano, que asegurará a cada uno y a todos los trabajadores el más justo tratamiento de sus derechos, porque amparados y deferidos según su comprometimiento y el trabajo realizado. Con ello los derechos y garantías laborales serán garantizados según su merecimiento dentro de un verdadero “principio de igualdad”<sup>115</sup> de tratamiento.

Así, el fundamento del Derecho Monolaboral es el valor debido al trabajo humano, cuyo principio precisa ser reconocido y como tal elevado a nivel constitucional entre los derechos fundamentales en el mismo nivel del de la vida, libertad, integridad, dignidad y otros.

Monolaboral quiere decir que la labor es única, el que varia es su intensidad o las características de su ejecución, o mismo cuando se componga de actividades desarrolladas por una persona aislada, o en conjunto con otras, consideradas en su

---

<sup>115</sup> Principio de igualdad: Desde la Biblia se ha proclamado que cada uno lo tendrá según su merecimiento: “(...) devolverá a cada uno según sus méritos (...)” Samuel 26, 23; o “por eso me retribuye según mis méritos (...)” Salmo 18, 25. De otra parte, para RUI BARBOSA, jurista brasileño, en Oración a los mozos, “La regla de la igualdad no consiste se no en compartir desigualmente a los desiguales, en la medida en que se desigulan. En esta desigualdad social, proporcionada a la desigualdad natural, es que se encuentra la verdadera ley de la igualdad. Tratar con desigualdad a iguales, o a desiguales con igualdad sería desigualdad flagrante, y no igualdad real”.



aspecto económico, jurídico, social y personal, que tiene como objeto un bien o servicio en provecho de alguien, o sea, ajeno desde el principio o a la postre.

El labor que se busca no es las muchas actividades desarrolladas por personas en su conjunto, polilaboral, sino aquel considerado en cada persona, individualmente considerada es la expresión más genuina de la actividad en si, que compromete la vida y la personalidad de cada ser trabajador, mientras que después se componga con el de los demás, es decir in colectivo.

El derecho que se vislumbra es el que reconoce e incide sobre la persona humana individualmente considerada, en su relación con el ajeno que es el beneficiario de la actividad desarrollada, de ahí ser un Derecho Monolaboral o único.

El objeto de este trabajo de tesis es abarcar toda y cualquier persona que desarrolle actividad, que produzca bien o servicio en beneficio de alguien, alcanzando así el trabajador subordinado o dependiente, el autónomo y todas las otras designaciones de un trabajador, hasta el dueño del propio capital cuando su actividad pasa por una ajenidad mismo que tenga otras personas a su servicio, quizás el empleado público.

Lo que varía en el Derecho Monolaboral es el grado de comprometimiento de la persona que lo desarrolla, es decir, que se revela por el tiempo dedicado al beneficiario primero o principal de la actividad, el nivel de subordinación o dependencia, incluso se no existe dependencia física, pero económica, todo esto considerado en sus aspectos económico, jurídico, social y psicológico de la persona que trabaja, de ahí tenerse diferentes grado, explicitados a seguir.

### 2.3. Innovaciones

Mucho si tiene discutido por la doctrina científica y judicial, muchas son las tesis que se plantean sobre los derechos relativos al trabajo, desde un Derecho Social, un Derecho de la Economía, un Derecho Excepcional del Trabajo o Especial del Trabajo hasta un Derecho Común del Trabajo, o un Derecho Mercantil o Industrial, todas estas postulaciones, según la óptica que los fundamentan tienen las sus razones, es decir, que en el campo de los derechos laborales hay puntos comunes a todas las áreas que se plantea, pero cada una cuida de áreas bien definidas y requieren que sean mantenidas así, no hay que ser conflictivo con el que se propone, pero no tiene la virtud de la protección universal de la actividad laboral.

La reorganización del Derecho del Trabajo que se encuentra dispersa en Estatutos y Leyes sería armonizada y sometida a una rigurosa sistematización dentro de un

proceso de creación de un cuerpo jurídico único, atendiendo a ciertas innovaciones como mínimas, como se fuera un proceso de codificación del existente.

a) La labor como elemento unificador de todo trabajo productivo asalariado

La primera innovación es identificar un elemento unificador, en torno do cual se traza o proyecta un eje que, en vuelta del cual gravitarán todos los demás institutos del Derecho Monolaboral. Este eje es el labor como actividad productiva asalariada así todo o cualquier trabajo que genere bienes o servicios, que sea aprovechado por alguien que lo remunera, entonces el trabajador que el desarrolle es el sujeto del Derecho Monolaboral, allá del propio ajeno contratante o empleador.

Así el actual Estatuto de los Trabajadores y toda la legislación laboral, el Estatuto del Trabajador Autónomo bien como de los servidores públicos, tienen acogida en el nuevo derecho y se someterían a una sistematización dentro de un proceso de construcción de un ordenamiento unitario de la labor humano asalariado, previsto en el art. 35 CE, y en la forma y alcance, es decir, toda persona que ejerza un trabajo remunerado.

b) Nueva sistematización de todos los institutos de la legislación actual

Otra innovación es la sistematización del contenido del nuevo Derecho Monolaboral por medio de una ley que, como dispone el art. 35.2 CE, regulará “un estatuto de los trabajadores” en su plenitud, de forma a abarcar toda la materia que trate del trabajo humano productivo asalariado, disponiéndolo dentro de cinco grandes libros, cuales sean: Libro I que contiene los principios fundamentales y los derechos generales de los trabajadores aplicado a todos sin distinción; Libro II que ordena las materias de los Grados I, II, III y IV; el Libro III que trata de los servidores públicos excepto los de la carrera y funciones de estado; el Libro IV que constituye el régimen de la empresa, del empresario y los poderes de organización, administración y disciplinario, en cuanto parte en una relación laboral; y el Libro V que trae las disposiciones generales, transitorias y finales. Allá de dichos libros, se propone también dos anejos para las normas procedimentales administrativas y procesales del trabajo.

c) Estructuración del contenido en sus institutos propios conforme el vínculo establecido

La tercera innovación dice respecto a los perfiles de los trabajadores para encuadramiento a la materia objeto del contenido de cada libro del nuevo Estatuto, así se tiene:

1) El libro I - relaciona los derechos fundamentales inespecíficos y algunos específicos de Derecho del Trabajo, inclusive el del debido valor al trabajo humano, bien como los principios de derecho del trabajo pertinentes y su ámbito de aplicación a los trabajadores con perfiles del Grado I;

2) El Libro II - ordena la legislación laboral distribuyéndola de entre los grupos atribuyendo al trabajador por el alcanzado, perfiles de la siguiente forma:

- Grado I – el trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que no posee vínculo de subordinación cualquiera, no tiene jornada de actividad predeterminada, puede desarrollar actividad en el centro de trabajo del contratante o no, usando herramienta del contratante o no, con tecnología del tomador del servicio o no, pero su actividad personal o por el dirigida o coordinada, resulta en beneficio de alguien, que lo contrata. Su cuerpo normativo se restringe a las normas específicas de su perfil.

- Grado II – para el trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que no es subordinado físicamente pero económicamente si, que desarrolla actividad laboral en el centro de trabajo o no del contratante del servicio u obra, pero cumple una jornada de tiempo total o parcial. Allá de las normas propias incorpora también as de Grado I.

- Grado III - para el trabajador que desarrolla actividad en régimen parcial a solo un empleador o no, en el centro de trabajo de la empresa o no, todos los días útiles o no, con subordinación y ajenidad. Reúne las normas propias y cumulativamente las de los Grados I y II.

- Grado IV – para el trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que desarrolla actividad en el centro de trabajo del empleador, en una jornada ordinaria completa de hasta seis u ocho horas diarias, por todos los días útiles de la semana, a sólo un empleador, con subordinación y ajenidad. Este trabajador acumula los derechos distribuidos por los Grados III, II y I allá de los propios de su perfil VI.

3) El Libro III – reúne los servidores públicos sean especiales (estatutarios) o empleado, sólo quedando fuera los de carrera de Estado u otra que tenga estatuto propio como los militares, etc. Tendrán reglamentación complementaria propia los servidores públicos especiales (estatutarios) y los empleados, pero pudiendo alcanzar ámbitos de incidencia de cualquiera de los grados del Libro II, o sea de los Grados I, II, III y IV, conforme el interés público.

4) El libro IV – dispone sobre el régimen de la empresa, del empresario y los poderes de organización, administración y disciplinario, reuniendo y sistematizando la legislación existente dentro de una nueva visión de empresa, con responsabilidad social, participativa y solidaria, en cuanto parte de una relación laboral. En relación al Estado, en cuanto parte en la relación contractual de trabajo aplicase, en la medida del posible, las normas relativas a la empresa y al empresario.

5) El Libro V – deberá traer las disposiciones generales, las normas de naturaleza transitoria y las disposiciones finales. Las disposiciones generales reunirán materias que dicen respecto al trabajador y a la empresa o empresario como la materia relativa al contrato, la relación de trabajo, solución de conflictos, principios con el de la buena fe, y el trabajador que no tiene un contrato asalariado, pero ejerce un trabajo productivo, etc. Las disposiciones transitorias como es natural deben traer normas de adecuación y transición del antiguo ordenamiento al nuevo y otros. En las disposiciones finales el *vacatio legis* y entrada en vigor, etc.

d) Normas y procedimientos de la administración y procesal del trabajo

La cuarta innovación es la reunión en dos anejos de todo el contenido de los preceptos de administración y procesal del nuevo derecho, de forma que todas las normas y procedimientos administrativos relativas al Derecho Monolaboral esté comprendida en el Anexo I y todas las normas y procedimentales procesal del Derecho Monolaboral se contenga en el Anexo II.

e) Derecho único con peculiaridades propias en los grados que acoge las diferentes formas de trabajo

El Derecho Monolaboral en sus grados pretende ser el “acaudalador” del ordenamiento de Derecho del Trabajo, del Trabajo autónomo, estatutarios del servicio público y otras actividades laborales no contempladas hasta la hora por ninguna legislación específica y las no específicas también. Él deberá ordenar los preceptos, bien comparando con círculos concéntricos, donde el círculo nuclear reúne normas comunes a que concurren todo y cualquier trabajador; el primer anillo en torno del núcleo añade a las normas de este a las propias de su esfera, cumulativamente; el segundo anillo recoge las normas laborales del núcleo, del primer anillo y las específicas suyas, todo cumulativamente; y el tercer anillo reúne las normas laborales del núcleo, primer y segundo anillo cumulativamente con las suyas propias. Así el núcleo corresponde a los derechos laborales de Grado I, el primer anillo los derechos laborales preceptuados para los Grados I y II, el segundo anillo es formado por los derechos de los Grados I, II y III y a final el tercer anillo se compone de todos los derechos laborales, o sea los preceptos de los Grados I, II, III e IV.

Ahora bien, esperase que la reorganización del Derecho del Trabajo resulte de una amplia discusión por la doctrina científica, por los actores sociales y la sociedad, con la aprobación por las Cortes de una Ley que institucionalice el Derecho Monolaboral, con fundamento en el art. 35.2 CE.

Por primero, el ideal es el reconocimiento de la piedra angular del nuevo Derecho Monolaboral, que debe empezar por el art. 10.1 CE, con la inclusión del principio del “debido valor al trabajo humano”, pasando después a configurar los derechos laborales comprendidos en el art. 35.2 CE y, a final, cumplir la promoción prevista en el art. 129.2 CE, con las diversas formas de participación siendo desarrollada de forma factible y efectiva en la norma infraconstitucional.

La participación de los trabajadores en la empresa es obligatoria en las contrataciones hechas con base en los Grados III y IV del Libro II, donde debe estar explícito este derecho, pues el trabajador que participa de la empresa produciendo, participará de su gobierno también, fundado en sus derechos de ciudadanía. Los derechos de Grado I y II, se quedan sujetos a acuerdos entre las partes contratantes.

#### 2.4. Vigas maestras de Derecho Monolaboral y el nuevo paradigma

Las vigas maestras del nuevo Derecho son todas que han servido al Derecho de Trabajo y otras más que ya hacen falta, y que aquí se presenta en síntesis, son ellas:

- a) la prevención y solución de los conflictos garantizando la paz social;
- b) garantía de los derechos fundamentales de libertad, imagen, honor, dignidad, desarrollo de la personalidad;
- c) la imprescindible importancia del ser trabajador para a producción de bienes y servicios;
- d) el principio de la igualdad de tratamiento en la esfera laboral y no discriminación;
- e) la justa remuneración según su merecimiento;
- f) el debido valor al trabajo humano;
- g) la libertad de empresa y propiedad;
- h) equidad y eficiencia bajo premisas tuitivas;
- i) la modulación de los derechos según la relación que se establezca;
- j) la participación modulada de los trabajadores en la empresa.

#### 2.5. La perspectiva de estabilidad del Derecho Monolaboral y la efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa

Tiene sido una preocupación constante en el desarrollo de este trabajo de investigación buscar soluciones viables, mismo en aquellas que parezca más osado, considerando que la participación, con todo el soporte normativo que posee hasta ahora en España, no ha logrado implantarse, salvo loable y muy restricta excepciones,

y, no parece, en una evaluación por más optimista que sea, de que va a transformarse en una efectiva realidad a medio o mismo a largo plazo, a continuar así.

Todavía, una reformulación del Derecho del Trabajo del calado que se propone tiene posibilidad de actuar en buena parte del círculo empresarial, cambiando la cultura del miedo y reticencias en relación al poder en la empresa o cualquier tipo de recelo en relación a la participación del trabajador en la empresa.

Este es un derecho que pretende ofrecer opciones diversificadas de establecimiento de relación laboral, que garantiza seguridad a trabajadores y empleadores, de mucha clareza, precisión, propiedades y eficiencia en la regulación, con ventajas para los dos lados del contrato de trabajo y seguridad para el propio Estado, pues no deja de fuera de su amparo ninguno trabajador, consolidando de una vez la compleja legislación como es la del Trabajo, estabilizando las relaciones e invirtiendo en la paz social.

#### a) Perspectiva de estabilidad del Derecho Monolaboral

Para un análisis sobre una estabilidad futura cabe argüir ¿En la actualidad el ordenamiento jurídico laboral ofrece y garantiza estabilidad a las relaciones de trabajo?

Al largo de este estudio en los capítulos anteriores, y en este mismo, se ha demostrado que el Derecho del Trabajo tiene servido a la cohesión y la paz social durante un largo período, en cuanto sus fronteras se desplazaban para alcanzar las nuevas situaciones del mercado laboral, pero ha perdido esta aptitud, incluso en razón de nuevas leyes casuísticas que van extrayendo de su ámbito actividades laborales, que antes para bien o mal, eran por ello atendidas. Así es que se puede afirmar, que el Derecho del Trabajo aún ofrece estabilidad al trabajador subordinado y ofrece un campo vasto para la negociación colectiva y con ella aún poder influir en la realidad, pero el desgaste que tiene sufrido es considerable a punto de ser mucho cuestionado su capacidad de ofrecer soluciones para los problemas actuales.

Más aún, allá de la legislación de protección del autónomo existe una zona gris que se alarga cada vez más y que ya es denunciada desde mucho por la doctrina y con ya se ha visto, el Derecho del Trabajo como está, cada vez menos puede mantener la estabilidad en estas áreas críticas.

La gran virtud que pretende alcanzar un Derecho Monolaboral es congregarse para bajo de su manto protector todo y cualquier trabajador, no solo algunos, dosificando con equidad el derecho de amparo a todos y cada uno, según sus peculiaridades, hecho en la medida justa, con libertad para las partes del contrato, para que puedan elegir la relación que quieran establecer y que, sobre esta decisión incide el derecho y los deberes culminados en el nuevo ordenamiento jurídico laboral.

El que pretende el Derecho Monolaboral es revertir un cuadro de desgaste del Derecho de Trabajo de hoy, de cuestionamientos y algunas incertidumbres, cambiando para una seguridad para todos los envueltos, que debe resultar en estabilidad, incluso para el nuevo ordenamiento jurídico pues, tanto trabajador como empresario y empresa están bajo el signo del nuevo paradigma de equidad y eficiencia sin pérdidas de las características tuitivas.

b) La efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa

El trabajador siempre ha participado de la empresa con su trabajo el que corresponde a esfuerzo, quema de energía, comprometimiento, tiempo por lo menos, todavía esto nunca ha sido reconocido como una forma de participación y si lo fue, no resultó en beneficio algún, que no fuera tan solo y simple retribución salarial, que solo solventa la deuda del empresario para no configurar enriquecimiento sin causa en razón de la ajenidad.

Cuando la Constitución determina promoción eficaz de diversas formas de participación, de entre ellas está la del trabajo, encuancto actividad dirigida a determinado fin, la producción de bienes o servicios, todavía sobran otras tantas formas tan importantes cuanto aquella, pero también la participación en la dirección.

Es pacífico hoy el reconocimiento, y ya se ha tratado en este trabajo, como formas de participación en el resultado financiera, en la propiedad, en la gestión de la empresa y otros más tratados en el Capítulo II que ahora es dispensable hablarse, pues el que importa es situar el estadio actual y las posibilidades futuras, principalmente de la participación en la gestión de la empresa, que es la que ofrece mayor resistencia los empresarios.

En países como Alemania el sistema de cogestión ofrece un nivel de participación en la empresa reconocidamente eficaz y real, pero en España está muy lejos del deseable, pero esto puede cambiar.

Con el Derecho Monolaboral fundado en el principio de debido valor al trabajo humano, la participación no es una promesa y si un obligatorio cumplimiento de un derecho-deber, que hace parte intrínseco al propio trabajo contratado.

El trabajador cuando iniciar su actividad laboral en un centro de trabajo o fuera de ello, desde que su relación de trabajo esté vinculada a los Grados III y IV del Libro II del Derecho Monolaboral tiene asegurada la participación a ser ejercida por si o por un representante electo por los trabajadores. Pero si su relación de trabajo es fundada en los Grados I o II el derecho de participación en la dirección depende de negociación colectiva del trabajador con el tomador de servicio, en habiendo interés de un y otro.

A lo largo de la fase de investigación desarrollada por este trabajo de tesis se ha registrado, aún que en la búsqueda de responder a las crisis económico-financiera y de empleo, los gobiernos de estos últimos años en España han producido reformas laborales de diferentes matices y profundidades, que está a merecer un sencillo estudio por sus deflexos en la materia que implica directamente en cerne de este trabajo y que empieza con algunos trascendentes aspectos históricos y de contenido.

### **III. Cambios del marco regulador laboral en el siglo XXI en España y la significativa implicación para la participación de los trabajadores en la empresa**

En los últimos tres años, por lo menos, ningún tema tiene sido tan candente, tan actual y de tanta trascendencia para toda la sociedad española como el problema del empleo, inductor de las reformas laborales que vienen siendo tratadas en un contexto jurídico, social, político y económico en el que los planteamientos de sentido y alcance están en el centro del debate. Así es que en este trabajo no podría faltar un sencillo examen de algunos aspectos más esenciales de las reformas, que se iniciaran en 2010 pasando por la de 2011 y ahora sí, en la más larga y profunda que se enuncia con unas primeras medidas en 2012.

No es interés de esta investigación, en su relato y conclusiones, abordar de forma amplia todos los institutos del derecho laboral afectado por estas reformas, sino aquellos que tienen mayor pertinencia con el tema general de la participación del trabajador en la empresa, sea por una implicación directa o no, y sus influencias sobre la tesis que se intenta sostener.

El ordenamiento jurídico laboral ha descrito en su larga trayectoria una línea ascendente hasta llegar al cenit de sus conquistas, consolidando un marco legal reconocido por las constituciones de los países políticamente organizados y las muchas Declaraciones, Pactos y Cartas internacionales que otorgaran derechos y garantías a la persona del trabajador y que en los ordenamientos jurídicos internos a los países presentan grados y amplitudes, que varían en determinados aspectos como ocurre en España, en relación a los otros miembros de la Unión Europea.

Enmarca el gran esfuerzo que se hace en la búsqueda incesante de una solución para el desempleo generada por la crisis económica. Muchas tienen sido las terapias prescritas y las medidas de actuación, tanto en ámbito europeo cuanto particularmente en países como España. Prueba de esta intensa dinámica son los procesos de reforma laboral, promovidos casi que de forma permanente por medio de flexibilización, modificación y supresión de derechos laborales, empezando una trayectoria



descendiente de los derechos abrigados por el ordenamiento laboral. Y, que a seguir se investiga selectivamente los principales instrumentos de estas reformas en el que afectan la negociación colectiva, empezando por algunos referenciales generales.

### 3.1. La larga senda de la reforma laboral, casi que permanente

#### a) Grandes reformas laborales iniciadas a partir de 1984 hasta la primera década de siglo XXI

Es inevitable que el diseño de las reformas, allá de los objetivos primordiales que les mueven, en estos casos laborales, trae en si las marcas de las realidades justificadoras de sus implementaciones y también los intereses de los gobiernos que les promueven. Así tiene sido desde 1984 con la Ley 32/1984, que, como ha establecido, busca la “adaptación del marco institucional que regula el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía” objetivando “como una necesidad imperiosa en orden a conseguir que las perspectivas de un crecimiento económico futuro” que “se traduzcan en la creación del mayor número de empleo posible”, el Real Decreto-ley 18/1993 y las Leyes 10/1994, 11/1994<sup>116</sup>, 14/1994 y 18/1994, que fueran objeto de intenso desarrollo reglamentario llegando, a la postre, a la consolidación en 1995, con el vigente texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y también, al ya derogado texto de la Ley de Procedimientos Laborales.

Auspiciosas experiencias han venidas de las reformas, producto de los acuerdos alcanzados entre sindicatos y organizaciones empresariales en 1997, generados por los Acuerdos Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, Reales Decretos-leyes 8/1997 y 9/1997 y Leyes 63/1997<sup>117</sup> y 64/1997, e, incluso el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, Real Decreto-ley 15/1998<sup>118</sup>, seguida después por una fase de normas decididas por el ejecutivo sin acuerdo social previo en 2001, con el Real Decreto-ley 5/2001, que se refería a la “necesaria adaptación permanente de las estructuras legales, a los requerimientos presentes y futuros del mercado de trabajo” y Ley 12/2001, al argumento de orientar las nuevas reformas “hacia el fomento de un empleo más estable y de mayor calidad”, y, en 2002 con el Real Decreto-ley 5/2002, este después declarado inconstitucional y nulo por vulneración del art. 86.1 de la Constitución, por medio de la Sentencia del Tribunal Constitucional

<sup>116</sup> Con ella ofrecer la oportunidad de “proporcionar al desarrollo de la actividad empresarial la capacidad de adaptación” con el objetivo de “proteger el empleo existente y de fomentar la creación de empleo”.

<sup>117</sup> Para “contribuir a la competitividad de las empresas (...), a la mejora del empleo y a la reducción de la temporalidad y rotación del mismo”.

<sup>118</sup> Visa atender a “la mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial”, de modo que su regulación dote a esta figura de una “adecuada flexibilidad” y sea sensible a las necesidades de “mejora del funcionamiento del mercado de trabajo”.

68/2007, de 28 de marzo, y a seguir la Ley 45/2002 que con aquella ha procurado la “mejora de la ocupabilidad” rectificando, no obstante, gran parte de la reforma en respuesta a la presión sindical.

Nueva fase es marcada por el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo con RDL 5/2006, y Ley 43/2006, y así afrontar los desequilibrios del mercado de trabajo en España, insuficiente volumen de empleo y elevada temporalidad. En seguida, sin alcanzar concierto social, pero impulsados por nueva crisis económica en 2009, es expedido el RDL 2/2009 y la Ley 27/2009 “ante la gravedad que está adquiriendo la situación del mercado de trabajo” y adopción de medidas para el “mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”. Ya en 2010 nueva reforma es implementada con RDL 10/2010 y Ley 35/2010, que deberían “contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española”, resultando en una huelga general de rechazo deflagrada por las entidades sindicales.

En 2011, más una vez las organizaciones empresariales y entidades sindicales llegan a un consenso que se traduce en el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, reproducido por los RDL 1/2011 y RDL 3/2011, al tiempo que se aprobaba la Ley 2/2011, con propósitos mucho más auspiciosos, o sea, el de transformar la economía española en una economía sostenible, donde se puede extraer de su preámbulo como siendo un “nuevo paso en la modernización de la economía española” que “responde al reto de reforzar los elementos más sólidos y estables de nuestro modelo productivo”.

#### b) Concertación social en las reformas

La concertación social en cuanto “proceso negociado de intercambio político entre los poderes públicos y la autonomía colectiva como respuesta a las exigencias de gobierno de las sociedades complejas, a partir de una ‘corrección’ del esquema constitucional clásico procedente de la tradición liberal”<sup>119</sup>, es decir, proceso negociado del gobierno privado, neocorporativista, o dicho de otra forma aún, “constituye un método o procedimiento para la adopción de decisiones conjuntas o en colaboración entre el gobierno, o poder público y los agentes sociales”<sup>120</sup>, y es en estos términos que se busca identificar en las reformas producidas en las dos últimas décadas en España este método de producción de norma.

---

<sup>119</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2011, p. 487.

<sup>120</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *Concertación y diálogo social*, Editorial Lex Nova, Valladolid 1999, p. 17.

El sistema institucional español ha utilizado preponderantemente la expresión concertación social a la de “diálogo social”<sup>121</sup> preferido por otros, y esto viene desde la Transición Democrática en que la figura se incorpora a la práctica política para caracterizar la totalidad del proceso, aunque, por influencia del Derecho Social de la Unión Europea, la expresión diálogo social se haya abierto paso como equivalente en la nomenclatura del fenómeno.

La concertación social se realiza a través de un proceso de diálogo y de acuerdo entre el gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, acerca tan solo de las grandes cuestiones de política económica y social, así es que el sistema institucional pretende en consecuencia la conveniente legitimación, aunque no constitucionalmente necesaria, de las correspondientes decisiones políticas, no ya sólo a través de la vía parlamentaria obligada, sin perjuicio con todo de que sea indispensable la traducción legislativa de un mero acuerdo político, sino directamente sobre el mercado social. Todavía es un mecanismo y una realidad institucional distinta de la negociación colectiva o determinación negociada sectorial de las condiciones de trabajo dentro del sistema de producción.

Como instrumento en la Transición Democrática de 1977 hasta 1986, la concertación social ha estado al servicio de la política de rentas exigida por la crisis económica y de consenso político, y que a este fin respondieron importantes “Pactos y Acuerdos”<sup>122</sup> promovidos en España que le permitieron superar difíciles momentos de su coyuntura económica y política. Sin embargo a partir de 1987, la concertación discurrirá por nuevos cauces sociales.

Salvo períodos de excepción incluso democrática, España cuenta con un largo histórico de diálogo social y mismo de concertación social en el ámbito del Derecho del Trabajo, con participación activa de las principales entidades sindicales, organizaciones empresariales y del Gobierno, mismo cunado este se encuentre bajo de diferentes enfoques doctrinales, muchas veces contando con apoyo de grupos parlamentarios, según los intereses en juego. Pero es verdad también, que ni siempre las decisiones de política legislativa fueran tomadas a partir de acuerdos sobre materias consensuadas de forma tripartida o de acuerdo sólo entre los interlocutores sociales. Por veces son las crisis incentivadoras o mismo impositoras del concierto social o por lo menos el

---

<sup>121</sup> La Ley 8/2008, de 16 de octubre, de las Cortes de Castilla y León, cuando de la creación de Consejo del Diálogo Social y regulación de la participación social, define que: “se entiende por ‘diálogo Social’ a los efectos de esta ley, el proceso de negociación y concertación en materias económicas y sociales, así como en otras de interés general, desarrollado entre la Junta de Castilla y León y los sindicatos y las organizaciones empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma (...)”, art. 1.2.

<sup>122</sup> Pactos y Acuerdos importantes en España: Pactos de la Moncloa (1977), el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (AMI, 1980), el Acuerdo Nacional sobre Empleo (ANE, 1981), el Acuerdo Interconfederal (AI, 1983) y finalmente, el Acuerdo Económico Social (AES, 1984).

diálogo, otras veces la voluntad y la iniciativa de introducir reforma es generado en el ámbito de la administración gubernamental en consenso con las Cortes, cuando estas participan y el peor, en determinadas circunstancias, por en contra del que se negocia en el diálogo social, o mismo cuando la iniciativa no parte de la propia Unión Europea, pero casi siempre en función de las crisis que no han abandonado, ya hace tiempo, España y la propia Europa.

Dos son los factores que enmarcan las reformas: la toma de iniciativa y formas de su gestación. Muchas veces las reformas son fruto de decisiones singulares del gobierno, que siente haber agotado la capacidad de negociación con los interlocutores sociales y casi siempre impuesto por cuestiones de fondo económico, toma la iniciativa de patrocinar reformas laborales que flexibilizan, modifican o por veces casan derechos laborales consagrados en el ordenamiento jurídico, para atender reclamos de naturaleza económica y más específicamente por la crisis de empleo, casi siempre provocador de vigorosas reacciones, por lo menos de los sindicales casi siempre con eco en la sociedad, a ser estudiado a seguir. El segundo factor es el dialogo social, el medio más legítimo de realizar las transformaciones y los cambios exigidos por los nuevos tiempos, ni siempre posible, mismo que y cuando deseable porque legitimador.

### c) Flexibilización en el modelo laboral español

La flexibilización como objeto de las reformas laborales en los últimos tiempos tiene sido el recurso utilizado para la adaptación del contenido del ordenamiento laboral cuanto a la disciplina del mercado de trabajo en el marco económico en el que las empresas desarrollan su actividad, con el declarado propósito de mejorar la competitividad de las mismas y de facilitar de este modo la creación , el incremento y, también la mejora de la calidad del empleo, estos son los argumentos utilizados reiteradamente, de entre otros, para fundamentar las reformas laborales.

El mecanismo de adaptabilidad normativa en las distintas fases de la relación laboral, tiene sido utilizada a través de la flexibilización, también como forma de aumentar los poderes del empresario en la dirección y control de la mano de obra y que se revelar por medio de: la oferta de modalidades de contratación plurales así identificadas como flexibilidad de entrada; otros mecanismos caracterizadores de la flexibilidad interna durante la vigencia del contrato, es decir, una definición más flexible del contenido de la prestación laboral en relación al sistema de clasificación profesional y de retribución, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la reordenación del tiempo de trabajo, de entre los cuales, el de la jornada, del descanso, del trabajo nocturno y a turnos; y, por fin, la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral, caracterizando la flexibilidad de salida.

Hace tiempo que la estrategia empresarial, principalmente en tiempos de crisis económicas, justificadamente cuando genera escasez de empleo o mismo desempleo y amenaza la salud financiera de la empresa, es utilizar como argumento de sus pleitos, de salida culpabilizando el Derecho del Trabajo por la enyesadura de las normas que rigen las relaciones laborales, con reflejos dañosos a libre actividad empresarial, incluso acusándolas como generadoras de crisis, o por lo menos, como factor de agravamiento de las mismas, cuando no potencializándolas. Y, a partir de ahí, presentando los empleadores, casi siempre como receta pronta para amenizarlas o superarlas las medicinas de la flexibilización de las normas laborales, cuando no fueran posibles sus simples supresiones, pleiteando que se deje a las partes la libre negociación y la facultad de reglamentación espontánea del propio mercado.

De su parte los trabajadores, por medio de su representación sindical, procuran en estos tiempos de crisis, por lo menos, por un lado garantizar el empleo mejorando su oferta y, por otro lado, mantener las conquistas alcanzadas hasta ahora incluso el valor del salario, sea por medio del dialogo social o mismo utilizando en los momentos extremos el recurso a la huelga como forma de presión.

El gobierno, por su vez, cuando no consigue concertar un acuerdo o conciliar los intereses en juego recurrir al mecanismo de bajar la norma que entiende ser necesaria.

De modo general las propuestas de reformas han comenzado, desde luego, en su fundamentación, por la interrogación acerca de la configuración institucional de la propia disciplina jurídica del trabajo asalariado, a cuyo debate sobre la redefinición o refundación del Derecho del Trabajo es reflexionada en este trabajo de tesis, incluso con propuesta de su reorganización.

También, es imperativo registrar que las preocupaciones teóricas acerca de la performance y adecuación del Derecho del Trabajo parten de la comprobación elemental de la crisis de adaptación del ordenamiento laboral clásico a los cambios experimentados por el sistema de producción y los modos de organización del trabajo en cara a las nuevas situaciones económicas y sociales que huyen de la aplicación del modelo único de relación de trabajo, y así reclaman cambios institucionales que permitan la incorporación de las diversas formas de organización de la producción y del trabajo existentes, que con toda razón ha generado intenso debate y vigorosos estudios, hasta llegar al que en la Unión Europea ha convenido llamar de "flexiguridad"<sup>123</sup>, presente en las últimas reformas y que será objeto de estudio más adelante.

---

<sup>123</sup> Flexiguridad o flexiseguridad es el "reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos". En PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AAVV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012, p. 30.

d) Progresividad, continuidad y discontinuidad en las reformas del ordenamiento laboral del siglo XXI

Para investigar la larga senda de los cambios laborales a que se tiene sometido el ordenamiento español se ha hecho el estudio del que se ha llamado de reforma permanente, donde se puede ver los avances y retrocesos en una dinámica de mudanzas que más parece un trabajo de “tejer y destejer”<sup>124</sup>, pero que bien muestra una cierta progresividad de flexibilización del modelo tutelar de derechos laborales propio de los países de lengua latina y que, en la fase de consolidación en España ha llegado a su apogeo con la Constitución de 1978, allá del Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley Orgánica de Libertad Sindical, Ley de Bases del Procedimiento Laboral, Ley General de la Seguridad Social, y tantas otras como las de Conflicto Colectivo y normas básicas sobre representación de personal y de información y consulta. Este robusto cuerpo normativo viene, hace algún tiempo, experimentando cambios introducidos por las llamadas reformas laborales.

Centrase el estudio en las mudanzas operadas en las normas protectoras establecidas en la LET para mostrar el que se entiende por progresividad de la flexibilización, en una evolución que empieza a posteriori a la publicación del Estatuto de los Trabajadores en 1980 y que, con esta última reforma, ya se contabiliza concretamente nueve medidas de cambios significativos.

Existe una progresividad en el conjunto de las reformas que no es lineal, es decir, no es siempre crecientemente y constante, pero tiene períodos de profundización mayor y otros menor, dependiente más de la gravedad de las crisis que atingen España y algunos factores políticos que se sitúan en la dualidad de las ideologías partidarias y su alternancia en el gobierno. El cierto es que, de una reforma para otra no se guarda una perfecta proporción, pero la flexibilidad de la siguiente supera muchas veces a la anterior. Así es que ninguna se compara a la última que será objeto de estudio apartado más adelante.

La continuidad de las reformas es asegurada por dos factores principales, donde el primer es la existencia de dos modelos de protección laboral que históricamente, desde sus orígenes se distanciaron, llevando a inevitables comparaciones entre uno y otro, principalmente en momentos de crisis, modelos estos identificados por la línea sajona de normas laborales y la línea latina normativa laboral. Esta apoyada en un modelo altamente interventor del Estado y aquella con el Estado apenas garantizador de la voluntad de las partes y sólo por excepción intervenir pero de alta protección social y mercado de trabajo flexible. Por segundo, en España y en otros países de

---

<sup>124</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid 2010, p. 367.

modelo latino, el empresariado está siempre en la búsqueda de un mayor protagonismo y concentración de poder en sus manos, incluso por el hecho de las crisis económicas y de la competitividad en cada uno de esos modelos, se haber mostrado más adverso en el modelo de origen latina, el que hace con que los empresarios de este, ambicionen condiciones semejantes con los del mercado sajón. Por su vez, da parte dos trabajadores españoles, la intención es mantener el modelo y las conquistas ya aseguradas, de hay el repudio a los procesos de flexibilización.

Todo esto quiere decir que la flexibilidad, y las pretensiones de reformas laborales, en España y en los otros países del mismo modelo son más profundas o amplias que el de los países de origen o influencia sajona o anglo-sajona.

Tiene sido frecuente las manifestaciones que atribuyen un papel decisivo a las leyes laborales en orden a la creación de empleo y se pensar también que su acertado cambio constituye el principal modo de acabar con el desempleo y la crisis. Sin embargo, es cierto que “con las mismas reglas España ha sido, sucesivamente el país europeo más generador y destructor de empleos en tiempos no lejanos, lo que llama a la reflexión”<sup>125</sup>.

No es menos cierto que las normas deben actualizarse y adaptarse al contexto en que se circunscriben, pero de ahí pensar que los únicos responsables por los problemas de los mercados son los componentes del Derecho del Trabajo constituye un claro reduccionismo, y que en ello está la clave exclusiva para la solución de la crisis del empleo con su simples actualización, ha más ingenuidad que sabiduría.

En verdad es importante que la actuación de las personas, comenzando por quienes marcan la política laboral, pero desembocando en hasta el más modesto de los empresarios, trabajadores o asesores, pues poseen una relevancia práctica que se pone de relieve al comprobar la escasa virtualidad que han tenido recientes y pretenciosas normas sobre empleo sumergido, mejora de la empleabilidad, formación ocupacional, planes de choque, negociación colectiva, etc., que sólo estos factores son insuficientes para cambiar las cosas, es necesario cambiar las actitudes y criterios.

En la última reforma, 2012 se percibe la continuidad de varios aspectos de las de 2009, 2010 y 2011, pero los asuntos en aquella son tratados en la línea del modelo de flexiseguridad preconizada por instancias comunitarias, como se estudiará más adelante. El que ocurre es que, ahora, se insiste en la flexibilidad cuanto a aquellos aspectos a partir de otros presupuestos, o mismo de un nuevo paradigma en la búsqueda de alcanzar parámetros de algunos países nórdicos de Europa. Esta lectura ya se hacia cuando en este mismo capítulo se trató de la “deconstrucción del Derecho

---

<sup>125</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2012, p. 87.

del Trabajo”<sup>126</sup> y también de la “redefinición o refundación del Derecho del Trabajo”<sup>127</sup> y que en este trabajo de tesis tiene cabida por pretender asegurar a través de ello la efectividad de la participación en la empresa como imperativo de centro de poder.

Más allá de perseguir una línea de aproximación de otro modelo que se ha presentado como más resistentes a las periódicas crisis de la economía y vicisitudes del mercado de trabajo, sigue un hilo que por veces se rompe y después es retomado por el nuevo proceso de flexibilización o cuando no desreglamentación, propiciando verdadera discontinuidad en el proceso, que visto por el ángulo del modelo sajón es un avance, muchas veces comulgado bajo la influencia o interés de la patronal de libre mercado, pero en la óptica del modelo latino o hispánico es un retroceso del cual comulgan las entidades sindicales de modo general, calificándolos muchas veces como “el más grave atentado contra los trabajadores de todo el periodo democrático”<sup>128</sup> en España, pero, en la óptica empresarial es un pequeño avance. La llamada nueva reforma laboral afecta a instituciones nucleares de las relaciones laborales bajo el signo de la flexiseguridad, de inicio en el seno de la Unión Europea, hoy ganando espacio en España.

### 3.2. Reforma laboral de 2012 en España

El escenario en que se proyecta la intervención reformista es de profunda crisis de empleo, una grave desaceleración de la economía con retroceso en varios sectores productivos, una inestabilidad comprometedora en el mercado financiero, una brusca queda en las exportaciones y un avance desconcertante de productos importados de países de bajísimo coste social encabezado por China y otros países asiáticos, que amenazan no solo la economía española, europea y la mundial.

El RDL 3/2012 de 10 de febrero que inicia la “reforma de la legislación laboral”<sup>129</sup>, es sustituido en 6 de julio por la Ley 3/2012 que supone un importante, se diría mismo, un importantísimo y grave cambio en las normas laborales en España, cuyo contenido no se limita a unos simples retoque estéticos, como ocurrió con la de 2011, sino que abre unas nuevas dinámicas de flexibilidad que han de propiciar un cambio de la cultura de negociación en el seno de la empresa, sin todavía llegar a considerarse una ruptura con el espíritu del Estatuto de los Trabajadores y que no deja duda, que se está

<sup>126</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010.

<sup>127</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en el Derecho del Trabajo y razón crítica (obra dedicada al Prof. PALOMEQUE LÓPEZ), Salamanca 2004, p. 37 y ss.

<sup>128</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 19ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2011, p. 490.

<sup>129</sup> Reforma de la legislación laboral de 2012 en España, empieza con el Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero, (BOE 36 de 11 de febrero) y después es sustituido por la Ley 3/2012 de 6 de julio, (BOE 162 de 7 de julio de 2012).



ante la reforma con más entidades trabajadas y más profundamente de los últimos años, sin alcanzar los niveles de desregulación del mundo sajón es claro. A pesar de esto, esta reforma acerca España a aquellos países europeos que en razón de la flexibilidad interna en la vida de las empresas, mejor han capeado los envites de la crisis.

#### a) Debilidad del modelo laboral y la rigidez del mercado

Algunos doctrinadores destacan en esta reforma española el esfuerzo para flexibilizar unas relaciones laborales excesivamente rígidas y “responsables, al menos en parte, de la masiva destrucción de empleo padecida por nuestra sociedad”<sup>130</sup>.

Muchos expertos, tanto nacionales como internacionales coincidían en el diagnóstico de que la rigidez de las leyes no dejaba para las empresas otra vía de adaptación a los ciclos económicos más que la de los despidos más costosos, mientras que la norma y cultura de negociación de otros países europeos había ya abierto las puertas a diferentes y eficaces vías de adaptación, a las que ahora procura se acercar la norma española modificada.

La norma reformadora se encarga, sin ambages, de presentar el hilo conductor del esquema argumentativo de la debilidad del modelo laboral y la rigidez de mercado español al apuntar tres puntos que se asienta las afirmaciones “traducidas”<sup>131</sup> por el doctrinador de la siguiente forma: primero, que la crisis económica, especialmente grave en su duración y consecuencias en España, ha puesto de manifiesto que el modelo laboral español está aquejado por problemas estructurales severos que afectan a sus fundamentos y que han conducido a su insostenibilidad certificada. Por segundo, los intentos llevados a cabo hasta el momento, anterior a la última reforma, para corregir esta situación han resultado ciertamente fallidos, si se toman en cuenta las “cifras de paro”<sup>132</sup> que la economía exhibe en el presente y, a pesar de que las iniciativas reformadoras precedentes, de uno y otro signo político hay que entender, estuvieron orientadas en la buena dirección. Por tercero, en la conclusión de los autores de la reforma ha llegado la hora de acometer la gran reforma necesaria del ordenamiento laboral que la grave situación económica requiere, una reforma de envergadura que debe revertir de una vez la situación, que ha sido reclamada por

<sup>130</sup> PIMENTEL SILES, M., *Prólogo de Una nueva dinámica para nuestra relaciones laborales, a la obra Reforma laboral 2012 (RD-L 3/2012)*, Memento experto, Ediciones Francis y Taylor, Madrid 2012, p. 9.

<sup>131</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 28.

<sup>132</sup> Vd. Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población Activa, EPA. Desempleo en el año de 2007, 1.883,9 personas a una tasa de 8,3%; en 2008, 2.590,6 personas a una tasa de 11,3%; en 2009, 4.149,5 personas a una tasa de 18,0%; en 2010, 4.632,4 personas a una tasa de 20,1%; y en 2011, 4.999,0 a una tasa de 21,6%.

organizaciones económicas de dentro y fuera del país y que, a fin de cuentas, el nuevo Gobierno y su reforzado crédito electoral puede abordar con decisión.

No es exagerado afirmar que la Ley 3/2012 de 6 de julio produce un cambio estructural con consecuencias aun no previsibles a despecho de toda la predicación que le es dado, por introducir mudanzas de gran calado e importancia en las principales instituciones que configuran las relaciones laborales en España.

La política legislativa diseñada desde el principio dejaba a las claras su propósito general, que a partir de un diagnóstico que se incorpora de modo contundente al discurso legislativo en el preámbulo de la norma enfatizando que “La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español”. A respecto de ser una crisis económica internacional, su gravedad en España se juzga sin precedentes, al haberse “destruido más empleo, y más rápidamente, que las principales economías europeas” y alcanzado al final de 2011, más de cinco millones doscientos mil desempleados y la inaceptable tasa de paro del 22,85% de la población activa española, según Encuesta de Población Activa hecha por INE.

#### b) Claves de la reforma laboral de 2012 y la flexiseguridad

La Reforma Laboral de 2012 se inaugura con la promulgación del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con entrada en vigor en 12 de febrero de 2012, día siguiente a su “publicación”<sup>133</sup>. Cumpliendo la propuesta de sus autores el RDL es sustituido por la Ley 3/2012 de 6 de julio, que convalida e introduce algunos cambios respecto de su predecesor y que en este trabajo por cuestión de tiempo registrase que se mantiene básicamente igual el contenido del acto anterior, RDL 3/2012, cuyos cambios más relevantes versan sobre: despido; indemnización a cargo del FOGASA; aplicación de art.15.5 ET sobre contratos temporales; suspensión de contrato o reducción de jornadas; contrato de trabajo por tiempo indefinido, apoyo a los empleadores; bonificaciones de cuotas de trabajos en practicas; y formación profesional.

Todavía, cabe registrar, porque tratado en este trabajo de tesis, mismo que de forma sucinta, la Ley 3/2012 introduce nuevos cambios en el art.82.3 del ET, relativo a la posibilidad de inaplicación de las condiciones previstas en convenio colectivo para determinadas materias y cuanto a la ultraactividad de los convenios, en el art. 86.3 del ET reduce de dos años para un el plazo, desde la denuncia del convenio, para la pérdida de vigencia del mismo.

---

<sup>133</sup> Vd. Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero publicado en el BOE número 36, de 11 de febrero.

En un momento de gran expectativa y aprensión fruto de la grave crisis y de un nuevo gobierno recién electo, doctrinadores, partidarios o detractores resaltan virtudes o defectos de las normas impuestas por la nueva reforma, todavía el que nadie puede negar es que ella puede ser clasificada como una “norma muy relevante, valiente, compleja y polémica”<sup>134</sup>. En que pese la enunciada urgencia de la medida, ella demuestra no haber tenido una gestación improvisada y de atropello, pero si, responde a una lógica bien definida y pensada que afecta a instituciones nucleares de las relaciones laborales como ya se ha afirmado.

A pesar del recurso a la norma excepcional bajo el fundamento en el art. 86 CE, por razones de extraordinaria y urgente necesidad justificante del uso de Decreto-Ley, y después del recurso a la Ley que le convalida, cuando de la posterior tramitación parlamentaria del mismo proyecto legislativo, pero con algunos cambios, cosa que no es invención de ahora, motivado por la situación del mercado laboral español y la ausencia de un verdadero pacto social. Por cierto es un proyecto madurado de política gubernamental que ha hecho la opción por instrumentar una reforma integral de las instituciones laborales. Aunque la valoración utilizada pueda ser cuestionada por amplios sectores sociales, la reforma es presentada como “necesaria, justa y equilibrada”<sup>135</sup>, según ciertas “razones”<sup>136</sup> por sus autores.

El propósito de la reforma, al igual que algunas de sus precedentes establecidas en los últimos tiempos, es la actuación inmediata de los poderes públicos contra la crisis económica y sus consecuencias desastrosas en el mercado de trabajo, que tiene en el parao forzoso el más grave y dañoso de sus efectos, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo en España.

Así es que, el marco regulador de las relaciones de trabajo, otra vez es el objeto de la flexibilización visando la creación de empleo, como identifica el doctrinador en el preámbulo del RDL 3/2012, a través de “un singular trueque semántico utilizado por la norma, ‘el objetivo es la flexiseguridad’ y que es mantenido pro la Ley 3/2012. Es decir,

---

<sup>134</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2012, p. 97.

<sup>135</sup> Son expresiones presentes en la exposición de motivos diseñados por el gobierno del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero.

<sup>136</sup> Exposición de Motivos RDL 3/2012. “El Gobierno encarna y sirve a los intereses generales y tiene la obligación de garantizar y satisfacer los intereses de todos aquellos que estén buscando un empleo. La reforma trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Esta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”.

la flexiguridad que proponen las fuentes de la Unión Europea convertida para nosotros en objetivo político mismo de la reforma"<sup>137</sup>.

En la raíz de la expresión "flexiseguridad"<sup>138</sup> está un importante debate público acerca de la modernización del Derecho del Trabajo, en la Unión Europea, con vistas al mantenimiento de los objetivos de la Estrategia de Lisboa de crecimiento sostenible de la economía, tema trabajado en el ámbito de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Libro Verde, como modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, Bruselas, 2006. En estos términos el documento plantea la "función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una flexiguridad que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva", dicho de otra forma, el "reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos".

Apuesta la actual reforma laboral, en su decir, preámbulo II, según párrafo del RDL 372012,

por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo; entre las tutelas que operan en el contrato de trabajo de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo, etc...

La clave de esta reforma laboral está en la flexiseguridad por ella anunciada y asumida. Y lo hace en el sentido más sencillo, como un sistema que ya viene funcionando en los países nórdicos – básicamente en Dinamarca, Finlandia y Holanda – donde hace años vienen presentando excelentes resultados, principalmente en relación a la bajísima tasa de desempleo de esos países, muy diferente del que ocurre en España.

Los pilares básicos de la flexiseguridad y que están presentes en esta reforma laboral son los siguientes: - mayor facilidad para la contratación y despido de los trabajadores; - protección social adecuada para los desempleados; - establecimiento de un régimen de derechos y deberes para éstos al objeto de acceder adecuadamente, y sin fraude, a la citada protección social.

El que, en resumen, se podría decir, que facilita la salida para que, en términos argumentativos de los reformadores, se pierda el miedo las empresas a la entrada, en la

---

<sup>137</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Dir.). Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid 2012, p. 30.

<sup>138</sup> La expresión en forma apocopada flexiguridad es de uso común en la Unión Europea (Libro Verde), pero la preferida por la doctrina en España y bajo análisis es la grafiada como flexiseguridad.

hora de la contratación; y, de la parte del trabajador, pierda el miedo en la salida, pues como ocurre en los países nórdicos, el mercado le ofrece otros puestos de trabajo.

Ya hace algún tiempo que la doctrina en España viene tratando de la flexiseguridad de la cual es ejemplo claro la apuesta que se hace por este modelo de relaciones laborales novedoso y progresista cuando argumenta el doctrinador: “No se trata de copiar miméticamente sistemas que funcionan en otros países con idiosincrasia diversa a la nuestra, sino de estudiar aspectos que puedan ser aplicados en nuestro país sin un coste excesivo para que el trabajador progrese hacia mejores empleos a través de una movilidad ascendente y de un desarrollo óptimo de los talentos”<sup>139</sup>.

Muchos tienen sido las aportaciones al tema de la flexiseguridad y de aquellos que apostaban por esta vía para el desarrollo y regulación de las relaciones laborales, pero, también, hoy se hacen severas críticas frente a la cultura de la seguridad normativa ofrecida por el ordenamiento, que puede quedar amenazada. Todavía, con el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 que lo convalida se queda clara la apuesta por la flexiseguridad que se destacan en por lo menos tres claves: - el abaratamiento del despido; el estímulo al emprendedor/PYMES – base del tejido empresarial en España – preservando el talento y la formación de los trabajadores y; - la modificación integral de la negociación colectiva acercándola a la empresa. Prevalencia del convenio de empresa frente al sectorial para la regulación de las relaciones laborales.

Con las medidas adoptadas en la reforma de 2012, se puede estar de acuerdo o no, pero que nadie podrá negar es que se encuentra delante de la más profunda reforma laboral hecha en la última década.

c) ¿Es posible la creación de un horizonte de seguridad jurídica que resulte en confianza para la recuperación del empleo?

En un análisis investigativa desde la propia forma del RDL y la Ley de reforma laboral de 2012, se puede percibir, como afirma el doctrinador, que

los cambios están llenos de posibilidades interpretativas; la redacción de los preceptos es generalmente mejor que la precedente; la ordenación por bloques temáticos parece artificiosa; la extraordinaria y urgente necesidad que todo Real Decreto-Ley exige no concurre respecto de algunas materias; constituye un lógico reduccionismo de primera hora considerar a la norma meramente abarataadora y facilitadora del despido, del mismo modo que una ilusión pensar que *per se* generará masiva creación de empleo<sup>140</sup>.

<sup>139</sup> ORTEGA FIGUEIRAL, E., *Flexiseguridad*, artículo publicado en el Diario Económico Expansión, en el día 28 de abril de 2008.

<sup>140</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2012, p. 110.

Es innegable que el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 que lo convalida, tal cual como hicieron a la Ley 35/2010 o el RDL 7/2011, moderniza y aborda cuestiones de actualidad, al tiempo que introduce medidas relevantes para el sistema de relaciones laborales. De la misma forma que entonces, la contestación sindical, la crítica de los estudiosos, el desdén de los observadores, la impugnación de otras fuerzas políticas o las reclamaciones empresariales son reacciones tan lógicas cuanto inocuas a la hora de examinar y aplicar una norma con rango de Ley y la Ley que le sigue, por ello mismo, solo la medida que sea declarada contraria a la Ley Fundamental por el Tribunal Constitucional español podría tornarse inaplicable.

Cuanto al su alcance, la reforma, a la vista de las materias que modifican y la intensidad de los cambios, está siendo considerada por algunas voces un nuevo modelo de relaciones laborales, lo que aún es sin duda un exagero, o que las modificaciones actuales tendrían alcance emparentado con las del año de 1994.

El que pretende el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 es que el trabajador abandone en buena medida su condición de contratante débil; que los sindicatos, aunque reforzados en la empresa, pierdan también – los más representativos – importantes prerrogativas como la exclusividad en la formación, negociación sectorial; en fin, la Administración asuma la mayoría de edad de la regulación de empleo y abandone controles propios de otra época, de entre los cuales los despidos colectivos y los traslados.

Resulta que al eliminar cautelas, autorizaciones, prohibiciones, garantías, automatismos o generalizaciones, aumenta la importancia del asesoramiento técnico para todos los implicados, es decir, cada vez más la asistencia de profesionales especializados pasa a ser más decisivo, porque la realidad depende cada vez menos de lo que digan las normas heterónomas y más de las prácticas, acuerdos o convenios.

Por su vez el equilibrio que afirma perseguir la norma, quizá se corresponde con el hecho de que hay facetas inicialmente más “favorables para empleadores y otras para los trabajadores”<sup>141</sup>, pero de ahí como afianza la exposición de motivos, existir un equilibrio, ha una gran distancia.

Todavía, mal puede aceptar el colectivo asalariado la privación de salarios de tramitación, facilitación de los despidos objetivos y colectivos, introducción de elevadas dosis de flexibilidad interna, tornar dispositiva la vigencia de convenios sectoriales, privatización de la intermediación laboral, minoración de indemnizaciones u otras varias medidas. El que se pasa es que la norma piensa en una perspectiva distinta, es decir, que introduciendo esas parcelas de flexibilidad se paralizará la

---

<sup>141</sup> La Exposición de Motivos del RD-L 3/2012, insiste en que “la reforma laboral que recoge este Real Decreto-Ley es completa y equilibrada y contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país”.

destrucción de empleo y facilitará la generación de nuevas contrataciones, por lo menos este es el argumento, la duda que muchas veces asombra algunos es, se esto se concretizará así.

Por su vez aparecen medidas inicialmente gravosas o intervencionistas para las empresas, como es el caso del nuevo permiso retribuido de formación, limitaciones a retribuciones de directivos, abono del coste de los ERES en ciertos casos, judicialización en el orden social, la causa extintiva y otras.

Por cierto es prematuro una evaluación sobre confianza y seguridad jurídica para la recuperación del empleo, pero existen señales que no pueden ser olvidados, como es ejemplo las movilizaciones sindicales posteriores a la promulgación del RDL, la consciencia de la singularidad del momento que se vive, el deseo de aunar apoyo de otras fuerzas parlamentarias o la sensibilidad hacia ciertas deficiencias de la regulación, ellos hacen surgir la duda sobre los términos en que finalmente han saldado a la luz por la Ley 3/2012, concordante con algunos cambios en relación a la reforma ya iniciada, como ha ocurrido con las reformas anteriores. Por lo menos de la Unión Europea han venido señales de aprobación de la reforma laboral de 2012.

Además, es evidente que una reforma laboral sin más, no va a variar las cifras de paro de un día para otro, en realidad a corto plazo continuarán aumentando, principalmente si los bancos – la gran asignatura pendiente – no inyectan crédito a las compañías y no se reactiva el consumo muy castigado en esta crisis que ya dura demasiados años.

Ahora bien, el que esta reforma precisa ofrecer desde el mismo día de su publicación es algo muy importante: confianza. Así es que confianza junto con seguridad jurídica es lo mínimo que se espera dar a aquellos que deben contratar – empresas, emprendedores o autónomos – y a aquellos que pretenden ser contratados por los anteriores. La palabra de orden debe ser que todos remen en la misma dirección, este es el momento de dar oportunidad a nueva reforma laboral, misma que tenga de hacer algunas correcciones de rumbo, sin perder su hilo conductor.

La decantada necesidad de una reforma inmediata y profunda, que el RDL 3/2012 afirma incorporar y que es confirmada pela Ley 3/2012, precisa ser la respuesta adecuada a la creación del horizonte de seguridad jurídica, pues sólo este, como afirma la exposición de motivos del RDL 3/2012, puede abordar las deficiencias estructurales del sistema, puesto que las “anteriores y bien intencionadas medidas adoptadas desde el inicio de la crisis para reformar el mercado laboral español se han revelado insuficientes e ineficaces para conseguir crear empleo”, y proporcionar a los operadores económicos y laborales el dicho horizonte en el que puedan desenvolverse para conseguir recuperar el empleo. El que se requiere a fin de cuentas es, la adopción urgente de medidas “para generar la confianza necesaria para que los agentes

creadores de empleo realicen nuevas contrataciones y opten por aplicar medidas de flexibilidad interna antes que destruir empleo". Con la actual reforma laboral "se pretende crear las condiciones necesarias para que la economía española pueda volver a crear empleo y así general la confianza necesaria para los mercados inversores".

d) La ausencia de la concertación social y la deslegitimación sindical de la reforma

Diferentemente de otros países de Europa, España ha conseguido al largo de su trayectoria político-democrática varias buenas experiencias de concertación social, que incluso le ha propiciado un difícil, pero seguro pasaje de un régimen autoritario a la democracia y en muchas oportunidades ultrapasar con relativa seguridad y tranquilidad momentos tormentosos de crisis. Pero, no tiene sido así en los últimos años con esta profunda y duradera crisis de cuño económico-financiera, generadora de la más grave tasa de paro jamás alcanzada antes.

El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años de 2012, 2013 y 2014 registrado por la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo y publicada en el BOE de 6 de febrero de 2012, venía dar continuidad a una secuencia de pactos anteriores solo no alcanzado en 2009 y que sustituye el anterior Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 2010, 2011 y 2012, promovidos por pactos bilaterales.

Mismo teniendo el nuevo gobierno valorado positivamente eses II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, por considerarlo dentro de la senda de moderación exigida por la situación económica del momento, todavía tendría la convicción y advertía que la reforma laboral que se proponía de inmediato iría mucho más lejos del establecido en el acuerdo. Mientras que, el contenido de la iniciativa gubernamental reformadora, no era conocida de las entidades sindicales y organizaciones empresariales, pues había absoluta reserva a respecto de su contenido, y que no fue ni objeto de consulta previa a las partes sociales. Con un encaminamiento de este modo, el Consejo de Ministros aprobaba la reforma laboral anunciada en reunión de 10 de febrero y publicado al día siguiente con el Real Decreto-Ley 3/2012 y que en julio es convertida en la Ley 3/2012.

Las reacciones de las partes sociales no han tardado mucho, en cuanto las organizaciones empresariales recibían la norma con satisfacción por ver en ella muchas de sus antiguas aspiraciones, sin olvidar que también trae algunos encargos. También, ha habido manifestaciones de otros foros económicos nacionales y externos demostrando que comulgaban de una buena recepción a la nueva reforma laboral. Por su parte, las entidades sindicales hacían público su rechazo firme a las principales medidas adoptadas, por considerarlas lesivas para los intereses de los trabajadores y recortadoras de algunos de sus derechos, al tiempo que anunciaban una movilización



creciente contra la reforma, que comenzaba ya con las manifestaciones habidas el domingo, 19 de febrero, en las principales ciudades del país, invitando al gobierno a reconsiderarla en el trámite de discusión parlamentaria del proyecto legislativo de a seguir.

Así es que para las entidades sindicales en muchos de sus discursos, la reforma del RD-L 3/2012 a despecho de poder ser legal, pierde la legitimidad en la medida que ha excluido la representación de los trabajadores del proceso de pactar, y por lo menos discutir el contenido de la reforma, porque lesivo al trabajador. Y mismo así es convalidada por la Ley 3/2012 con algunos cambios.

### 3.3. Desplazamiento del peso de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa y su reflejo sobre participación y representación

Más allá de un mudanza en las normas laborales en España el RDL 3/2012 y la Ley que lo siguió representa la abertura de una nueva dinámica de flexibilidad que podrá proporcionar un verdadero cambio de la cultura de negociación en el seno de las empresas, todavía sin llegar a ser considerada una ruptura con el espíritu del Estatuto de los Trabajadores, como ya se ha afirmado.

En términos de cambios que promueve, esta reforma laboral es la que puede generar consecuencias más drásticas para los trabajadores, principalmente cuando desplaza el peso de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa, en detrimento de la negociación sectorial.

Por su vez los efectos de la iniciativa reformadora de reforzar el poder individual del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, al realizar una flexibilización interna al tiempo en que erosiona el poder contractual colectivo de los trabajadores, puede tener amplios reflejos en la representación de los trabajadores en la empresa y, por su vez, en la participación del trabajador en la empresa como todo, el que está a requerir un estudio más profundizado, que aquí se limitará a la convención colectiva de trabajo, como un de los más influentes mecanismos de esta reforma, por las consecuencias que puede traer para el trabajador y al interés del tema de esta tesis.

#### a) La negociación colectiva a luz de la reforma de 2012

Tradicionalmente en España el proceso de negociación colectiva es preferencialmente sectorial, no habiendo impedimento que ocurriera en la empresa cuando reunir medios para hacerlo, esto es, atendiendo a los requisitos legales, pero

ahora esto ha cambiado, con las medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas.

#### 1) Antecedentes y objeto de la reforma en relación a los convenios colectivos

Los convenios colectivos sectoriales han supuesto frecuentemente una barrera infranqueable para las empresas que pretendían adoptar determinadas condiciones de trabajo de sus empleados a las cambiantes circunstancias económicas y productivas a las que deben enfrentarse.

Un avance ha representado la reforma laboral de 2010 al introducir una regulación autónoma y más completa de las modificaciones de condiciones de trabajo establecida en convenio colectivo estatutario, lo que permitía evitar confusiones con otro tipo de modificaciones sustanciales de condiciones. Todavía esta regulación se ha revelado insuficiente para dotar de la necesaria flexibilidad a las empresas, al limitar por un lado las materias que podía modificarse y al exigir el acuerdo con los representantes de los trabajadores como única vía para acometer este tipo de modificaciones.

Con esta experiencia es que se establece el objeto de la reforma introducida por el RDL 3/2012, y dado continuidad por la Ley 3/2012, en materia de convenio colectivo, es ampliar las posibilidades de modificación de condiciones establecidas en convenio colectivo en situaciones de adversidades empresarial, introduciendo una amplia lista de materias que se pueden modificar y la posibilidad de recurrir a mecanismos de solución de conflicto de interés a falta de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores.

#### 2) El alcance de la reforma

Los convenios colectivos estatutarios, o sea los regulados por el Título III de la LET, tuvieron modificadas las condiciones en el establecidas y que deberá ahora realizarse conforme al precepto del art. 82.3 LET, modificado por el art. 14.1 del RDL 3/2012, en el relativo a la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo y nuevamente por la Ley 3/2012. Por tanto, las reglas de la LET, art. 41 modificadas por el RDL 3/2012, art. 12.1 dejan de ser aplicables para las modificaciones establecidas en convenio colectivo estatutario, confirmado por la Ley. Resulta que las modificaciones del art. 82.3 LET, llevadas a cabo también por el RDL 3/2012 y Ley 3/2012, producen cambios sobre los siguientes aspectos: - cuanto a ampliación de materias sobre los que cabe la modificación; - cuanto a la especificación de causas para aplicar las modificaciones; - cuanto al procedimiento con introducción de un nuevo mecanismo de solución de falta de acuerdo.

### 3) Modificaciones introducidas en materia de negociación colectiva

La reforma de la negociación colectiva llevada a cabo por el art. 14 del RDL 3/2012 y convalidado por la Ley 3/2012, da nueva redacción a los arts. 82, 84, 85, 86 y 89 de la LET.

A efecto, el art. 82.3 LET modificado por el art. 14.1 del RDL 3/2012 y confirmado por la Ley 3/012, da cabida en él a todas las formas de flexibilidad interna en la empresa, no sólo en el descuelgue salarial, como ocurría antes, que suponen alteración de lo pactado en el convenio colectivo por la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable.

Por su vez el RDL 3/2012, confirmado pela Ley 3/2012, proceded a dar nueva redacción al art. 84 LET por medio del art. 14.2 y 3, al objeto de consagrar la prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo de empresas o para una pluralidad de empresas con vínculos organizativos y productivos nominativamente identificadas, respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en una serie de materias importantes.

La nueva redacción del art. 85 LET, modificado por el art. 14.4 del RDL 3/2012 ratificado pela Ley 3/2012, tiene el objeto de racionalizar aquellos contenidos que los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo.

La otra modificación es del art. 86 LET hecha por el art. 14.5 y 6 del RDL 3/2012 y Ley 3/2012 que tiene como objeto aclarar el régimen jurídico de la revisión del convenio durante su vigencia y de poner un término a su aplicación ultraactiva.

Finalmente es dada nueva redacción al art. 89 LET, modificado pelo art. 14.7 del RDL 3/2012 y Ley 3/2012, para eliminar el plazo máximo de negociación del convenio colectivo.

La reforma del Título III ocurre después de transcurrido muy pocos meses desde la amplia reforma del sistema de negociación colectiva por el RDL 7/2011 y que gran parte de los objetivos de la actual reforma tienen que ver con una revisión de 2010, especialmente en el tocante a algunos “temas claves”<sup>142</sup> sobre prioridad, vigencia, prioridades de convenios colectivos, etc.

- Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial (LET art. 84.1 y 2 modificado por RDL 3/2012, art. 14.2 y 3 que es confirmado en 6 de julio por la Ley 3/2012)

---

<sup>142</sup> Vd. Para profundizar sobre estos temas claves el Memento Experto. *Reforma laboral 2012, RDL 3/2012*. Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012, pp. 103 y 104.

La reforma del art. 84 LET en sus diversos aspectos tiene un mismo objetivo que es dar preferencia a la negociación colectiva de ámbito empresarial, para tanto utilizase de: criterios de prioridad temporal; conversión de la prioridad aplicativa a los convenios empresariales, incluyendo grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productiva y nominativamente identificadas, y así convertir el que se refiere la LET, art. 87.1, en norma imperativa, con la entrega de todo el poder de negociación al convenio de empresa en las materias relacionadas con la flexibilidad en las condiciones de trabajo, sin que un acuerdo interprofesional o convenio o acuerdo sectorial pueda establecer un régimen distinto.

Así es que, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresas tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las “materias que menciona”<sup>143</sup>.

También tendrá prioridad aplicativa los convenios empresariales respecto de aquellas otras materias, distinta de las listadas anteriormente, en que así lo dispongan los acuerdos interprofesionales y los acuerdos y convenios sectoriales estatales o autonómicos, por la nueva redacción del art. 84.2.g), modificado por el art. 14.3 del RDL 3/2012 y convalidada por la Ley 3/2012.

Determina aún la reforma que esta prioridad aplicativa es de aplicación inmediata, de manera que no sólo no puede un convenio sectorial posterior a 12 de febrero de 2012 disponer lo contrario, sino que también aquellos convenios sectoriales anteriores a esa fecha que dispusieran la prioridad aplicativa de los propios convenios sobre los de empresa quedan afectados por la nueva regla de prioridad del convenio empresarial, siempre en relación a las materias referidas anteriormente.

De esta forma, se queda configurada una “orden de prioridad de los convenios”<sup>144</sup> según las materias, de que trata.

---

<sup>143</sup> Materias que menciona el RDL 3/2012: las cuantías del salario base y de los complementos salariales, pero no incluye los conceptos extra salariales; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, todavía no se queda incluido la duración máxima de la jornada anual, mensual, semanal y diario; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la LET a los convenios de empresa; y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, que es coherente con la negociación de planes de igualdad y medidas de igualdad entre mujeres y hombres en el nivel empresarial.

<sup>144</sup> Resulta del RDL 3/2012 el orden de prioridad de los convenios: Primero, el convenio colectivo empresarial - de empresa, de grupo o de pluralidad de empresas nominativamente identificados - para las materias en que tiene prioridad aplicativa. - Segundo, el convenio colectivo estatal para las materias no negociables - salvo pacto en contrario en acuerdo o convenio estatal - en el ámbito autonómico, cuales sean: periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de prevención de riesgo laborales y movilidad geográfica, con la matización de que algunas de esas materias pueden ser adaptadas a la empresa con

Así es que en materia de prioridad aplicativa, los convenios colectivos ya acumulan una significativa trayectoria, que empieza con la reforma laboral de 1994, al iniciar la descentralización de la estructura de la negociación colectiva, pasando posteriormente por una corrección efectuada por la reforma de 2011, para culminar en 2012, dando prioridad absoluta, en materias más relacionadas con la flexibilidad, a los convenios de empresa, liberándolas de condiciones que pudieran establecerse por acuerdo interprofesional.

- Contenido mínimo del Convenio Colectivo (LET art. 85.3, modificado por RDL 3/2012, art. 14.4 que es ratificado por la Ley 3/2012)

Con el intuito declarado de simplificar y reducir en distintos sentidos, en relación a inclusiones en 2011, el apartado 3, art. 85, LET es modificado, realizando una mejora técnica en el precepto, eliminándose las menciones supletorias a la falta de regulación en el convenio, lo que resulta contradictorio con el propio concepto de contenido mínimo obligatorio.

Los “cambios introducidos”<sup>145</sup> son: la letra c) adapta su literalidad a la nueva regulación que prevé para la modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario; se eliminan todas las referencias que, en forma de norma supletoria, es decir contradictoria con la naturaleza obligatoria de las menciones mínimas en convenio, se habían introducido en la reforma de 2011, sobre planos mínimos para denunciar el convenio, o plazos máximos para iniciar una negociación y negociar un nuevo convenio; se elimina la enumeración de las cuestiones que en particular debían ser atribuidas a la Comisión paritaria, simplificándole las competencias; se elimina la exigencia de incluir en los convenios la regulación de medidas para contribuir a la flexibilidad interna de las empresas.

Por esta reforma el “contenido mínimo del convenio colectivo”<sup>146</sup> queda reducido a los que enuncia. Además, es obligatorio negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad entre ellos.

---

prioridad aplicativa del convenio empresarial como las modalidades de contratación y clasificación profesional. - Tercero, el convenio colectivo de Comunidad Autónoma para todas las materias, salvo la prioridad aplicativa del convenio empresarial y salvo las reservadas al ámbito estatal. - Cuarto, los convenios colectivos empresariales y provinciales para las demás materias.

<sup>145</sup> Vd. Cambios introducidos en el art. 85.3 LET por el RDL 3/2012 por el art. 14.4, mejor detallado en Memento Experto. *Reforma laboral 2012, RDL 3/2012*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012, pp. 106 y 107.

<sup>146</sup> Contenido mínimo del convenio colectivo pelo RDL 3/2012: la determinación de las partes que lo concertan; la fijación de su ámbito personal, funcional, territorial y temporal; la estipulación de los procedimientos de resolución de disputas en materia de inaplicación empresarial de convenio colectivo como en los descuelgues; la concreción de la forma y condiciones de denuncia, incluido el plazo; y la designación de una comisión paritaria, con sus funciones y régimen de procedimientos y actuación.

- Vigencia del convenio colectivo

Tanto la reforma laboral de 2011 cuanto esta de 2012 se refieren a las posibilidades de revisión del convenio colectivo durante su vigencia y a la limitación de su ultraactividad una vez denunciado.

Las posibilidades de revisar el convenio durante su vigencia ya era tratado por el art. 86.1 LET y que fue modificado por el art. 14.5 del RDL 3/2012 y convalidado por la Ley 3/2012, en su redacción se mantiene la máxima de que las partes firmantes tienen absoluta libertad para decidir cuál va a ser la duración del convenio colectivo, así como para establecer distintos periodos de vigencia, a modo de escalonamiento, con la única condición cuando verse sobre materias homogéneas para no ocasionar desajustes en la aplicación del convenio. Así se queda permitida la revisión del convenio colectivo o de algunas de sus partes durante su vigencia, con el único requisito de que se efectúe por los sujetos legitimados, sin concurrencia de circunstancia alguna, y sin necesidad de que la misma estuviera ya prevista con antelación.

Por su vez la limitación de la ultraactividad del convenio prevista en el art. 86.3 LET es modificado por el art. 14.6 del RDL 3/2012 y convalidado por la Ley 3/2012, sobre la extensión de la vigencia del convenio denunciado que no llegó hasta el punto de fijar una fecha determinada para el decaimiento total de su aplicabilidad, pero sufre modificación en 6 de julio por esta Ley.

Por la norma reformada el convenio colectivo perdía vigencia una vez transcurrido dos años desde su denuncia sin que se hubiera acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, de manera que, hasta que llegase ese momento, se aplicaba las previsiones de los párrafos dos y tres del art. 86.3 LET, que mantenían, salvo pacto en contrario, la vigencia de todo el convenio colectivo, excepción hecha a cláusulas convencionales de renuncia a la huelga, y que ofrecían una serie de soluciones incluidas por la reforma de 2011.

Sin embargo, esta novedad sobre la ultraactividad no ha sido introducida como norma imperativa, es decir, sin que permita pacto en contrario. Así es que la diferencia con la regulación anterior, en defecto de pacto, cambia la regla supletoria que ofrece la ley, que ahora es la pérdida de vigencia del convenio dos años después de su denuncia, en lugar de su ultraactividad *sine die*, y que ahora con la Ley 3/2012 es modificada otra vez, para apenas un año después de su denuncia.

Para evitar el vacío convencional, el RDL 3/2012 ahora su Ley 3/2012, recoge una regla por la que, desaparecido el convenio deberá aplicarse "si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación", pero se no existir tal convenio, parece claro que las relaciones laborales pasarán a regirse directamente por la normativa estatal imperativa, lo que no excluye que de manera voluntaria las empresas

acuerden el mantenimiento transitorio de determinadas condiciones que traigan causa del convenio ya expirado, a fin de no precipitar la caída de las condiciones a los puros mínimos legales.

Por su vez los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en 12 de febrero de 2012, el plazo de dos años se aplica igualmente, con la única matización de que el plazo empezará a computarse a partir de aquella fecha y no a partir de la fecha de la denuncia, disposición transitoria 4ª del RDL 3/2012 y que sigue con la Ley 3/2012.

Ahora bien, la nueva regla legal de expiración definitiva del convenio colectivo tiene una importancia decisiva en el sistema español de relaciones laborales, pues hasta el momento, la ultraactividad indefinida ha sido una regla que ha proporcionado importante ventaja negociadora a la parte sindical, al tener garantizados los trabajadores el mantenimiento de las condiciones del anterior convenio colectivo, que podía, de este modo, servir de plataforma de salida para adicionales reivindicaciones laborales.

En definitivo, el fin de la ultraactividad indefinida sitúa a la parte negociadora trabajadora en una posición relativa de menor fortaleza, ya que al aproximarse la fecha definitiva de expiración, el incentivo a acordar y cerrar el convenio colectivo se acrecienta mayor urgencia.

La reforma laboral actual, cuanto al convenio colectivo, disloca el eje de todo el poder negociador para el convenio de empresa o de grupo de empresa y otras figuras, de tal forma que a través de ello se puede vaciar el poder que tendría el convenio colectivo sectorial, sea el estatal, o de comunidad autónoma. Sin embargo, de esta situación resulta un enflaquecimiento del derecho de participación y de la representación de los trabajadores en la empresa, y que requiere un estudio a seguir.

#### b) Erosión del poder contractual colectivos de los trabajadores

Es posible que la medida de mayor impacto, o mismo de más difícil determinación de los efectos que puedan resultar, fruto de los cambios introducidos por la reforma laboral de 2012, y que ha atingido el punto vital del poder colectivo del trabajador, o mejor, su contrapoder. Contrapoder este representado pela capacidad de negociar normas y condiciones de trabajo, en pie de igualdad con el empleador, que, en un día ya muy lejano fue instituido como poder de los trabajadores, bajo la presión por ellos ejercida sobre el Estado liberal, a ponto de éste intervenir en la llamada cuestión social generada por el poder absoluto del empresario, y que, de esta intervención ha resultado el majestoso cuerpo jurídico laboral, fundado en el paradigma tuitivo y que ahora, con esta reforma, a no ser la esencia de su parte fundamental, puede ser manejado por una norma negociada en circunstancia que pude ser totalmente adversa

al trabajador, dentro de un amplio poder atribuido a la convención colectiva de empresa, cargada esta con una blindaje jamás atribuida a cualquier de los derechos de los trabajadores, por más candente que lo sea.

Mismo en este corto espacio de tiempo es posible se sacar una certeza de esa última reforma, que es la erosión de poder contractual colectivo de los trabajadores, pues, visible desde luego en las modificaciones legislativas del sistema de negociación colectiva, como afirma el doctrinador, cuando menos en los “siguientes aspectos institucionales básicos”<sup>147</sup> de la legislación laboral:

- La generalización de la inaplicación en la empresa de las “condiciones de trabajo”<sup>148</sup> establecidas en el convenio colectivo de aplicación a la misma, sea éste de sector o de empresa, en tanto que dicha posibilidad legal se limitaba hasta ahora exclusivamente al régimen salarial previsto en los convenios de ámbito superior a la empresa. La inaplicación habrá de ser decidida “por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores” en la misma, estableciéndose en último término el recurso a un arbitraje obligatorio ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano correspondiente de las comunidades autónomas), al que cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias, en caso de no haberse alcanzado aquel acuerdo tras el obligado y previo período de consultas.

- La configuración legal de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, antes analizado, es establecido en la reforma, como regla absoluta, imperativa (no dispositiva como hasta ahora) e indisponible (los acuerdos marco estructurales no podrán disponer de la prioridad aplicativa). Esta norma consagra, a fin de cuentas, la degradación de la negociación colectiva sectorial de condiciones de trabajo y con ella, por tratarse ésta de un elemento esencial del conjunto (la negociación colectiva, o es sectorial, como marco mínimo en distintos ámbitos territoriales para acuerdos descentralizados, los de empresa entre ellos, o es decididamente otra cosa), la erosión del propio sistema institucional de negociación colectiva.

- La limitación temporal de la ultraactividad de los convenios colectivos a dos años desde su denuncia, sin que se hubiere acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, salvo pacto en contrario. Sirve el plazo de dos años como instrumento de presión sobre quien esté negociando por los trabajadores un nuevo convenio por la posibilidad de se quedar con el mínimo legal, como ya se dice.

---

<sup>147</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dir.). *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012, p. 48.

<sup>148</sup> Condiciones de trabajo a que se refiere el RDL 3/2012: jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, trabajo a turnos, sistemas de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites para la movilidad funcional y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.



Este conjunto de medidas retira, casi vacía, el poder que estaba en las manos de los trabajadores para que funcionase como contrapoder y mantener el equilibrio de voluntad en un contrato, mismo en una relación de subordinación como es a del trabajador regido por la LET, ahora es desplazado para concentrarse en las manos de quien puede tener una influencia vital en todos y cualquier pacto que se haga bajo la asignatura de convenio colectivo de empresa. Ese poder se va a juntar al mucho de poder que aún existía en las manos de empleador.

A ser mantenida así esas normas sólo existe un camino para trillar que matiza la vulnerabilidad a que es sometido el trabajador, es asegurar la efectiva participación del trabajador en la toma de decisión en la empresa, como un derecho insoslayable y una fuente de contra poder.

c) La empresa como nuevo centro de gravedad y el fortalecimiento del poder empresarial

La reforma laboral de 2012 adopta una estrategia que no deja duda alguna al reforzar el poder individual del empleador en la gestión de las condiciones de trabajo para la consecución de un modelo pleno de gestión empresarial de flexibilidad interna en la empresa y la mejora de la tasa de ganancia empresarial, entendida como presupuesto para la recuperación de la actividad económica, pero que inexorablemente resulta siempre en un deterioro, por lo mínimo parcial, de la posición contractual de los trabajadores en la empresa.

Como alerta el doctrinador, esta línea de política legislativa se manifiesta a las claras, desde luego, en algunas de las “principales regulaciones de la norma”<sup>149</sup>, identificadas por él de forma resumida, en el del RDL 3/2012 y la Ley posterior.

---

<sup>149</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dir.). *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012, pp. 47 y 48. Principais regulaciones de la norma (RDL 3/2012): 1) la temporalidad encubierta y la extinción libre en manos del empresario del nuevo y bonificado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante un año, a través del expediente oblicuo de dotarlo legalmente de un período de prueba “que será de un año en todo caso”, con la consiguiente desnaturalización de esta institución, en la medida en que, a pesar de incorporación de su carácter indefinido a la denominación legal de la modalidad contractual, el empresario podrá decidir libremente su resolución durante los doce primeros meses de su vigencia. 2) la facilitación causal (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, que se considerarán tales las que estén relacionadas con la “competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”) y la eliminación de formas de intervención de la autoridad laboral en el procedimiento (decisión de ampliación del plazo de incorporación de los trabajadores afectados y consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período no superior a seis meses) de la movilidad geográfica de trabajadores. 3) la facilitación causal (nuevo entendimiento legal de las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se considerarán tales que estén relacionadas con la “competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”) (incorporación de

Tanto el reforzamiento del poder individual del empresario, como la consecuente erosión del poder contractual colectivo de los trabajadores provocados por las medidas de la última reforma laboral, ponen en riesgo la estabilidad de las relaciones laborales y sociales, comprometidas por el sensible desplazamiento de la línea de equilibrio del modelo laboral en vigor, hacia el territorio de los intereses empresariales, dejando una sensación de incertidumbre en relación a la función del Derecho del Trabajo, que es la paz social por medio de la institucionalización del conflicto, que no puede ser dejado en las manos de una de las partes involucradas, en este caso del capital.

Los cambios han dejado al empresario en una posición más privilegiada aún, que hace acordarse del poder conferido en los tiempos del inicio de la construcción del Derecho Laboral, en verdad la empresa es hoy, por obra del RDL 3/2012 y la Ley que le confirma, un nuevo centro de gravedad, y el “convenio de empresa como baricentro de la estructura convencional”<sup>150</sup> laboral.

d) Impacto de la reforma de 2012 sobre la participación de los trabajadores en la empresa y la representación sindical

El problema del desplazamiento del fiel de la balanza en provecho del empresario sin asegurar en contra partida, un mecanismo de protección para el trabajador, que no ha dejado de ser débil, ahora más aún, para que pueda desarrollar su actividad sin sacrificar los derechos ya consagrados por la Constitución como fundamentales, el que hubo en relación al trabajador fue una profunda erosión de su contrapoder.

---

un único criterio numérico de distinción legal entre las modificaciones de carácter individual y colectivo) y la ampliación material (la “cuantía salarial” se incorpora a la lista de posibilidades) de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por el empresario. 4) la supresión de la autorización administrativa en los procedimientos de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por el empresario en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor. 5) la distribución irregular de la jornada de trabajo a lo largo del año a cargo del empresario de hasta el cinco por ciento de ésta, en efecto de pacto. 6) la facilitación de la justificación por causas económicas (se entenderá que existe disminución persistente del “nivel de ingresos o ventas” de la empresa cuando ésta “se produce durante tres trimestres consecutivos”) y por causas técnicas, organizativas o de producción (el empresario no tiene y a que justificar la “razonabilidad de la decisión extintiva”) y la supresión de la autorización administrativa del despido colectiva. 7) el abaratamiento de la indemnización (pasa, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, a treinta y tres con un tope de veinticuatro, generalizándose la indemnización “baja” de los contratos para el fomento de la contratación indefinida que ahora desaparecen) y la supresión de los salarios de tramitación (en caso de que se opte por ésta, salvo para los representantes legales de los trabajadores) del despido disciplinario improcedente.

<sup>150</sup> MERCADER UGUINA, J. R., *La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012, p. 374.

La flexiseguridad como objetivo de la reforma, que hace creer estar fundado en las ideas-fuerza de política legislativa que tiene como propósito la generación de la confianza necesaria para volver a la senda de la creación de empleo, no debe construir esa ponte que ha de llevar a un nuevo modelo de relación laboral, por sobre el sacrificio de derechos que son claves para los trabajadores, como es el de los convenios colectivos y la correlata negociación colectiva, pues esto inevitablemente compromete la solidez del ordenamiento al abalar un de sus pilares.

Los mentores de la reforma laboral parecen ter partido de una premisa correcta de que en mercados laborales de plena libertad para contratar y despedir, donde el trabajador no tiene miedo de salir o perder el empleo porque tiene certeza que va encontrar otro, por veces hasta mejor, mientras que esto solo ocurre en mercado de pleno empleo y donde existe una cultura de respecto a derechos, mismo que no estén positivados en normas escritas y de máxima dignidad del ser que trabaja. Sin embargo, equivocadamente se está apostando en tales premisas, sólo que en el mercado laboral de España y en una cultura empresarial donde algunos derechos laborales, mismo inscriptos desde la Constitución, no son observados espontáneamente, como es el caso de la participación de los trabajadores en la empresa o la representación, es ahí que reside el riesgo para el trabajador con pierdas de derechos ya consolidados.

Es cierto que el ideal es cambiar la cultura actual, que no precise estar en la norma que el trabajador debe ser tratado con máxima dignidad y en su debido valor, que el contrato de trabajo sea de hecho la expresión del equilibrio de las voluntades, y, que el trabajador no precisa tener miedo de cambiar de empleo o de se quedar sin ello de hora par otra, pero, para adoptar medidas para alcanzar ese calado, por lo menos por ahora, ha de prescribirse sanciones muy severas para el empresario que abuse de poderes tan amplios, como los que ahora le son atribuidos, y también perfeccionar los mecanismos que han de torna efectiva la tan deseada flexiseguridad, con trazos tajante de equidad también en relación a los derechos y garantías de los trabajadores.

Acaso, mismo no cambiando la cultura y el modelo latino para el sajón, una de las mejores formas de empezar las mudanzas sea implantar de forma absoluta la participación de los trabajadores en la empresa.

Siendo cierto, como reflexiona el doctrinador, que “si estas políticas de ajuste desmesurado están aquí para quedarse o si, una vez superados los tiempos de crisis severa que nos agobian, pudiéramos emprender acaso la senda de la recuperación del equilibrio perdido o, por el contrario, tuviéramos que resignarnos a dejarlo todo como está, a condición de que no empeore”<sup>151</sup>, es algo que naturalmente está por ver, todavía

---

<sup>151</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012, p. 49.

es posible tomarse medidas de precaución que minimicen el impacto sobre el trabajador.

La cuenta por la desgracia económico-financiera de los mercados para la cual no ha contribuido directamente, no debe ser un encargo sólo del trabajador, como se hace ahora. Mismo los encargos de contrapartidas que señalan para los empleadores en la reforma, que más son deudas no solventadas en razón de derechos de los trabajadores nunca observados y cumplidas por los empleadores, no pueden ser consideradas como medidas de recuperación del equilibrio, o contrapartida por la reducción de los derechos laborales y la incertidumbre que lanza la reforma sobre la seguridad de los derechos y garantías laborales.

Para se deducir cuales son las medidas más recomendables en un escenario como el que se vive y que se proyecta para el futuro no muy lejano, es preciso que se apunte los principales males y las medicinas preventivas o curativas, según los efectos de las medidas de la reforma laboral del RDL 3/2012 y su Ley 3/2012.

Las dos vertientes del escenario a se considerar en este momento es, por un lado dilucidar los efectos o consecuencias de la reforma laboral en una perspectiva que considere el incremento de la concentración de poder en las manos del empleador y el correspondiente vaciamiento de poderes y derechos de los trabajadores, tanto colectivos como individuales. Por otro lado, es ofrecer como alternativa y demostrar las posibilidades de búsqueda de un equilibrio de poder, reforzando el contrapoder del trabajador en la empresa por medio de la participación en la toma de decisión en la empresa, de entre las muchas otras formas de participación.

Por los estudios desarrollados en los tópicos anteriores relativos a las medidas y los posibles efectos de la reforma laboral sobre la negociación colectiva y las convenciones que de ella se origina, se ha llegado a la conclusión que hubo un desplazamiento de la línea de equilibrio demarcada por el modelo laboral tradicional que ha servido muy bien a la paz social hasta ahora, trayendo como consecuencia inmediata el aumento desmesurado del poder empresarial, con la correspondiente reducción del poder de negociación colectiva de los trabajadores, por el facto de la reforma en análisis haber adoptado todas las formas de flexibilidad interna en la empresa allá de flexibilidad externa también, sin señalar con uno único mecanismo que sea, de contrapoder para el trabajador.

Como se ha dicho el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, consagran la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los demás, esto significa que el empresario puede, en una negociación en el ámbito de la empresa, no sólo se alejar como contrariar el que establece las normas dispositivas, que van desde la ley hasta los convenios sectoriales estatales, autonómico o de ámbito inferior, y el que es más grave aún, blinda toda las disposiciones convencionales colectivas de empresa tornándolas absoluta,

intangibles e inderogables, es decir, con el instrumento de la convención colectiva de empresa inmuniza las normas negociadas y el que es más grave mucho poca o casi ninguna materia de la relación laboral se queda fuera del poder normativo atribuido a la empresa en una negociación colectiva a su nivel.

Un poder de establecer convenio tan amplio y con tanta garantía, como el atribuido por la reforma a la empresa, sólo es comparable al del propio Estado en razón, repítase, del carácter absoluto, imperativo e indisponible, equiparable así solo con el núcleo de derechos constitucionales fundamentales, por la blindaje que ofrece a las materias negociadas por el empleador en el convenio colectivo de empresa. Así es que la materia que se queda para el poder negociador colectivo de los trabajadores en una negociación sectorial es casi residual, es decir, sólo el que no concurre a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se queda fuera y no es tangible por la fuerza aglutinadora del convenio colectivo empresarial, que cuando finalizado solo pueden ser atacados cuando hubiere fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Si un convenio colectivo sectorial tratar de aquellas materias puede ser derogado o abrogado por el convenio colectivo de empresa, pero el inverso no es verdadero.

Ahora bien, y se la empresa no dispone de representación por una multiplicidad de factores, de entre ellos el tamaño de la plantilla, como prevé la ley, como hacer el convenio colectivo de empresa ejercitando el derecho del trabajador negociar, hasta para legitimar el negociado. Cabe por lo tanto un análisis con fundamentos estadísticos.

Conforme datos estadísticos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) el número de empresas activas en España, en 2010, era de 3.246.986, de estas, 1.793.878 o sea 55,2% no tenía trabajadores asalariados de ahí para estas empresas no haber representación de trabajadores; en cuanto las que tenía trabajadores asalariados suman 1.453.108 o sea 44,2%; de estas con trabajadores asalariados 1.297.971 son micro empresas que tiene entre 1 y 9 trabajadores o sea 89,3% de las empresas con asalariados; 130.448 son pequeñas empresas y que tienen entre 10 y 49 trabajadores asalariados o sea 9,25%; y las medianas empresas suman 20.888 y tiene 50 a 249 trabajadores o sea 1,43% de trabajo asalariado; totalizando, los PYME de 0 a 249 trabajadores suman 3.243.185 empresas con 99,9% del total de las empresas españolas; y las grandes empresas entre 250 y más trabajadores son 3.801 que representan 0,1% del total de las empresas españolas.

Por el que prevé en el art. 62 LET, existe una reserva de este tipo de representación a las empresas de más de 10 trabajadores, abriendo excepcionalmente la posibilidad de que esa representación también exista en empresas entre 6 y 10 trabajadores, si así lo decidieran los trabajadores por mayoría, teniendo sido

reconocida esa posibilidad por la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2004, de 8 de marzo.

Ahora bien, con estos datos estadísticos y la regla de la LET, se puede afirmar que las empresas que tiene de 1 a 5 trabajadores no pueden tener representación unitaria y las entre 6 y 9 trabajadores que pueden tener o no representación, pero 130.448 empresas, es decir, 4% de ellas, que poseen entre 10 y 49 trabajadores asalariados, añadidas más 20.888 empresas con el porcentaje de 0,6% que poseen de 50 a 249 trabajadores y por último las grandes empresas de más de 250 trabajadores que son 3.801 empresas siendo 0,1 del total de ellas. En efecto, sólo 155.137 empresas que representan 4,7% de su total deberían poseer representación unitaria, pero la realidad es otra, sólo un número insignificantes de ellas tienen esa representación. No se puede olvidar que a ellas, aún se podría sumar las que poseen entre 5 y 9 trabajadores que están dentro del universo de las que tiene de 1 y 9 trabajadores, o sea 1.297.971, pero no haría ninguna diferencia por simple razón de no tener representación de trabajadores en ellas.

Estas cifras todavía dejan claro el cuanto son pocas las empresas con trabajadores asalariados que disponen de representación unitaria, es decir, existe un porcentaje en torno de 7% que pueden legalmente poseer representación en España, a su vez 51% sin trabajadores asalariados y 42% con trabajadores asalariados pero sin representación, sea porque están por debajo del número mínimo fijado en ley o del entendimiento jurisprudencial o aún porque están entre 6 y 9 trabajadores por empresa. Aquellos 7% pueden aún, no tener representación porque no promovieron convocatoria de elección de representantes, o falta de presentación de candidatos, algunas veces por influencia del propio empleador o en casos de falta de elecciones válidas.

Todo lo anterior lleva a confirmar la hipótesis de partida del doctrinador por la que el ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación carece, en principio, de un soporte personal “es mucho más frecuente o habitual de lo que parece o se presume; de forma que, en muchas empresas, y claramente en las que tienen menos de 6 trabajadores, no habrá representación de los trabajadores”<sup>152</sup>, es decir casi 93% de las empresas españolas.

No hay representación de los trabajadores en un grande número de empresas en España, mismo en aquellas que están llamadas a ejercitar los derechos colectivos, al atender el mínimo legal de 10 trabajadores o mismo los 6 que sea, para que haya representación unitaria o electiva. Pero otro tipo de representación de los trabajadores puede existir, a la que se asignan igualmente ciertas facultades, semejantes a los

---

<sup>152</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., *El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación*, en AA.VV. (RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., coord.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid 2011, p. 136.

señalados a las de la representación unitaria como es el caso de la representación sindical. Una de las diferencias sustanciales de esta forma de representación para las otras es que puede existir en cualquier empresa, incluso en las muy pequeñas, es decir, las llamadas microempresas, basta que tenga trabajadores asalariados a su servicio, ya que ni la LET ni la Ley Orgánica de Libertad Sindical LOLS pone límites a su existencia relacionados con la dimensión de la plantilla, materia atribuida a los estatutos del sindicato de que se trate, dentro de la libertad sindical en su poder de auto organización, art. 28.1 CE y art. 2.2. LOLS.

Por ellos, como dispone el art. 8.1 LOLS que habilita a los trabajadores afiliados a un sindicato a constituir secciones sindicales de empresa, “de conformidad con lo establecido en los estatutos del sindicato”, así es que la existencia de dicha representación se queda condicionada a la previsión de los estatutos del sindicato y de la existencia de afiliados al sindicato en la empresa y de que alguno de éstos quiera asumir la representación del sindicato, el que en este caso es muy raro.

De todo esto, el que significa es que en muchas empresas, sobre todo en las pequeñas, no existirá representación sindical, algunas porque no haya afiliados al sindicato, las tasas de afiliación sindical es muy baja y no existen cifras fiables, pero es en torno de 16% de los trabajadores, según la Encuesta de Calidad de Vida en el Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, años 2004 y 2009; o porque, habiendo afiliados, ninguno quiere asumir esa representación, manteniéndose en la condición de mero afiliado, muchas veces para no crear antipatía o desagradar al patrón.

El que no se puede perder de vista es que la representación sindical, por mucho que quiera equipararse a la unitaria, tiene tajantes déficit, siendo un de ellos que la representación sólo es de los trabajadores afiliados a cada sindicato, es decir, los demás trabajadores de la empresa se quedan fuera de esta representación, salvo atribución expresa por ley especial de alguno derecho de representación, esto es, no puede funcionar como representante de todos los trabajadores. El que implica que “la base afiliativa de la representación sindical es menos legitimante que la base electiva de la representación unitaria, al menos para representar al conjunto de los trabajadores de la empresa”<sup>153</sup>, manifestación que por veces ocurre en algunos ejemplos legales.

Resulta así, que se puede destacar algunos principales óbices para y de la representación sindical a saber: primero es que el art. 8 LOLS que atribuye derechos por grados a la representación sindical en función de su nivel de representatividad y de implantación en al empresa. Él, restrictivamente establece que la sección sindical básica sólo tendrá derecho a recibir información de su sindicato, a distribuirla y a

---

<sup>153</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., *El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación*. E, en AA.VV. (RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., coord.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid 2011, p. 137.

recaudar cuotas, fuera de las horas de trabajo sin perturbar el normal funcionamiento de la empresa, así como a celebrar reuniones con previa notificación al empresario, art. 8.1 LOLS; además, si la sección sindical es de un sindicato más representativo o de un sindicato con presencia en los órganos de representación unitaria, algo que, en la hipótesis que se maneja no sucederá, tendrá derecho, en ciertas condiciones, a un tablón de anuncios y a un local para reuniones, art. 8.2 LOLS; y también en el que dice respecto a la negociación colectiva, pero de conformidad con lo establecido en la LET.

Como segundo ejemplo restrictivo se tiene que no es dado validez general a los convenios negociados entre la representación sindical y la empresa, salvo que “las representaciones sindicales sumen la mayoría de los miembros del comité”, algo, de nuevo, de imposible realización en el supuesto al que se ciñe el presente estudio.

Aún más, a otro nivel, también irrealizable aquí, en las empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores, podrán existir delegados sindicales, si bien sólo será posible si existe representación unitaria ya que es condición *sine qua non* que el sindicato que pretenda contar con tal delegado deberá estar presente en dicha representación, art. 10 LOLS.

La doctrina apunta alguna consecuencia, si se parte de la base de que en la empresa no existe representación unitaria, ello no impide, “aunque sea algo bastante improbable, que haya alguna representación sindical; si bien, y ésta es una importante limitación, al no existir representación unitaria, las secciones sindicales no podrán negociar convenios de eficacia personal general”<sup>154</sup>. Así es que la capacidad de actuación de la sección sindical se limitará, pues, a negociar acuerdos de eficacia personal limitada, es decir, sólo para los afiliados: un escenario bastante irreal en empresas de pequeña dimensión, a intentar ser el representante de los trabajadores en convenios de franja dentro de la empresa, según las previsiones del art. 87.1 LET, y, si acaso, a ejercitar los derechos de información básicamente pasiva. Más aún, podrá ejercitar la posibilidad, siempre abierta a cualquier sindicato, de convocar elecciones sindicales y presentar candidaturas para las mismas, con la finalidad de provocar la existencia de la representación unitaria, así como de convocar huelga.

Así es que la representación sindical, si existir es una representación muy debilitada, al alcanzar, paradójicamente su mayor eficacia, apoyada en la representación unitaria y, por tanto, seguramente ineficiente en un cuadro normativo y de hecho como el de España.

En este escenario es inevitable concluir que la hipótesis de que se parte es, la de que se trata de empresas en las que no existe ningún tipo de representación, ni unitaria

---

<sup>154</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., *El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación*, en AA.VV. (RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., coord.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid 2011, p. 138.



ni sindical y, en consecuencia, que no hay ningún interlocutor colectivo para negociar con el empresario, al menos de los previstos legalmente, para actuar en la empresa cuanto al ejercicio de derechos colectivos de todo tipo, desde la información pasiva hasta la convocatoria de huelga, pasando por la información activa, la participación o la negociación colectiva, así es que carece, en principio, de un soporte personal titular legalmente instituido, para el ejercicio de dichos derechos o facultades.

Ante situación así, una respuesta drástica sería afirmar que ese ejercicio de derechos y facultades en tales empresas es imposible, pero es imperativo considerar que existen derechos colectivos cuyo ejercicio la norma considera, o consideraba antes de la reforma laboral de 2012, como condición para determinadas decisiones empresariales o consultas, art. 40, 41 y 51 LET, o aún el ejercicio de los derechos de información y participación en el ámbito de la salud laboral.

Todavía es posible crearse por los trabajadores otras formas de representación que no sea la sindical ni la unitaria, al menos, en este último caso, con las reglas establecidas en la LET, formando lo que se ha calificado como “representantes legales o unitarios extraestatutarios”<sup>155</sup>, pero el problema es que esto se queda siempre en los terrenos de las posibilidades, sin concreción.

Con la reforma laboral del RDL 3/2012 y respectiva Ley 3/2012 el problema de la gran mayoría de las empresas españolas como se ha demostrado, de falta de representación sea unitaria, sea sindical, se agrava con el desplazamiento y priorización del convenio colectivo para el ámbito empresarial en detrimento del sectorial, sabiéndose que no existe interlocutor colectivo del empresario en la casi totalidad de las empresas españolas, dejar para que en cada necesidad se instituya una representación es en el mínimo temerario y casuístico, sujeto mismo a manipulaciones indeseables de muchos empresarios, como ha ocurrido en los EE.UU. hace tiempo y que exigió una ley para cohibir tales abusos tratados en el Capítulo II.

La representación por una Comisión *ad hoc* debe ser una excepcionalidad y no la regla, incluso porque muchas veces no está inmune a dichas manipulaciones.

Cualquiera sea la fórmula adoptada para la representación colectiva en la empresa, principalmente en las situaciones de negociación de los convenios colectivos empresariales, la existencia de formas de participación en la dirección de la empresa serían de suma importancia, haya vista la necesidad de un contrapoder dentro de la empresa, en el momento en que el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, desplaza sensiblemente la línea de equilibrio, concentrando enorme poder allá de lo existente en manos de empleador y erosionando el poder contractual colectivo de los trabajadores, la participación de los trabajadores en la dirección de la empresa, se no es un punto de

---

<sup>155</sup> MARTINEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., y CARRIL VAZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Netbiblo, 2005, pp. 300 y ss.

equilibrio, por lo menos minorará los efectos que puedan ser dañoso para los trabajadores en la hora de la negociación colectiva o de la aplicación de los convenios colectivos de empresa por la actuación de representante.

La regulación de la participación de los trabajadores en empresas sin representación del personal tiene todo cabida, principalmente después de los cambios introducidos por la actual reforma laboral cuanto a las medidas de flexibilidad interna y externas en la empresa, en función del factor vulnerabilidad que introduce la propalada flexiseguridad, pues no se puede olvidar que esta exige y es propio de una cultura solo alcanzada hasta ahora, de entre otros, por los países nórdicos de Europa.

Una otra cuestión que también puede ser levantada en relación a la última reforma laboral es, si ha una apuesta del legislador reformista por el predominio de la representación sindical frente a la unitaria. En verdad se acreditar que no hubo la preocupación de los redactores del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012 en priorizar una u otra forma de representación, ni tampoco al dislocar el eje de toda la negociación laboral para el interior de la empresa, que en consecuencia podría haber un predominio de la representación sindical frente a la unitaria, hasta porque, con se ha estudiado antes, la representación sindical en la empresa sufre muchas restricciones y vaciamientos de poder y, por su vez, la unitaria nunca ha gozado de prestigio junto al empleador, prueba de esto es que no las tiene implantado en la empresa, tampoco del propio legislador que limitó su existencia a empresas con diez trabajadores e excepcionalmente desde 6, el que en España representa algo en torno de sólo 7% de todas las empresas, como se ha visto.

Más allá del objeto declarado por el legislador reformador de 2012, existe el de atribuir al empresario un mayor control y mucho mayor poder en las negociaciones colectivas transfiriendo prioritaria, absoluta e inderogablemente todo el contenido a ser negociado en torno de la relación laboral, vaciando directa e indirectamente los convenios colectivos sectoriales. Por su vez como no existe de hecho una representación de los trabajadores de forma permanente en la empresa, por lo menos en 93% de las empresas españolas, en efecto, la mayoría de los empresarios pueden ejercer, por lo mínimo, en la negociación colectiva de empresa una influencia que no tendría o no ejercería se ella fuera sectorial.

Con el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 que lo convalida, sin cualquiera sombra de duda, el empresario puede negociar en condiciones mucho más ventajosas para él en la negociación colectiva empresarial, que se fuera en la sectorial, y también, así poder establecer medidas de cuño laboral que pueden ser generadora de graves consecuencias para los trabajadores, pero que le permita hacer frente a cuestiones de fundo económico, técnico, financiero y organizativo. Todavía, da parte de los trabajadores no es posible introducir modificación en las condiciones establecidas en

convenio colectivo de empresa y solo cabiendo impugnarlos en presencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Es muy loable, y hoy más que nunca, se justifica casi que cualquier medida de reforma que pueda generar empleo, todavía concentrar más poder de un lado y vaciar de otro, por cierto aumenta la posibilidad de riesgo para la seguridad de los derechos laborales que pueden hasta afectar la propia dignidad del trabajador, llevándolo de vuelta a condiciones de trabajo que se imagina hubiera superado a mucho tiempo.

Por más paradojo que pueda parecer, en cuanto la reforma laboral reduce derechos y poderes de negociación colectiva de los trabajadores y aumenta el poder empresarial en algunos aspectos de forma absoluta, el que podría amenazar la existencia o el interés por la participación de los trabajadores en la empresa, en verdad se entiende puede tener un efecto contrario, es decir, debe crecer o aumentar el interés, ahora pro más razón, es importante implantarse en las empresas formas de participación en las decisiones empresariales para que puedan minimizar la pérdida del equilibrio con la reforma.

Por otro lado las mudanzas implementadas no han modificado la realidad acuciante de Derecho del Trabajo que continua reclamando una reorganización, que le coloque afinado con las exigencias de los tiempos actuales, y que la reforma implementada por el RDL 3/2012 y su Ley 3/2012 no fue capaz de realizar, se es que no ha empeorado en algunos aspectos.

La participación del trabajador en la empresa es el futuro y el Nuevo Derecho del Trabajo el instrumento de su concreción, principalmente en un ordenamiento jurídico laboral como el español donde casi 93% de las empresas no tiene representación ni unitaria ni sindical.

Ahora bien, es llegado al punto de desarrollo de este trabajo de tesis, de cerrar este último capítulo por tenerse recorrido y analizado los principales asuntos que hace parte del estudio de la participación de los trabajadores en la empresa y los que le son conexos, y también, aquellos que le sirven de fundamento, incluso con una ligera radiografía del propio Derecho del Trabajo y su necesidad de reorganización a la luz inclusive de las últimas reformas de la legislación laboral.

Todavía, antes de concluir este trabajo presentase unas sugerencias, las cuales se ofrece a la doctrina científica como objeto de discusión y que posa ser considerada una contribución para el futuro de las relaciones laborales y de la seguridad jurídica.

#### **IV. Sugerencias. La contribución para el futuro de la participación y del Derecho laboral**

La investigación sobre el tema participación de los trabajadores en la empresa, a un cierto momento de su recorrido, es forzada a direccionarse para una análisis también del propio Derecho del Trabajo, por la situación de crisis interna del propio ordenamiento laboral envuelto en cuestionamientos sobre su capacidad de continuar ofreciendo protección al trabajador, o sea, primero por comprometimiento del viejo y bueno paradigma tuitivo, con pérdida de la capacidad de alcanzar las nuevas figuras que surgen en el horizonte laboral, desplazando sus fronteras para abarcar esos nuevos retos como lo ha hecho al largo de su existencia, pero que ahora se ve comprometido esa facultad, y el más grave es que sus fronteras se viene retrayendo hasta poner en riesgo el trabajo dependiente, y, en situaciones así, la participación se queda también comprometida.

Por segundo, es la culpabilidad por las crisis que antes era solo las excusas formuladas por la economía, que buscaba alguien para imputar las causas que estaban en ella propia, pero ya hace tiempo que doctrinadores laboristas también vienen admitiendo esa culpabilidad, incluso algunos llegan a propugnar el vaciamiento del Derecho del Trabajo, otros estudian su supervivencia después de un régimen de pérdida de importantes institutos, con limitación de campo de actuación, otros aún, le vaticinan un gran futuro desde que se le refuerce los fundamentos y algunas medidas de ajuste, y, más allá, ha aquellos que reconocen las muchas dificultades que existen en la actual estructura del ordenamiento laboral, que acredita que ello aún cumple su función social, pero que puede mejorar por medio de un proceso de reestructuración bajo el influjo de un nuevo paradigma, el del debido valor al trabajo humano, y que es objeto de las siguientes propuestas.

Más bien, con el Derecho del Trabajo cuestionado, fragmentado y su ordenamiento sufriendo reformas a cada crisis, que no es propiamente suya; la participación a despecho de contemplada en el ordenamiento no tiene perspectiva de llegar a la práctica de facto, es preciso que se empiece saneando la base de fundamentación del propio Derecho del Trabajo cambiando su paradigma o reforzándolo y después, reorganizando su contenido el que implicará en la efectiva y real participación de los trabajadores en la empresa.

##### 4.1. Propuestas

###### a) Reflexión

El Derecho del Trabajo fue edificado como se sabe sobre un paradigma tuitivo, que ha probado ter sido el mejor para el tiempo y circunstancias, pero el gran problema

es que la protección fue dirigida a una categoría de trabajadores que en el momento de su creación era la más carente, pues recibía un tratamiento indigno del ser humano, los trabajadores subordinados y por cuenta ajena, todavía después ha dejado los demás trabajadores que no pasaban las mismas auguras sin protección al largo de su recorrido histórico, y que hoy están necesitados de protección.

El problema no está necesariamente y solo en el paradigma y si en a quien es dirigido en primer lugar la protección, pues tiene que ser a la persona del trabajador y no a una clase, pues se solo incide sobre una clase siempre esta protección será impersonal, provisoria y elitista, limitada mismo. Impersonal porque no protege de fato el trabajador, su persona, que es a quien el derecho se debe dirigir, a persona que trabaja asalariado y cuyo producto de su trabajo es ajeno de origen o no; es provisoria pues solo lo protege en cuanto fuere trabajador subordinado, perdió esta condición pero, mantiene el mismo trabajo, como ocurre en muchas ocasiones hoy en algunos países, con fraude a la ley, deja de tener protección del Derecho del Trabajo, pero para que no se quede en perjuicio tiene que recurrir a los tribunales; y elitista pues todo el ordenamiento laboral solo sirve a los privilegiados empleados y ahora los autónomos dependientes; limitado pues siendo un Derecho del Trabajo no alcanza cualquier trabajo, solo algunos.

Cuanto al paradigma tuitivo en si, que tiene como instrumento de realización de la protección el ordenamiento jurídico laboral, por los derechos y garantías que propicia en medida uniforme o padrón, puede presentar las siguientes distorsiones:

1) Si lo dirige a protección de un trabajador por cuenta propia, ofrece protección demás para quien poco necesita, desequilibrando la relación y desestimulando el empresario a contratar bajo la legislación laboral.

2) Si lo dirige a un autónomo económicamente dependiente, semejante aquello anterior, no es inviable, todavía es cierto que no será contratado por el empresario por los costes que puede representar la aplicación del ordenamiento laboral actual.

3) Todavía si lo dirige a quien desde su origen le fue encomendado, el trabajador subordinado por cuenta ajena la protección viene en la medida cierta, se podría decir, que no sobra ni falta protección.

Así es que el paradigma tuitivo y el Derecho que le respalda, se muestran injusto en los días de hoy, pues no promueve un tratamiento ecuánime entre los trabajadores, es rígido y limitado, cuando no admite modulación que pueda ejercer una justicia distributiva, que pueda ofrecer la dosis cierta de protección según la necesidad de cada uno, en razón del contrato y las circunstancias que lo cercan. El Derecho del Trabajo así puesto sufre de antonomasia al usar el nombre de trabajo, pero no protege el trabajo de todos que producen de forma asalariada.

El cambio de un Derecho del Trabajo dirigido a una clase, como es hoy, para un derecho dirigido a todo y cualquier trabajador, o sea, a la persona del trabajador, es posible con la recepción, por el ordenamiento jurídico español, a empezar por la Constitución, del principio del debido valor al trabajo humano, que pasa a regir juntamente con el derecho al trabajo del art. 35.1 y 2 y el derecho de participación en la empresa del art. 129.2 CE las relaciones laborales. Para que el propuesto sea exequible siéguese las siguientes formulaciones:

b) Propuesta de reorganización del Derecho del Trabajo

1) El cambio de la nomenclatura debe favorecer a una nueva cultura con el propuesto Derecho Monolaboral, despertando el respeto de todos por la confianza en sus resultados.

2) Inclusión en el art 1.1 o 10.1 o aún 35.1 de la Constitución española del principio del “debido valor al trabajo humano”, siguiendo una de las opciones:

- Primera opción: incluir al final del precepto del art. 1.1 la expresión “y el primado del trabajo humano”. Con la nueva redacción propuesta el art. 1.1. se quedaría así: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político y el primado del trabajo en su debido valor”.

- Segunda opción: entre los Derechos y Deberes Fundamentales del Título Primero establecidos en el art. 10.1 de la CE, incluyese en su precepto “el del debido valor al trabajo humano”, entonces su enunciado se quedaría en la forma de una de las tres hipótesis:

Primera hipótesis, “La dignidad de la persona entre ellas el debido valor al trabajo humano, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos de orden político y de la paz social. Precepto propuesto para el art. 10.1, CE.

Segunda hipótesis, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes entre ellos el del debido valor al trabajo humano, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Precepto propuesto para el art. 10.1, CE.

Tercera hipótesis, “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad entre ellos el del debido valor al trabajo humano, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”. Precepto propuesto para el art. 10.1, CE.

- Tercera opción: sugiriese adjuntar en el art. 35.1 la expresión “en su debido valor” luego después de (...) al trabajo (...), se quedaría así el precepto del art. 35.1. “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo en su debido valor como expresión de dignidad, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

En caso de haber sido hecha la alteración constitucional con introducción del principio del debido valor al trabajo humano, y hasta que se reestructure el ordenamiento laboral para compatibilizar con el nuevo principio constitucional se puede introducir una alteración en el art. 4.1 de la LET, incluyendo una letra h) que traería el enunciado sobre el “derecho al debido valor al trabajo humano, con participación, entre otras, en la gestión de la empresa”, u otra alternativa es incluir en el mismo Estatuto, pero en el art. 4.2 la letra i) con el enunciado de “A el debido valor al trabajo humano, con participación, entre otras, en la gestión de la empresa”.

### 3) Sistematización del Derecho Monolaboral

Antes de se hacer un pequeño esbozo estructural del nuevo derecho es importante fijar cuatro aspectos de gran relevancia: primero que el contenido de las normas del actual Derecho del Trabajo no se pierde, él es traspuesto para formar el contenido del Derecho Monolaboral, en un proceso de consolidación, pero que admite creación de norma para tornar compatible el proceso, pero el más largo y delicado labor es estructurarlo de forma sistémica atendiendo a las peculiaridades de cada relación de trabajo que es dividida en cuatro grados de modulación y contemplada en cinco libros para formar el Derecho Monolaboral, allá de dos anexos.

Segunda regla general de organización y sistematización del contenido, es que los derechos relativos a cada tipo de relación laboral se distribuyen en sus correspondientes grados o modulaciones, pero los grados más altos incorporan también el contenido del grado anterior, es decir, los grados de forma creciente son cumulativos.

Tercera regla general trata de la caracterización de la relación laboral en cada grado y que es definida por el comprometimiento del trabajador en la actividad laboral, es decir, cuanto más fuerte fuere el vínculo determinado por el contrato, mayor será el grado, el que significa más derechos son atribuidos al trabajador y mayores las obligaciones del empresario.

Cuarta regla general es la que el Derecho Monolaboral debe traer no solo el derecho sustantivo, o sea el derecho laboral en especie, bien como el procedimiento

administrativo y el procedimiento procesal del trabajo, es decir, el derecho instrumental también. Así es que la parte sustantiva y afines con su contenido distribuido en libros y la parte instrumental en los anexos I y II.

Estructura y contenido del Derecho Monolaboral cuanto a la sistematización:

1) El libro I – Se divide, después de un preámbulo, en parte preliminar, título que trata de la caracterización de los perfiles y el título que relaciona los derechos fundamentales inespecíficos y algunos específicos de Derecho del Trabajo, inclusive el del debido valor al trabajo humano, bien como los principios de derecho del trabajo pertinentes y su ámbito de aplicación a los trabajadores con perfiles del Grado I;

2) El Libro II - ordena la legislación laboral distribuyéndola de entre los grados con base en el perfil atribuido al trabajador, de la siguiente forma:

- Grado I – los derechos que corresponden al trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que no posee vínculo de subordinación cualquiera, no tiene jornada de actividad predeterminada, puede desarrollar actividad en el centro de trabajo del contratante o no, usando herramienta del contratante o no, con tecnología del tomador del servicio o no, pero su actividad personal o por el dirigida o coordinada resulta en beneficio de alguien, que lo contrata. Su cuerpo normativo se restringe a las normas específicas de su perfil.

- Grado II – los derechos que corresponden al trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que no es subordinado físicamente pero económicamente sí, que desarrolla actividad laboral en el centro de trabajo o no del contratante del servicio u obra, pero cumple una jornada de tiempo total o parcial. Allá de las normas propias incorpora también las del Grado I.

- Grado III – los derechos que corresponden al trabajador que desarrolla actividad en régimen parcial para solo un empleador o no, en el centro de trabajo de la empresa o no, todos los días útiles o no, siempre con subordinación y ajenidad. Reúne las normas propias de su perfil y, cumulativamente las de los Grados I y II.

- Grado IV – los derechos que corresponden al trabajador cuyo perfil caracteriza aquello que desarrolla actividad en el centro de trabajo del empleador, en una jornada ordinaria completa de hasta seis u ocho horas diarias, por todos los días útiles de la semana, a sólo un empleador, con subordinación y ajenidad. Este trabajador acumula los derechos distribuidos por los Grados III, II y I, allá de los propios de su perfil, el grado IV.

3) El Libro III – reúne los servidores públicos sean especiales (estatutarios) o empleado, sólo quedando fuera los de carrera de Estado u otra que tenga estatuto propio como los militares, etc. Tendrán reglamentación complementaria propia los



servidores públicos especiales (estatutarios) y los empleados, pero pudiendo alcanzar ámbitos de incidencia de cualquiera de los grados del Libro II, o sea de los Grados I, II, III y IV, conforme el interés público.

4) El libro IV – dispone sobre el régimen de la empresa, del empresario y los poderes de organización, administración y disciplinario, reuniendo y sistematizando la legislación existente dentro de una nueva visión de empresa, con responsabilidad social, participativa y solidaria, en cuanto parte de una relación laboral. En relación al Estado, en cuanto parte en la relación contractual de trabajo, aplicase, en la medida del posible, las normas relativas a la empresa y al empresario.

5) El Libro V – deberá traer las disposiciones generales, las normas de naturaleza transitoria y las disposiciones finales. Las disposiciones generales reunirán materias que dicen respecto al trabajador, a la empresa y el empresario que exijan un tratamiento conjunto, relativas a: el contrato, la relación de trabajo, la solución de conflictos, los principios como el de la buena fe, seguridad laboral, y las peculiaridades del trabajador que no tiene un contrato asalariado, pero ejerce un trabajo productivo, etc. Las disposiciones transitorias, como es natural, deben traer normas de adecuación y transición del antiguo ordenamiento al nuevo y otras. En las disposiciones finales el *vacatio legis* y entrada en vigor, etc.

#### Anexo I – Normas y procedimientos de la administración pública

En esta parte están reunidos todas las normas y procedimientos que dicen respecto a la actuación de la Administración Pública en relación al control y fiscalización de actividad empresarial.

#### Anexo II – Normas y procedimientos procesales del Trabajo

Contiene las normas y procedimientos relativos al proceso del trabajo y de solución de conflictos.

Ahora bien, esperase que estas sugerencias encuentren eco, mereciendo la atención de los segmentos de la doctrina científica interesada en buscar una solución para los males que abalan el Derecho del Trabajo y que la reorganización propuesta pueda resultar en una amplia discusión que alcance incluso a actores sociales y la sociedad y que pueda generar en un futuro no muy lejano proyectos viables de mudanza del ordenamiento jurídico laboral a ser sometidos a las Cortes para que se pueda institucionalizar el Derecho Monolaboral, con fundamento en el art. 35.2 CE, que debe observar los siguientes aspectos.

Primero, el reconocimiento de la piedra angular del nuevo Derecho Monolaboral, que empieza por el art. 10.1 CE, con la inclusión de principio del “debido valor al

trabajo humano" se esta fuere la sugerencia escogida, pasando después a configurar los derechos laborales comprendidos en el art. 35.2 CE y, a final, cumplir la promoción prevista en el art. 129.2 CE, sobre las diversas formas de participación, siendo desarrollada de forma factible y efectiva en la norma infra constitucional.

Segundo, que la participación de los trabajadores en la empresa es obligatoria en las contrataciones hechas con base en los Grados III y IV del Libro II, donde debe estar explícito este derecho, pues el trabajador que participa de la empresa produciendo, participará de su gobierno también, fundado en sus derechos de ciudadanía. A los trabajadores regidos por los Grado I y II es facultativos, solo por interés del empresario, es decir, se quedan sujetos a acuerdos entre las partes contratantes.

El Derecho Monolaboral así estructurado apoyado en un conjunto de vigas maestras, que ofrece perfiles modulables para las diferentes relaciones laborales con importantes perspectivas de estabilidad para el futuro, que tiene recursos para adaptarse a los constantes cambios del mundo actual y que puede ofrecer al derecho de participación en la empresa garantías que nunca ha tenido, por medio del debido valore al trabajo humano, con el foco del Derecho sobre la persona y no un derecho de clases.

Ahora si, se pude pasar a concluir, abordando los aspectos más candentes del tema que se investiga y que se espera contribuya, si no para una mudanza inmediata, por lo menos para una reflexión sobre el conocimiento científico que aquí se ha abordado y las formulaciones presentadas.

## CAPÍTULO IV – CONCLUSIÓN

### I. Tesis

La tesis que se defiende en este trabajo es que el establecimiento de formas imperativas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa viene contemplado por el mandato constitucional del art 129.2, que todavía no es real y efectiva como debería por la ausencia del debido valor al trabajo humano, y que dicha participación no sólo no es incompatible con la garantía constitucional de los derechos de propiedad y libre empresa, sino que viene exigida también por los principios constitucionales de dignidad de la persona, del libre desarrollo de la personalidad y de la participación ciudadana en la vida económica.

Esta tesis se sustenta en las siguientes conclusiones parciales:

1) Que el constituyente cuando determina a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, al propio tiempo está a reafirmar y reconocer el correlato derecho ya implícito en el derecho ciudadano al trabajo, art. 35.1 CE, en la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, art. 9.2 CE, y que viene confirmado por la dignidad de la persona y por el libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE.

Nadie, tampoco los poderes públicos, puede promover el que no existe o por lo mínimo tenga reconocimiento, solo el que ya tiene existencia, pues de otra forma el comando sería para crear o establecer y no solo promoverlo.

2) Cuando el constituyente opta por generalizar las formas, o establecer un mandato en blanco para el legislador, o dejar abierto para cualquier forma de participación, cuando podría nominarlas una a una, es decir, establecer numerus clausus de participación en la producción, participación en la gestión social, participación económica o financiera, o participación en la gestión o dirección de la empresa. No ha excluido ninguna, por tanto la participación en la gestión está contemplada pelo art. 129.2 CE, pues a no ser así lo había hecho la exclusión.

3) El comando para los poderes públicos promover el establecido en el art. 129.2 CE del Título VII de la Constitución tiene naturaleza idéntica a los abrigados por el Capítulo III, que trata de los principios rectores de la política social y económica, incluso por tratar de formas de participación propia de una relación de trabajo, se incluye entre los derechos laborales abarcados por el art. 35.1 y 35.2 CE, entonces goza de la protección del art. 53 CE, y, es también un derecho fundamental, así es que no pueden se quedar sin ser reales y efectivas, sin embargo, hasta ahora lo tiene sido. La

promoción, por cierto, no es solo lo disperso y vago establecimiento en las normas infra constitucionales de formas de participación, y esperar que las empresas tomen la iniciativa de hacerlo cuando quieran o no, la concreción es imperativa.

Las estadísticas en España han demostrado que sólo en torno de 7% de las empresas tiene representación de personal y nada puede hacer creer que cuanto a la participación en la dirección de la empresa pueda tener índices mejores que estos, tornando imperativo la necesidad de medidas que puedan tornarla real y efectiva.

4) El que puede tornar real y efectiva la participación en la empresa es la observancia obligatoria por todo y cualquier persona física o jurídica, privada o pública que contrate servicio u obra de forma asalariada, con dependencia o no, pero que resulte la producción en ajenidad directa o indirecta, tiene que cumplir una irrecusable e impostergable obligación, admitir la participación en la gestión de la empresa como imperativo del debido valor al trabajo humano. No es, en todos los casos una opción que se queda a criterio del empresario, y sí por lo menos en dos, es de la colectividad de los trabajadores, la decisión de tener representación o no, pero el fundamento del derecho a la participación está en el trabajador individualmente considerado, es decir, es un derecho personal del trabajador manifestado colectivamente.

5) El debido valor al trabajo humano es una condición del ser humano que trabaja productivamente asalariado por el que invierte más allá de su fuerza de trabajo, o sea, cuanto de su ser coloca en su trabajo, él cuanto de vida se consume, este especial capital de valor inestimable, de mucho mayor expresión que el patrimonio de la empresa y el riesgo del empresario. Esta savia que se quema tanto intelectual como físicamente no es remunerada, el que el empresario paga es solo la actividad suficiente y necesaria para resultar en un bien o servicio por él apropiado, todavía se queda en deuda no solventada y el mínimo que puede hacer es reconocer el derecho propio del trabajador de participar en las decisiones de la empresa.

6) No existe incompatibilidad entre el derecho de participación en la gestión de la empresa ejercido personalmente o por representación, sin afectar el poder de organización y dirección en la empresa, y el derecho de propiedad prefigurado en el estatuto constitucional básico de la empresa, en razón de la ponderación que hace la Constitución de los intereses que confluyen en el ámbito societario entre capital y trabajo. No hay más razón para el empresario temer la participación del trabajador en la gestión de la empresa, mismo porque la participación no precisa ser paritaria.

7) Muchas de las dificultades resultantes de las teorizaciones de la propiedad derivan de atribuir caracteres inmutables a un instituto jurídico especialmente contingente, todavía para evitar esos problemas conceptuales, se hace necesaria una

redefinición del contenido del derecho desde su configuración constitucional, incluso en la Constitución española. El derecho de propiedad no es un derecho ilimitado, pesa sobre ello “la función social”, art. 33.2, aunque tampoco, en otro extremo, un mero derecho de configuración legal. El derecho de propiedad es un derecho público subjetivo que se estructura en base a una dimensión objetiva-institucional, en cuanto derecho fundamental inalienable a la propiedad y una dimensión subjetiva-individual, como derecho patrimonial o real de propiedad.

8) La delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad debe hacerse fundamentalmente atendiendo a los intereses jurídicos protegidos, la utilidad individual y la función social. Estos dos intereses que confluyen deben ser ponderados por el legislador, que posee para ello una amplia habilitación, mientras no invada el núcleo esencial indisponible y deben ser ponderados en cada caso, en atención a la intensidad que estos posean en cada caso, y en cada tipo de propiedad, gozando el legislador por ello de un amplio margen de apreciación.

9) En el ámbito de la empresa la propiedad, en concreto la de cuotas societarias constituye una forma específica, radicalmente diversa de la propiedad individual arquetípica y, aunque haya surgido con carácter excepcional, posee actualmente un carácter central del sistema económico, y su regulación jurídica se caracteriza en el caso de las sociedades anónimas por la atribución de la titularidad de los bienes a una persona jurídica que se presume dotada de voluntad propia distinta de los accionistas, respecto de los cuales constituye un tercero.

10) La interposición de los órganos societarios, trae como consecuencia que los accionistas considerados individualmente carecen de poder de gestión, responsabilidad y disponibilidad sobre la empresa, con independencia de la dimensión que se quiera dar al fenómeno de la escisión entre el control y la propiedad. Esto conlleva necesariamente a un replanteamiento del concepto de goce o disfrute considerado genéricamente como potestad inherente a la propiedad, que sólo en una medida extraordinariamente relativa se puede predicar respecto de la propiedad de cuotas. Así, se rompe la conexión personal típica de otras formas de propiedad, perdiendo la propiedad en este ámbito su valor de proyección inmediata de la personalidad, de forma que la preminencia del aspecto colectivo-institucional respecto del aspecto personal-individual en esta forma de propiedad configura necesariamente su estatuto constitucional.

11) En la configuración del dicho estatuto la habilitación del legislador es muy amplia desde la ponderación de las utilidades atribuidas a dicha forma de propiedad: una utilidad individual profundamente devaluada respecto de la propiedad arquetípica, y una función social privilegiada, que se deriva de su conexión profunda

con otros principios e intereses objeto de protección constitucional y, entre ellos, con el trabajo y específicamente la participación en la empresa. Esa habilitación para establecer el estatuto jurídico de la empresa no puede también derivar exclusivamente de la libertad de empresa, sino de la ponderación conjunta de los derechos de la propiedad, libre empresa y el trabajo, atento incluso a la función social de la propiedad, libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y del trabajo como fuente de dignidad de la persona que trabaja y el desarrollo de su personalidad y normas comunitarias.

12) Con la introducción de formas imperativas de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa se ven afectados tanto el derecho de propiedad de los socios sobre la cuota como el derecho de propiedad de la sociedad como persona jurídica. Así es que, por lo que se refiere al aspecto individual de la propiedad de la empresa, se constata una limitación del derecho de propiedad del socio, pero no una alteración sustancial de la estructura de la propiedad de la cuota, ya que dicha limitación no elimina su utilidad privada ni afecta a su titularidad. Por su vez a lo que respecta al aspecto colectivo, también se produce una limitación del derecho de propiedad de la sociedad como persona jurídica, aunque esta no se vea afectada sustancialmente, ni en el disfrute ni en la disposición de su propiedad.

13) En las sociedades modernas el derecho al trabajo constituye el derecho social por antonomasia, como consecuencia de la centralidad que posee su objeto, el trabajo, siendo el principal criterio definidor de la Constitución material del Estado social. La tipificación constitucional de dicho derecho ha ido evolucionando desde la original libertad de trabajo, del constitucionalismo decimonónico, hacia un derecho de contenido mucho más amplio en el ámbito del constitucionalismo social. Este derecho al trabajo de contenido amplio y algunos de sus componentes poseen una virtualidad práctica profundamente condicionada por circunstancias fácticas, como sucede en general con los derechos sociales. El hecho de constatar que ni todos los contenidos del derecho son directamente accionables en vía jurisdiccional, no se puede deducir la negación de la existencia del derecho, ni tampoco es posible desvirtuarlo. Así es que en el sistema constitucional español el derecho al trabajo es un derecho público subjetivo de carácter fundamental, con un núcleo esencial garantizado por la reserva de ley y con importantes contenidos ejercitables judicialmente.

14) El derecho al trabajo posee una estructura y una consideración sistemática semejante a los derechos de propiedad y libre empresa, derechos con los que confluye en el estatuto constitucional de la empresa. Aquel derecho en su dimensión institucional en el art. 40.1 CE, se traduce en un mandato de política de pleno empleo dirigido a los poderes públicos, aunque se trata de un mandato de control limitado, debido a la profunda carga ideológica del concepto. Ya en su dimensión subjetiva del

art. 35 CE, él se concreta no sólo en la libertad de trabajo, sino también, en el derecho a acceder y permanecer en condiciones de igualdad en un trabajo caracterizado por cierta estabilidad, art. 35.1 CE. Y que también se debe traducir en la exigencia de una dimensión cualitativa del trabajo como trabajo digno, lo que prefigura el contenido mínimo del mandato constitucional de un Estatuto de los Trabajadores, art. 35.2 CE, un núcleo esencial sustraído a la disponibilidad del legislador, art. 53 CE, pero posee un contenido variable en función de las características específicas de la relación laboral, del ámbito en el que se desarrolla y de la forma jurídica en que se inscribe. Dentro del respecto de ese núcleo esencial, corresponde al legislador ordinario ponderar los intereses concurrentes en cada tipo de relación laboral, con el único límite del control de razonabilidad y proporcionalidad de la justicia constitucional.

15) La relación individual de trabajo de regencia Estatutaria se caracteriza por la ajenidad, lo que determina la subordinación del trabajador al poder directivo del empresario, poder que trae su causa además en la libre empresa, formando parte de su contenido esencial. Es el contrato de trabajo, tal y como se configura en la sociedad industrial, que legitima esa subordinación y a la vez la limita en relación con formas históricas precedentes de subordinación, aunque en su fase tayloriana se constata una interpretación expansiva del poder directivo.

16) El poder directivo empresarial posee un contenido muy amplio, pero viene siendo sometido progresivamente a un proceso de objetivación y tipificación de la discrecionalidad empresarial originaria, de forma que actualmente y en el sistema constitucional español ese poder posee importantes limitaciones, tanto intrínsecas, o sea regularidad de su ejercicio en base a criterios de buena fe y de proporcionalidad, como extrínsecas, que derivan de la norma, sea esta fundamental, es decir, en concurrencia con otros derechos constitucionales u ordinaria de la legislación laboral infra constitucional; y puede derivar también del consenso, a través de ejercicio individual y colectivo de la autonomía de las partes y, más aún a través del ejercicio del contrapoder de los trabajadores en la empresa en los casos de participación.

La reforma laboral del RDL 3/2012 ahora sustituido por la Ley 3/2012 de 6 de julio profundiza una tendencia apoyada en la flexiseguridad y en la contramano del camino recogido antes, al retirar poder del trabajador en la negociación de los convenios colectivos sectoriales para concentrarlo en la mano del empleador en la negociación de los convenios colectivos de empresa, causando un desequilibrio, sino un nuevo equilibrio que reclama la participación en la toma de decisión en la empresa.

17) El contrato de trabajo desde su origen tiene implícita la subordinación y que resulta en atribución del poder directivo al empresario, pero ambos subordinación y poder directivo no son incompatibles con sus limitaciones. La subordinación no es una

sumisión absoluta como forma de negación del debido valor al trabajo humano y la dignidad de la persona como ya ha afirmado el Tribunal Constitucional, tampoco el poder de dirección no puede dejar de someterse a limitaciones, consecuencia de la existencia del contrapoder de los trabajadores. La participación de los trabajadores en los órganos de decisión constituye una forma de ejercicio de ese contrapoder, en forma de oposición, que se asemeja a la parlamentaria, que aspira a condicionar, pero no a sustituir o anular el gobierno de la empresa.

18) El legislador, al que corresponde ponderar los intereses constitucionalmente protegidos que concurren en la regulación de cada estatuto empresarial, está legitimado para establecer formas imperativas de participación orgánica de los trabajadores. Todavía, cuando el legislador incurre en excesos el Tribunal Constitucional puede ser instado a pronunciarse sobre aquellos intereses y la inconstitucionalidad de la norma que afronta preceptos de la Constitución. Por su vez, la legitimación posee una entidad específica, se la empresa es una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, o una empresa unipersonal de responsabilidad ilimitada, pues el legislador tendrá que modular las limitaciones de poder directivo al establecer formas imperativas de participación como contra poder de los trabajadores.

19) La concepción de que la participación en la gestión de la empresa constituye un derecho de los trabajadores tiene sus referentes ideológicos en los conceptos de democracia industrial o ciudadanía de empresa y democracia económica, que cuestionan la legitimidad de la atribución unilateral del poder decisorio al empresario. Esta participación se justifica desde una perspectiva subjetiva como afirmación de una ciudadanía económica entendida como legitimación por parte de los gobernados del poder empresarial. Desde una perspectiva sistemática, la democracia económica supone la extensión del principio de legitimación democrática a aquellos ámbitos de decisión económica que no pueden considerarse como estrictamente privados y entre ellos, a las grandes empresas en régimen de sociedad anónima.

20) La participación, en ese sentido, supone un elemento de cierta politización de la economía, al reforzar mediante ley los objetivos sociales de la empresa, provocando la interiorización recíproca de los intereses de capital y trabajo, sin que ello suponga la pérdida de autonomía de las partes. Todavía no supone un elemento de estabilización de aquella, pues la empresa persiste como poder privado, sino que se trata de un instrumento de control típico del neocorporativismo social y es en un esquema como este donde la participación en la empresa despliega su plena eficacia, en conexión con instrumentos participativos de ámbito nacional ya que, junto a las normas sobre derecho de competencia, puede constituir un medio de control del poder de las grandes empresas sobre el mercado de bienes, servicio y de trabajo.



21) Al contrario del que ocurre en otros países del entorno de España, la participación de los trabajadores no sólo se infiere del estatuto constitucional de la empresa y de la ponderación ella de los intereses del capital y del trabajo, sino que viene requerida por un mandato constitucional explícito, art. 129.2 y que no es sino la concreción en el ámbito de la empresa del mandato general de participación en la vida económica que contiene el art. 9.2, y que, es exigencia a su vez de la tipificación constitucional del Estado como Estado social y del objetivo de una sociedad democrática avanzada, que puede perfeccionarse más con el principio del debido valor al trabajo humano.

22) Ese principio viene de encuentro al tipo de participación reclamado por ese contexto constitucional, de una participación en sentido fuerte, que trasciende la legitimación periódica de las instituciones políticas representativas y que tiene otras manifestaciones en el ámbito económico, tanto en lo que se refiere a la empresa, como a la negociación colectiva y a la administración económica. Pero, en el ámbito de la empresa, el mandato del art. 129.2 vincula a todos los poderes públicos y prefigura un auténtico derecho de los trabajadores a intervenir en el proceso decisorio de la empresa. Es que se trata de un derecho autónomo aunque emparentado con el derecho de los trabajadores a participar en la vida económica a través de la negociación colectiva art. 37 CE, y a través también de las instancias de administración económica, que, sin embargo, son ámbitos de participación que poseen su habilitación específica en otros preceptos constitucionales. Aunque, la negociación colectiva pueda desempeñar también eficacia en el ámbito de la empresa, la participación en la empresa a la que se refiere el art. 129.2 no es la reclamada por la libertad sindical, sino la específica participación *ad intra*, en la gestión de la empresa.

23) Mismo considerando que la dicha participación, por su ubicación sistemática lejos de las garantías de las libertades y derechos fundamentales y por esto no disfrutaría de los privilegios de otros derechos constitucionales y que no se han desarrollado mecanismos eficaces para reaccionar ante el incumplimiento de un mandato constitucional, y a pesar, incluso de la relativa imprecisión del precepto que lo recoge, debe afirmarse necesariamente el carácter vinculante de este, para todos los poderes públicos y en concreto, para el legislativo, que ha de subsanarlo tornándolo real y efectivo como prevé el art. 9.2 CE, por ser un importante derecho de ciudadanía, no excluido de tal rango.

24) Por más que sea extraña el posicionamiento estructural de la participación de los trabajadores en la empresa con la ubicación en el Título VII (Economía y Hacienda), por lo mínimo, deja de relieve que el instituto es un problema de actuación del sector público, “en el marco de la economía de mercado (...) de acuerdo con las exigencias de

la economía general y, en su caso, de la planificación”, art. 38 CE, en la hora de “promover eficazmente las diversas formas de participación” art. 192.2 CE. Por esto se espera una actuación del sector público tornando el instituto de la participación en la empresa más fuerte e insoslayable, incluso por su vinculación substancial con los elementos estructurales de la Constitución económica.

25) Aunque el Tribunal Constitucional ya había proclamado su neutralidad en el juicio de amplitud y oportunidad del ejercicio legislativo ante al mandato constitucional para el legislador ordinario, mientras se reconozca poseer una margen de apreciación que le garantiza la apertura constitucional, tiene la obligación de ejecutar dicho mandato, a través de una legislación que promueva “eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”, que garantice un contenido mínimo de participación compatible con el enunciado del precepto y en general, con la ponderación que hace la constitución de los intereses que confluyen en la empresa y en concreto, del trabajo. Todavía ese contenido mínimo indisponible para el legislador no es uniforme para todas las empresas mismo cuando es el mismo para el trabajador asalariado, pues debe respetar la intensidad que en cada caso poseen esos intereses confluyentes, para asignarles la correspondiente cuota decisoria, pero incluye en todo caso, el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados, por lo mínimo, en relación a las decisiones empresariales que afecten sustancialmente a la prestación laboral. Así el que el legislador debe observar es el establecimiento de garantías de una participación modulada según el tipo de empresa y otras características.

Existen formas de participación depuradas en proceso de formación de los ordenamientos jurídicos por influencia de la doctrina, mas principalmente por la presión de entidades sindicales, agentes sociales y agentes políticos, de los cuales resultaran diferentes formas cuyas primeras manifestaciones tienen origen en Inglaterra y Alemania con formas potentes de cogestión y que ha desembocado en este estudio en formas tradicionales como participación en la producción o en la organización empresarial, participación en la vida de la empresa o en la gestión social, participación en todas esas formas son campos abiertos en el ordenamiento español, pero sin efectividad. Mismo no se configurando en su esencia como nuevas formas, muchas estrategias se viene desarrollando en el espacio europeo de entre las cuales merecen destaque las políticas de gestión de calidad, responsabilidad social de la empresa, adopción de código de conducta o compromisos morales y la empresa flexible como alternativa a las formas de participación, hasta llegar a la autogestión que pueden ser desarrolladas en España.

26) El derecho de los trabajadores a la participación en la empresa en el ámbito comunitario posee el rango de derecho social fundamental y con tal rango se integra en el proyecto de Constitución europea. En el progresivo esfuerzo para garantizar ese

derecho, la Unión Europea ha aprobado diversas directivas que pretenden armonizar las legislaciones nacionales en la materia, con el objeto de evitar el llamado *dumping* social. España como miembro de la comunidad ha asimilado en su ordenamiento los aspectos principales, si no con el mismo énfasis de derecho fundamental, que tiene en el Tratado de Lisboa que substituye la Constitución Europea abandonada por el momento su ratificación, por lo menos ha dispensado nivel constitucional. Todavía el mandato del art. 129.2 CE permanece prácticamente intacto y los escasos desarrollos legislativos habidos en materia de derechos de información y consulta han sido fruto, en algunos casos, más del necesario cumplimiento de las exigencias comunitarias que de un impulso autónomo.

27) La participación de los trabajadores en la empresa, como muchos otros institutos de Derecho del Trabajo desde una acotación por el Derecho Internacional promovido por la OIT ha ganado espacio en los ordenamientos jurídicos de muchos países occidentales, cada uno con características propias y que se posicionan en dos importantes vertientes, una que sigue la línea de los derechos de origen latina de la cual hacen parte, allá de España, otros países como Francia, Italia, Portugal, Brasil, Argentina y México de entre otros que no hicieron parte del estudio comparado y en otra vertiente los países de origen sajona destacados por Inglaterra y EE.UU. y un especial estudio comparativo con el Derecho alemán, incluso por la influencia no solo sobre el ordenamiento jurídico español como de la propia Unión Europea. En esta se ha destacado en este trabajo de tesis los modelos de participación que se sitúan en dos bloques, un de los países miembros que presentan formas predominantemente de canal único de participación como Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Suecia, Dinamarca y Bélgica, y países de doble canal como Alemania, Francia, Holanda, Luxemburgo, Portugal y España.

28) La dupla realidad del escenario español que tiene por un lado un legislador apático en relación a participación del trabajador en la gestión de la empresa y omiso en relación al mandato para establecer “los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”, art. 129.2 CE; y por otro lado el mismo legislador a las vueltas con reformas periódicas del Derecho del Trabajo como medida estratégica de reaccionar a las crisis cíclicas generadora del mayor tasa de desempleo de los últimos años y que tiene levado a un proceso de culpabilización del Derecho del Trabajo como se causador de ellas fuera. Y que, si de alguna forma ha contribuido para las crisis, es de forma indirecta y poco significativa en relación a los verdaderos factores responsables por ellas.

29) Existe un consenso bien demarcado por la doctrina de que el Derecho del Trabajo que continua cumpliendo su función social, pero que no más con la misma eficiencia de antaño, pues ha perdido la capacidad de expandir sus fronteras y alcanzar

los factos nuevos de una economía cambiante en un mercado mundializado que exige una ordenación normativa eclética y eficiente que pueda responder a los nuevos desafíos, el que ha tornado el Derecho del Trabajo casi que un derecho en crisis y que viene perdiendo espacio, reculando sus fronteras en favor de otros derechos como el Civil y Mercantil, dejando en desamparo trabajadores remunerados, abandonados a su propia suerte.

30) Las reformas laborales, principalmente la última, no ha tratado de la participación, pero los cambios que ha introducido fueran de gran envergadura, de entre otros, en las convenciones colectivas empresariales y respectiva negociación, desplazando la línea divisoria del poder en beneficio del empresario y reduciendo considerablemente el poder de los trabajadores en los convenios colectivos sectoriales no ofreciendo otra opción de un nuevo equilibrio, el que al envés de enflaquecer o desautorizar el derecho de participación de los trabajadores en la empresa lo refuerza e incentiva, por ya estar comprobado que la representación de trabajadores en la empresa, sea unitaria o sindical no pasa de 7% en todas las empresas españolas y que la legislación del LET y LOLS inviabilizan su funcionamiento como contrapoder negociador con el empleador en la empresa, restando por lo tanto el camino de la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, camino más seguro y necesario en momentos de tanta incertidumbre.

31) Dos importantes teorías fueran analizadas al largo de este trabajo y en estas conclusiones, de un lado la constatación de un proceso de deconstrucción de Derecho del Trabajo con la superación progresiva de antiguo paradigma tuitivo y la expansión de un nuevo que tiene origen en países de influencia sajona con Estados Unidos de América de Norte y que viene influenciando economías como de Brasil, presentado por el Prof. Dr. Ojeda Avilés en su obra. De otra parte la teoría de refundación o revisión del Derecho del Trabajo, propuesta por el Prof. Dr. Palomeque López, que ofrece importantes aportaciones para la reforma y fortalecimiento de esa rama del derecho, con adaptación del ordenamiento laboral y la actualización de la disciplina jurídica. Esas teorías han servido de inspiración y fundamento para las sugerencias presentadas, como también las muchas obras consultadas que hacen parte de la bibliografía y que apoyan esta tesis.

En los tiempos actuales muy diferente de antaño el que se espera de todos y cada uno en su campo de actividad es añadir ideas, mismo que no sean nuevas, o con nuevos enfoques, pero que tendrá la facultad de aportar cambios a la realidad o por lo menos ayudar a superar las dificultades que hasta ahora se tiene mostrado resistente al arsenal de medidas ya tomada por el gobierno de España en relación al expresivo número de desempleados y la tentativa de reaccionar el mercado económico-laboral.

Esta tesis, por pequeña que sea su contribución, está puesta con los ojos en el hoy de las relaciones laborales, pero pensando en el mañana, que debe empezar con el instituto de la participación y el propio Derecho del Trabajo tan visado en tiempos de crisis, teniendo como instrumento de apoyo o piedra angular de todo el cambio, el debido valor al trabajo humano.

32) La deconstrucción del concepto de participación, es decir una relectura del concepto, y su refundación proceso de mudanza en una base más apropiada a estos nuevos tiempos es un imperativo e supervivencia y eficacia para el instituto. La razón es que la participación no es algo extraño a la relación de trabajo ella es un derecho propio del trabajador que desarrolla un labor en pro de otra persona que lo remunera. Que solo cabe al trabajador ejercitarlo, al empresario reconocerlo y facilitar el ejercicio y al Estado acogerlo en su ordenamiento y exigir su cumplimiento. El fundamento de la participación es el debido valor al trabajo humano asalariado. Y su concepto no puede ser otro que “un derecho subjetivo del trabajador asalariado que es modulado según el comprometimiento resultante del vínculo en la dimensión del debido valor al trabajo en una relación biunívoca”, es decir, es un derecho-deber para el trabajador y para el apropiador de bienes o servicio ajeno.

La participación no puede se restringir tan solo a una de sus formas la producción, se participa de la producción con su labor le ha de ser facultado el derecho de participar en los destinos de la empresa, por menor que sea esta participación.

## **II. Síntesis conclusiva**

### **1.1. Marco general de la participación en la empresa**

En síntesis, la esencia de la tesis que se defiende es tornar efectivo el derecho a la participación de los trabajadores en todas las formas de participación en la empresa y, de manera especial en las decisiones y el gobierno de la empresa. Para alcanzar estos objetivos una larga investigación se ha desarrollado en la extensa y rica bibliografía que ofrece el universo científico de España, sea de sus propias experiencias y producción y también sobre Europa, hasta algunos países fuera de la Unión, en el derecho comparado. Otras importantes fuentes, muy rica en su diversidad y orientación a que se tuvo acceso por medio de los fallos y la doctrina de los tribunales, principalmente del Tribunal Constitucional de España y del Supremo, y también el Tribunal Alemán, y ocasionalmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

También como referencias utilizadas en la investigación se ha analizado algunas experiencias ejemplares, mismo que algunas sin el éxito esperado, pero que por lo menos han servido de subsidios para el estudio. Son registros sucintos de hechos

ocurridos en Brasil e Argentina, en relación al tema participación en la gestión de la empresa, donde trabajadores tuvieran acento en órganos de decisión de las empresas en que trabajaban.

Estas riquísimas fuentes han permitido producirse el contenido de este trabajo que viene siendo burilado bajo la orientación del Director de Tesis cuya síntesis conclusiva se sigue.

#### a) Evolución de la participación

La clave de todas las formas de implicación de los trabajadores en la empresa como se ha visto es la participación y que tiene su origen o raíz en los procesos de democratización industrial en la obra clásica de 1898, de los esposos ingleses WEBB, que planteaban la limitación del poder empresarial mediante una legislación imperativa. Ya, para los alemanes que admitían mecanismo semejante, pero inicialmente un poco más radical, lo denominaron de democracia económica, constitucionalismo de empresa o cogestión, como é más conocido. Facto es que, después del edicto imperial alemán de 1880, las primeras acciones en este sentido empiezan con el empresario cediendo espacio, en razón de la presión obrera, para una representación de los trabajadores en órganos de vigilancia, control y hasta dirección de la empresa.

La mayor contribución para llegar hoy a las diversas formas, según la sensibilidad y competencia que han desarrollado los legisladores bajo la influencia de una doctrina científica y jurisprudencial que ha ejercido un trabajo de construcción y por veces deconstrucción o relectura, que tiene como marco inicial la primera formulación de la idea de participación en una propuesta presentada en la Asamblea Nacional de Frankfurt, en 1848.

Sea cual tenga sido la motivación que ha llevado empresarios alemanes a negociar con trabajadores las embrionarias formas de cogestión, mismo cuando se afirma que visaba alejar del interior de la empresa la influencia e intervención sindical, o mismo sentimientos altruistas que descortinaban un futuro de cooperación, el inevitable proceso de democratización en la empresa ha ganado fuerza, para llegar a condición de actuación empresarial que se espera hoy, de desarrollo de la actividad productiva de acuerdo con las normas, que sólo es posible si observar derechos, libertades y principios como el de la solidaridad, en las relaciones laborales.

Para las transformaciones y la consecuente formación del cuerpo jurídico del trabajo, que en poco más de un siglo de existencia, ha marcado de forma indeleble la civilización occidental, garantiendo la paz social y propiciado a las relaciones de trabajo el reconocimiento de una ciudadanía, y cada vez más viene perfeccionando formas de participación en la empresa, garantizándolas muchas veces en los textos

constitucionales y por la ley ordinaria, pero también en el derecho internacional promovido por la OIT o comunitario en la Unión Europea.

En España el sentido y alcance de la participación en el texto constitucional gana un sentido ambiguo y vaporoso, o sea, posee un sentido múltiple y alcance variado en una fórmula abierta, adoptada por el constituyente que ha delegado al legislador infra constitucional un título en blanco para que rellene como bien le convenir.

Por cierto no se ha equivocado o ido lejos demás el constituyente español cuando consagra el deber de trabajar y el derecho al trabajo, lo que hace es reconocer una realidad que subyace a la vida social en un Estado social y democrático de Derecho, es elevar el ser humano que trabaja productivamente y asalariado al nivel de dignidad que le es propio y que, sólo a poco tiempo, ha sido guindado a la esencia de los derechos fundamentales con el art. 10.1, 10.2 CE y el propio art. 35.1 CE, y también, con la necesaria conexión, de entre otros, de los arts. 1.1 y 9.2 CE. No falta razón al Tribunal Constitucional cuando afirma que el trabajador no puede ser privado del derecho de ciudadano.

Está claro que el derecho al trabajo y la participación, en cuanto derecho ciudadano, no pueden ser despreciados, so pena de provocar un *caput diminuti* de la personalidad del trabajador, por las consecuencias que emanan del contrato de trabajo, tampoco en nombre de la propiedad o libertad de empresa, con despojo mismo que transitorio o las limitaciones injustificadas, impostas por el empresario a los derechos fundamentales del trabajador, tan difícil de ser reconocido en toda su extensión.

Está también con razón Sudreau en su informe cuando afirma que el trabajo sólo engrandece, o permite el desarrollo de la personalidad, cuando el trabajador dispone de iniciativa y responsabilidad, a cual se debe acrecentar, que también sea participe de la aventura, que es la empresa en días de hoy, su destino y gestión. Dicho de otra forma, al ser parte activa de la vida de la empresa el trabajador se realiza y ayuda a engrandecerla, la realización es conjunta, no puede ser el crecimiento de una en detrimento de la otra parte del contrato, pues, si así fuera, hay un enriquecimiento sin causa del empresario, es que el salario no cubre el alto coste para el trabajador, la agresión a su dignidad, o en lo mínimo un injustificable privilegio del empresario generador de discriminación, contraria a todo y cualquiera postulado de los derechos humanos.

Las muchas manifestaciones de ser parte en algo ya ayuda a conceptualizar la participación en sus diversas formas de expresión conocida por la doctrina y el ordenamiento jurídico laboral, todavía sin agotar en estas formas la imaginación de un modelo ideal que incorpore la perfecta síntesis, sustituta de la etiqueta estándar en que se reveló la actual expresión participación, o por lo menos, anclarla en una idea fuerza

que tiene en el principio del debido valor al trabajo humano la piedra angular de la participación.

Es preciso atreverse, es decir, ir allá del legislador, alias fue ello mismo quien dejó para que las partes osasen, o mejor diciendo, encuentren y elijan la fórmula ideal para la más difícil de todas las relaciones entre los hombres, la relación laboral, tan llena de vicisitudes.

Existe una realidad que precisa ser dilucidada en todos sus contornos que es el contrato de trabajo, pues cualquiera que sea su naturaleza, es la formalidad, esté o no representado por un documento escrito, que reúne y enlaza dos o más personas en torno de una aventura común, el emprendimiento, visando un objetivo y de ahí, el vínculo que los unen no debe tener otro sentido que no de la participación, o mismo se desear la implicación. Pero siempre bajo la égida de la cooperación, no importa el nombre que se dé o identifique a este encauzamiento, si democracia o cogestión.

La necesidad generadora de los conflictos y las crisis son dos experiencias que ponen a la prueba la capacidad de las personas y de las organizaciones en solucionar las causas de sus existencias, que sólo se diferencia una de la otra en razón de la intensidad y su emergencia. Ambas han hecho el hombre se doblar ante una verdad trascendental, que es la cooperación como una de las únicas y más eficaces fórmulas de solución de los problemas generados por una u otra. Por lo tanto, para los conflictos tal como para las crisis se recomienda la cooperación, así en la empresa donde siempre están presentes no puede ser diferente.

Sin embargo, no se puede olvidar que el conflicto, que se implica mutuamente con las crisis, tiene levado las personas, los grupos sociales, la sociedad, las instituciones y las empresas a la superación y el avance en continuos procesos de depuración en todas las esferas, pero existe los efectos colaterales inevitables como es el sufrimiento y el dolor. Es llegado el tiempo de superar las crisis con sabiduría e inteligencia, así, la realización, ganancias y desarrollo no tiene porque y no puede ser tan sólo de una de las partes de la relación laboral, el empresario, pero también del aparcerero el trabajador.

Europa hoy a coste de muchas experiencias traumáticas en la vida de suyas gentes ha descubierto el camino de la unión, superando, o por lo menos luchando por la superación de los obstáculos a su progreso, impulsada por el mercado comercial, quebrando algunos paradigmas, para alcanzar el social, buscando fórmulas de superación de los impactos negativos de todas las grandes transformaciones tecnológicas, económicas y sociales para, no tan solo mantener, pero ampliar la competitividad de sus bienes y servicios en un mercado totalmente imprevisible.

La Unión en las tres últimas décadas ya presenta un gran historial variable de avances, estagnación, retrocesos y retomadas por medio de la síntesis, en un de los más



sensibles y emblemáticos campos de actuación de las relaciones humanas, la acción social en la empresa. Se cree que un de los grandes choques para su despertar y actuar es la crisis del empleo, con toda la complejidad de sus consecuencias, se ha tornado un desafío permanente.

Los muchos estudios encomendados y desarrollados en ámbito europeo tienen como subsidio las mejores experiencias acumuladas por los Estados Miembros de la Comunidad. La conjugación de estas características heterogéneas de cada país, tiene ofrecido una pauta muy rica de procedimientos normativos para escolla y elección, y después el desarrollo de su modelo bajo a una realidad más auspiciosa aún que es el campo de las relaciones laborales.

Así es que con ese *background* y el trabajo de construcción de un derecho propio, ha superado los principales óbices de las crisis de los años setenta y ochenta, abriendo un camino para trillar por el siglo XXI. En materia de empleo hubo buenas conquistas en ciertos momentos, pero sin solucionar el problema, que permanece recalcitrante y de forma bien acentuada, mismo en proporciones más graves en unos que en otros países de la comunidad, todavía tiene alcanzado niveles razonables en varios de ellos.

En la Unión Europea se ha consolidada una agenda, fruto de la convicción de que la clave de mucho de los problemas económicos tiene fundo social y sede en la ausencia de una participación eficaz de los trabajadores en la empresa, cuya pauta se inscribe la receta de varias fórmulas para alcanzar la tan deseada implicación de los trabajadores en la empresa, o sea, la participación por el ejercicio de la información, consulta y efectiva participación en la dirección y gestión de la empresa.

Es sabido que la integración comunitaria empezó con motivos exclusivamente económicos, mercantiles más precisamente, y que sólo en segundo plano estaban las políticas sociales, como instrumento de conciliación de aquellos intereses económicos, pero con la característica bien definida de desarrollo por los Estados miembros.

De otro lado la desigualdad económica, ahí comprendida la técnica, tecnológica y de comunicación, en consecuencia la social, en el ámbito europeo era muy grande, y no es que hoy ya se haya superado integralmente. Por su vez los ordenamientos jurídicos de los países de la Comunidad se mantuvieron muy distanciados un de los otros. Esta complejidad tiene requerido una habilidad muy grande para promover los avances respetando las diferencias y no hiriendo la autonomía de los Estados que la componen.

Así es que, con los subsidios fornecidos por la múltiple realidad y experiencia de los estados miembros y el proceso de perfeccionamiento interno desarrollado en el seno de la Unión, se ha abierto un muy largo camino que desde el pos segunda guerra mundial, juntamente con la OIT, se viene trillando paso a paso con base en la siguiente

agenda, pero antes adviértase que hubo momentos de retroceso, estagnación, avances hasta cambio de rumbo.

1) La rica experiencia de los EE.MM. y sus complejos problemas.

2) Algunos países de Europa conflagrados por la guerra pasaran por la reconstrucción de lo pos guerra.

3) Las crisis económica y política de los años setenta y ochenta principalmente aquellos y el esfuerzo de superación.

4) Las estrategias Europeas de generación de un derecho propio, de un proceso de armonización y una política de comprometimiento con los objetivos sociales europeos, que aquí se focaliza bajo el ángulo de la participación de los trabajadores, produciendo:

- Informes Biedenkoff de Alemania en 1970; Sudreau en Francia de 1975; Bullock en Reino Unido de 1977, y otros reveladores de la situación de sus países, con influencia en el derecho europeo, pero ni siempre asimilado completamente.

- El libro Verde sobre la participación de los trabajadores y estructura de la empresa, elaborado bajo los auspicios de la Comisión de la Comunidad Económica Europea en 1975, un de los documentos más completo, se no fuera la falta de eco en relación a la efectiva participación de los trabajadores en la empresa.

- La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 acogedora de los derechos de información, consulta y participación, la cual fue aprobada por la Acta Única Europea de 1989 que incluyó la obligatoriedad de observación de principio de cohesión económica y social en la actuación comunitaria, bien como el Diálogo Social a ser desarrollado por la Comisión Europea.

- El Tratado de Lisboa firmado en 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, con un texto de gran complejidad técnica, tiene la virtud de mantener buena parte de las aportaciones orgánicas y competenciales contenidas en el fallido Tratado Constitucional. La última etapa da evolución en aquel Tratado viene representada por el contenido introducido en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE sobre Política Social e Fondo Social Europeo y en el Tratado de la Unión Europea TUE, que reconoce el mismo valor que los tratados a la Carta de los Derechos Fundamentales, entre los que se incluyen los derechos de solidaridad.

- El derecho social comunitario allá de sus tratados constitutivos toma impulso inicialmente con algunas Directivas sobre despidos colectivos, mantenimiento de derechos de los trabajadores en casos de traspaso de empresa, centro de trabajo o

actividad, seguridad social y de relaciones individuales de trabajo. Pero en materia específica de participación de los trabajadores en la empresa, con los documentos siguientes experimentó sus mejores y mayores avances:

Directiva 94/45/CE, sobre constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta en la empresa o grupo empresarial de dimensión comunitaria, con la versión refundida por la Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo de 2009;

Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores;

Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea;

Directiva 2003/72/CE, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en el que respecta a la implicación de los trabajadores; y

Reglamento 2157/2001, por el cual aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, que admite un sistema de doble opción o sea, el sistema monista y el sistema dualista solucionando el difícil inconveniente de enyesar, resolviendo de manera flexible y conciliadora, en el ámbito de los EE.MM. y comunitario, parte de los problemas sociolaborales.

Con estos principales instrumentos normativos señalados, que tratan de la participación añadidos a tantos otros, se viene consolidando un derecho social comunitario que no tan sólo armoniza como también aproxima, influencia y orienta el ordenamiento jurídico de sus países miembros, en la búsqueda de los actuales objetivos comunitarios de entre ellos, convertir la economía europea en la económica basada en el conocimiento, más dinámica y competitiva capaz de crecer de forma sostenida, con más y mejores empleos y con mayor cohesión social, pero que atraviesa hoy momentos muchos difíciles en razón de los problemas económicos de algunos de sus miembros.

Cada vez más se viene depurando el objeto del nuevo paradigma del modelo europeo, relativamente a la empresa y principalmente la participación de los trabajadores en la empresa, incluso cuanto a las estrategias de armonizar la legislación. De una parte en relación al objeto que inicialmente era alcanzar los derechos de información y consulta; después información, consulta y participación; a seguir información, consulta, participación y cualquier otro mecanismo suficiente para influir en las decisiones que se adopten en la empresa; hasta llegar, a final, en la implicación del trabajador en la empresa. De otra parte, en relación al instrumento para consecución, han partido de la norma que armoniza para llegar a la adopción voluntaria por los sujetos envueltos por el modelo europeo, dentro de una dimensión social, o sea de una Europa Social posible, es el que se espera hasta que se adopte medidas más eficaces.

Este es el modelo que está puesto también a España en cuanto miembro de la Unión Europea. No que haya tanta dificultad para adoptarlo pues el doble canal que es un de los que ofrece el derecho europeo, ya era previsto en el ordenamiento jurídico español, de ahí es sólo hacer las adaptaciones que requiere el proceso de transposición normativa y asimilación voluntaria.

Desde 1922 España ya intentaba a través de un Anteproyecto de Ley implantar Consejos de Cooperación Industrial, después en 1931 las Comisiones Interventoras de Obreros y Empleados, todos a final frustrados.

El Decreto de la Generalitat de 1936, sobre colectivización y controle obrero, intenta una doble nueva forma con la empresa gobernada por el empresario, pero fiscalizada por la Administración Pública y la otra fue la autogestionaria privada, dirigida por un Consejo de Empresa sujeta a la fiscalización del Comité Obrero de Control y Empresas Colectivizadas. Esas interesantes experiencias fueran interrumpidas con el final de la guerra civil.

España durante el periodo dictatorial de Franco experimentó en relación a la empresa una mezcla de principios totalitarios y comunitarios, instituido los Jurados de Empresa con finalidad de armonizar y colaborar funcionalmente con la actividad en la empresa. Había también el Fuero del Trabajo que acentuó el elemento de subordinación jerarquizada. Hasta el final de la dictadura el tema de la participación en los órganos de la sociedad se ha quedado relegado a un plano secundario.

Desde los primeros hechos apuntados la representación sindical tuvo período de actuación, y durante las dictaduras excepción y clandestinidad. En 1977 la representación sindical tubo respaldo para que varias centrales se instalasen en la empresa y el protagonismo del debate sobre participación pasa para los Comités de Empresa. Con la Constitución española de 1978 empieza una nueva experiencia, pero sobre un modelo antiguo.

Tres relevantes aspectos relativos a la participación pueden ser apuntados a partir de la Constitución: primero que a CE trae una norma en blanco o sea un precepto abierto encomendado para que sea relleno por el legislador ordinario; segundo la influencia de las normas comunitarias, Directivas y Reglamento principalmente después de la admisión de España en la Comunidad en 1985; y tercero la reformulación del Estatuto de los Trabajadores dando consecución normativa al programático derecho de participación de los trabajadores previsto en el art. 129.2 CE.

El modelo español reivindicativo conflictivo de representación de los trabajadores en la empresa se va a los pocos cediendo espacio para una participación principalmente después de las reformas de 1994 y 1997. Paulatinamente se van superando la desconfianza de los representantes de empresa y de los trabajadores, incluso sindical.

Las organizaciones sindicales por largo tiempo tenían la visión de que la participación de los trabajadores era algo subalterno, la cogestión era una fórmula de involucrar a los trabajadores colocándolos en una posición de gran inferioridad. Por parte del empresario había mucho miedo de la pérdida de poder empresarial provocada no sólo con la participación en si, sino también con la presencia sindical dentro de la empresa.

No tan sólo por la saturación de esos posicionamientos, los cambios de la legislación y la percepción de la importancia de la colaboración y participación para la actividad sindical en la dinámica de las relaciones laborales, contribuyeron para superación de aquellos planteamientos. También tienen contribuido mucho, el desarrollo económico y social que experimentó España en los años finales del siglo XX e inicio del XXI.

El complejo sistema del derecho de participación adoptado por el ordenamiento español de doble canal se delinea desde el muy criticado artículo 129.2 CE, que manda los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, y que continua con la fomentación de las sociedades cooperativas y termina determinando la creación de medios de acceso del trabajador a la propiedad de los medios de producción en la empresa.

Tiene razón las críticas doctrinarias cuanto a la localización del comando constitucional en el Título sobre economía y hacienda y no junto a los derechos fundamentales y también por la forma vaga como trata de la participación, sin definir su forma.

Por su vez el Estatuto de los Trabajadores en el artículo 4.1, g) incorpora la participación de los trabajadores en la empresa, de entre los derechos laborales básicos, con esto transforma aquello derecho programático constitucional en derecho subjetivo, pero remite más una vez el derecho de participación para la norma específica.

El propio Estatuto cuida de completar con el artículo 61, que trata de los derechos de representación colectiva, pero en medio a una fórmula restrictiva y ambigua, que frustra su potencial cuando identifica el derecho de participación de los trabajadores en la empresa con sólo la creación de órganos de representación, a pesar de esta se constituir en una de sus manifestaciones, en su sentido más amplio, dejando claro ser apenas más una de las otras formas de participación.

A seguir el ET nombra los órganos de representación unitaria, el Delegado de Personal y el Comité de Empresas, artículos 62 y 63 ET, en continuación establece formas más débiles de participación, previéndola como determine los convenios colectivos en la gestión, y obras sociales, artículo 64.1 ET y la colaboración con la

dirección, cuanto a medidas de mantenimiento y el incremento de la productividad de acuerdo con el pactado en los convenios colectivos, artículo 64.1.2 ET.

La representación sindical se desarrolló por la Ley Orgánica de Libertad Sindical por medio de sus delegados y secciones sindicales junto a la empresa.

Otra Ley que prevé formas de participación es la de Prevención y Riesgo Laboral, mismo usando también fórmula restrictiva, pero tiene la virtud de separar derecho de participación y representación.

La opción por la representación sindical no excluye las otras formas de signo colaborador y gestor, pero estas acaban obscurecidas por aquellas.

En España viene ganando terreno cada vez más las fórmulas de participación cooperadoras entre trabajadores y empresa, aquellos planteamientos iniciales de índole conflictiva están cediendo espacio al diálogo y de este para a concertación, el que no quiere decir que el sindicato váyase retirar del escenario, tan sólo puede reducir la preferencia que posee, el modelo organizativo mixto o de doble canal y el unitario garantizan la supervivencia de un y otro.

Existe hoy el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la existencia de un cierto grado de interacción en las empresas entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria de los trabajadores, que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de instituciones y a sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otro tiempo fueran manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse.

Otro punto alto de significativo avance es la construcción de un diálogo social entre organizaciones representativas de trabajadores y empresariales, efectivamente desde 1979, con mayor o menor intensidad en determinados períodos, sobre cuestiones en torno de las relaciones laborales incluso la elaboración de normas, cuyo proceso de diálogo y concertación alcanzaron grandes marcos en España.

Un ejemplo es el Estatuto de los Trabajadores Títulos II y III cuyo anteproyecto fue objeto de amplia negociación principalmente entre Unión General de los Trabajadores (UGT) y Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y después en las Cortes con los partidos políticos más representativos PSOE y UCD.

Los grandes Acuerdos Interconfederales e Intersectoriales sellaron un período mucho importante para los contextos políticos, económico, social y especialmente para las relaciones laborales y la modernización de la legislación laboral.

Se ha de considerar, con todo, que las conquistas en la esfera de la participación no es siempre producto del diálogo y negociación de interlocutores sociales españoles, pero en parte por la influencia externa de la Unión Europea e internamente de las aportaciones doctrinarias generando un proficuo debate que tiene colaborado para las transformaciones del ordenamiento laboral en las reformas de 1994 y 1997, sin olvidar de los Tribunales y otros actores sociales.

Todavía ni todo son conquistas, hubo algunos retrocesos del ordenamiento laboral en términos de derechos de los trabajadores como ha ocurrido, en las reformas de 2010 y 2011, y especialmente la profunda reforma de 2012, que en una de sus vertientes afecta el equilibrio de fuerzas entre empresario y trabajadores por medio de las entidades sindicales en las negociaciones de los convenios colectivos priorizando el de empresa y vaciando el de ámbito sectorial estatal, el autonómico o de ámbito inferior, en un amplio proceso de flexibilización interna y externa de imprevisible resultado has ahora.

La influencia de la Unión Europea en la España moderna tiene sido muy grande en los aspectos económico, político y social, y que se ha por deber de justicia, reconocer el intercambio de influencias que la Unión también recibe. Más el marco de esta influencia que tiene recibido España está principalmente en el modelo europeo de derecho social y particularmente los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, no completamente absorbido aún, es decir no en toda su plenitud. Un gran referencial hoy es la Carta de los Derechos Fundamentales reforzada por el Tratado de Lisboa que tratan de derechos, libertades y principios, con destaque para el de solidaridad, como marco vinculantes de los derechos a la información y consulta en la Unión y EE.MM.

Las Directivas y el Reglamento aprobados por el Consejo Europeo, con reflejo sobre los países miembros y directamente sobre las empresas o grupos empresariales de dimensión europea, trazan un modelo depurado que tiene que ser asimilado por empresas españolas que poseen aquella dimensión, por vía de consecuencia, introducen en el mercado español aquellos avances.

Más recientemente el modelo europeo de Sociedad Anónima Europea o Cooperativa, el Comité de Empresa Europeo y por fin el derecho de implicación son conquistas europeas que compartidas con España determina en esta un salto de calidad muy grande.

En el derecho comparado, el ordenamiento de algunos países exigió un estudio más alentado, de un lado por su influencia sobre el ordenamiento jurídico laboral, y por otro, por su contraste con el de España, todavía, a unos otros países se ha dedicado un estudio más sencillo tan solo como referencia, por la influencia que podría haber tenido del modelo español.

En este trabajo de investigación se procuró acoger las principales clasificaciones cuanto a forma y modelos de participación de los trabajadores en la empresa, sin embargo, antes de acordárselas, se llama atención para los elementos que se combinan, contrastan o se influyen en el largo y lento proceso de transformación de las relaciones laborales, bajo el influjo del elemental forma de participación de los trabajadores en la producción para llegar a los modelos de estos nuevos tiempos.

Se identifica cuatro factores principales a saber: el personal formado por empleado y empleador y sus necesidades; el proceso que envuelve la dinámica de la actividad productiva y los medios materiales e inmateriales y sus funciones; el mercado sus necesidades, exigencias, competitividad, incertidumbres; y las crisis, las grandes transformaciones, los conflictos, los cambios de paradigmas y sus contextos. Estos factores apuntados produjeran cambios en las relaciones entre las partes del contrato de trabajo, justificando el llamamiento a otras formas de participación allá de la en la producción.

Los doctrinadores siguiendo el hilo de la clave usada en la Constitución Española para reconoce y alcanzar todas las manifestaciones del instituto con la llamada "diversas formas de participación", y después el legislador del Estatuto que nombró de "otras formas de participación", allá de la representación o diferentes competencias, como quieren algunos, presentan un abanico de opciones clasificatorias, así es que primero se va a tratar de las más tradicionales:

1) Participación en la producción o en la organización empresarial que se funda en el contrato y se desarrolla con la labor. El trabajador contribuye para el producto o servicio como resultado del proceso productivo.

2) Participación en la vida de la empresa o en la gestión social cuando es integrado en la empresa como en una familia, en una comunidad, integra la acción social de la empresa activa y pasivamente, bien como sus familiares.

3) Participación en la gestión de la empresa o en la dirección es la más difícil de ser concretada, por la resistencia, primero del empresario que no quiere dividir el poder y hasta por las entidades sindicales que, durante bueno tiempo desconfiaban de sus beneficios, en síntesis es compartir de la dirección o administración en las tomas de decisión.

4) Participación económica o financiera que se desdobra en participación en la propiedad y en los beneficios, o sea, se torna accionista o recibe beneficios por medio de títulos que la empresa le ofrece y que le rende complementos salariales.

Otras formas de participación son: interna y externa, y directa e indirecta. Sus propias designaciones ya inducen a su comprensión, así es que, en última análisis, el trazo diferenciador más importante es que la interna se desarrolla con el representante



dentro de la empresa con asiento en órgano de dirección o vigilancia y el externo no ha presencia de representante en los órganos de dirección y administración de la empresa; y la directa y indirecta en cuanto en esta el representante sindical no es necesariamente un trabajador de la empresa, pero indicado por la entidad sindical, en aquella es un trabajador que es electo por los otros trabajadores para representarlos junto a la empresa.

Otras clasificaciones son levantadas por algunos doctrinadores pero pierde el interés de análisis por su poca sustancia.

Las nuevas formas de participación son grandes variantes que se busca en el afán de conciliar intereses en todos los niveles para una efectividad de la participación por no conseguirla por medio de los sistemas hasta ahora usados, siguiendo caminos los más distintos posibles.

La Unión Europea tiene sido prodigiosa en la búsqueda de la efectividad de la participación de los trabajadores en la empresa. Primero recogió las experiencias de sus estados miembros sobre el tema, desarrolló intensos procesos de reelaboración para llevar una síntesis palatal por los EE.MM., empresarios y trabajadores pero que no herirse los principios que nortean el programa de Unión y contribuyese para su perfeccionamiento.

Para alcanzar sus altos objetivos desencadenó muchos estudios, comisiones, equipos de trabajo, congreso, foros, debates con el involucramiento de todos los interesados, principalmente con los interlocutores sociales, o sea representantes de trabajadores y de empresarios en el seno europeo para montar y desarrollar estrategias que lleven a la participación de los trabajadores, porque entiende ser la llave del desenvolvimiento en el siglo XXI y da Europa Social posible.

Las grandes propuestas comunitarias innovadoras para la participación allá de los ya comentados como el Comité de Empresas Europeas, la Sociedad Anónima Europea, la Sociedad Cooperativa Europea y las fórmulas de información, consulta y participación se puede citar:

1) Las acciones empresariales de gestión de la calidad europea centrada en políticas de RR.HH. de forma bien amplia, es decir, atención a la competitividad, política específica de gestión de los RR.HH. y sus reflejos y la acción social, imagen de la empresa, clientes, proveedores, etcétera.

2) Adopción de un código de conducta o compromiso moral europeo, que nada más son que normas establecidas unilateralmente por la empresa o grupo empresarial europeo, que por medio del cual se comprometen a observar o cuadro mínimo europeo de valores y objetivos en toda la empresa o grupo y su entorno incluso el medio ambiente.

3) Responsabilidad Social de la empresa siendo que esa transita desde los derechos de participación hasta la atención con el medio ambiente.

Como alternativas a las formas de participación es ofrecida la empresa flexible, o sea una empresa que esté acreditada junto a la Administración o de una Agencia y que cumpla estándares mínimos, públicos y de alcance general de un modelo europeo, actuando dentro de Europa y que tenga como cauce la RSE.

El reflejo del derecho de información, consulta y participación cunado en Europa, sobre el ordenamiento jurídico y la realidad española, tiene sido un proceso lento de cambios, que conoció relevante impulso con la Constitución de 78 y el Estatuto de los Trabajadores de 80 y sus reformas de 74 y 79, y también con las Leyes Orgánica de Libertades Sindicales y Ley 2/1991 sobre derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Se ha abierto un largo espacio para la regulación convencional en relación a todos aquellos derechos y que hoy, teme parte de la doctrina, se no esté cerrando, por lo menos dificultando con el inicial RDL 3/2012 y después sustituido por la Ley 3/2012 de 6 de julio.

Los Tribunales se han pronunciado sobre asuntos específicos como la duda sobre el derecho genérico y activo de los representantes a solicitar información que precisan, concluyendo que no cabe solicitar información más extensa e intensa que el previsto en las normas y convenios.

La autogestión tiene llevado a debates sobre su pertinencia en el trato de la participación de los trabajadores subordinados ya que son partícipes en la propiedad y la dirigen porque son sus propietarios y por este motivo recibe tan sólo una pequeña referencia en este trabajo de investigación.

Por último se ha ocupado aquí de la participación transnacional de los trabajadores en la empresa o grupo de ámbito europeo y/o internacional, el que ocurre con frecuencia con las multinacionales, que en algunos casos amenaza las garantías y efectividad de los derechos de información y consulta de los trabajadores. Cupo pues analizarlas bajo la confluencia de diferentes modelos de participación en la armonización sectorial o aún la implementación de los Comités de Empresa Europeo y a la luz del sistema de libre y voluntaria negociación entre las partes.

Procede la preocupación por cuanto muchas multinacionales cambian de sitios, ciudad, regiones o países sus instalaciones y centros de actividad para huir de legislación más restrictivas y onerosas para ellas. El que busca la Unión es el cumplimiento y efectividad de los derechos sociales europeos, principalmente en relación a la participación de los trabajadores en la empresa que actúa en el ámbito de la Unión, criando incluso un amplio espacio a la negociación.

España tiene se beneficiado y por su vez impulsado todas estas conquistas que pasan a hacer la diferencia entre las relaciones laborales de hoy y las del pasado, contribuyendo efectivamente para una sociedad más justa y una vida más digna para empleados y más responsabilidad social de los empleadores, es el que se espera y que en este trabajo de tesis se ofrece este estudio y en especial las sugerencias de cambio en el ordenamiento laboral.

#### b) El marco subjetivo y legal de la participación

En el Capítulo I se ha tenido el cuidado de identificar los sujetos de la relación laboral y que a partir de ellos, en un proceso de configuración legal y reafirmación de ciudadanía que se da paso al derecho de participación de los trabajadores en la empresa, cuya manifestación de su concretización en España aún mucho se ha por progresar. Empresario o tomador de mano de obra que contrata trabajo asalariado, como un de los polos de aquellas dos relaciones, que tiene el poder de tornar real y efectiva la participación, es el sujeto pasivo de la participación y, históricamente el juez del merecimiento; y el trabajador dependiente o no, pero asalariado, es el sujeto activo de la participación, esté o no sometido a un Estatuto, como un derecho suyo que mismo no ejercitándolo, o cuando lo haga por su representante, en cualquiera de ellas, es la más legítima manifestación de su dignidad y que cobra un debido valor en la relación de labor que no es tan solo el salario, pero también de participación.

Otro elemento estudiado fue el escenario en el complejo contexto del trabajo productivo que tiene la empresa y el centro de trabajo como los legítimos centro de imputación normativa, donde se debe realizar el más elemental del derecho del hombre, a la vida digna en el trabajo y por ella reconocido el derecho de participación.

Aparte de los sujetos, existe una realidad que cada vez más interfiere en la relación laboral y sus sujetos, que tiene ocupado grande parte de los estudios doctrinales con los factos que viene poniendo en cheque la capacidad de actores sociales, empresarios, trabajadores y el gobierno, de administrar los cambios, domar las crisis y ofrecer soluciones para los desafíos de estos nuevos tiempos, donde el más desafiador es la falta de oferta de empleo y el paro. En un escenario complejo como este y que el mercado no tiene respondido satisfactoriamente a las medidas más duras adoptadas en varios países, de entre ellos España, es mucho difícil progresar para una efectividad del instituto del derecho de participación en la forma como se encuentra formulado.

Todavía, como se presenta en el estudio hecho del marco legal, cuanto al derecho de participación de los trabajadores en la empresa, partiendo del análisis del art. 129.2 CE, con el mandato a los poderes públicos para que promuevan eficazmente las diversas formas de participación, a despecho de su tan criticada ubicación, por la

doctrina científica y con toda razón, por estar fuera del rol de los derechos fundamentales, por lo menos aparentemente, pues su conexión con los art. 9.2 y 35.1 y otros más, fortalecen la convicción de que no existe otra forma de desarrollo de la personalidad del trabajador en su más importante actividad, se no le es reconocido el derecho de participación en las decisiones en la empresa, ya contemplado en la CE.

No ha de se hablar en dignidad en el trabajo se es negado al trabajador el reconocimiento elemental de las otras formas de participación cuando ya desarrolla una de ellas, la de producción, pero desconocer, o el que es peor negar el derecho a participar en la toma de decisión en la empresa, en verdad se es capaz de participar en la producción, es por lo mínimo un atentado a su dignidad humana.

La garantía que la Constitución española ofrece a el derecho de propiedad art. 33 y a la libertad de empresa art. 38, mismo cuando los limita en la función social de aquello y la planificación de esto, no significa de modo algún pérdida del dominio y poder de decisión en la empresa para organizarla y dirigirla, mismo que delante del reconocimiento del derecho al trabajo y a la participación en la empresa. El poder que dimana del contrato de trabajo, por más que se reconozca el derecho de participación en la empresa, este no tiene la propiedad de anular o disminuir aquél. En verdad, se queda integro el poder de organización y dirección, mismo en situaciones de codecisión.

Resulta del estudio desarrollado que también no tiene relevancia el temor que pueda tener el empresario, pues cerca de 93% de las empresas españolas no tiene participación en la empresa, es que 42% de ellas tiene menos que diez trabajadores, limite legal para la existencia de participación en la empresa, o aún la posibilidad entre 6 y 9 reconocida por el TC para poder tener derecho de participación y 51% sin trabajadores asalariado, o sea, sin cualquiera forma de participación.

Por su vez el trabajador precisa tener fortalecido su derecho de participación para que él se torne real y efectivo, el que se puede hacer con el reconocimiento e introducción en el ordenamiento laboral, desde la Constitución, del principio del debido valor al trabajo humano asalariado, conforme las sugerencias al final del Capitulo III de este trabajo de tesis.

## 1.2. El Derecho del Trabajo y la perspectiva de reorganización

Se ha dedicado el Capitulo III a un estudio que fue incorporado a la investigación a la medida que avanzaba y se descubría la necesidad de considerar un factor tan trascendental para el análisis del instituto del derecho de participación en la empresa, como es la crisis del propio Derecho del Trabajo. Así es que no se puede disociar un estudio jurídico de la evolución del Derecho positivo y el acercamiento sociológico, económico y cultural a las realidades del trabajo en una reflexión descriptiva y

normativa, sobre la articulación del Derecho con las nuevas practicas sociales, muchas veces creando zonas gris como existe entre el Derecho del Trabajo y otras ramas, considerando las graves emergencias provocadas por las crisis económicas y de empleo.

a) El modelo clásico del Derecho del Trabajo y el actual contexto

Se ha visto que el punto inicial de referencia del análisis es la manifestación de la crisis del modelo de regulación socioeconómica al que estaba vinculado el Derecho del Trabajo desde el principio del siglo XX. No se puede olvidar que este modelo industrial ha conocido variantes nacionales importantes, pero se ha identificado como un marco regulador centrado en una forma de subordinación estandarizada, la difusión de la familia nuclear, y la institucionalización de agentes colectivos, es decir, un derecho de clase, en el marco de un Estado nacional.

La estructuración en el plano institucional se asentaba, y continúa asentada, en un modelo que pone en relación la empresa, el sindicato y el Estado. Así es que la empresa cuya organización interna identificada como fordista estaba orientada hacia la producción masiva de productos poco diversificados y basada en una relación de trabajo típica, la relación salarial de trabajo subordinado y ajeno, que por el vinculo contractual une un empresario al trabajador empleado. Este con el tiempo corto de formación, padre de familia y que es contratado a tiempo indeterminado.

Por su vez, el sindicato de aquel dicho modelo es una organización activa centrada, no en la profesión, sino más bien en el sector de actividades, teniendo como nivel de negociación-clave el sector y no la empresa, como es la tendencia de algunos países hoy como España después de la ultima reforma, ahora parece intentar seguir el modelo de Gran Bretaña y otros países nórdicos, o sea, el sajón, sin abdicar del latino.

De su parte el Estado es identificado por un modelo económico keynesiano, que pretende sostener la demanda interna mismo que con riesgo de inflación; es un Estado nacional, que protege los mercados internos de la competencia externa; y un Estado concertador, que establece mecanismos de negociación social.

Resulta pues de esas configuraciones un Derecho del Trabajo y de protección social que da preferencia a un modelo único de relación de trabajo, o sea, el sistema binario que se forma por el trabajo subordinado y en el otro extreme el trabajo por cuenta propia o autónomo, que garantiza una seguridad individual pasiva del trabajador, un tiempo de trabajo homogéneo y negociaciones colectivas relativamente autónomas. Paralelamente existe la situación especial de los funcionarios vinculados al servicio público.

Con estas características el Derecho del Trabajo ha llegado a su edad de oro en los años sesenta, para una década después empezar a convivir con infranqueables obstáculos resultado de las diversas crisis que de tiempos en tiempos le ha fustigado y los diversos cambios, técnicos, tecnológicos, de robótica y de comunicación, y otros.

#### b) Actual evolución y carencias

Para la desintegración del modelo clásico muchas causas han concurrido de forma progresiva y, como apuntado por la doctrina, ella se desdobra en tres vertientes, siendo una de ellas la de reorganización del trabajo interno en las empresas con una producción más selectiva de productos desestandarizados resultando en una relación de trabajo más flexible, exigiendo un aprendizaje largo y continuado del trabajador.

Del parte del sindicato, en razón del paro nacido de la crisis económica, ello se ha visto obligado a redefinir su función pasando de la representación y defensa de los intereses de los trabajadores sobre salarios y las condiciones del trabajo masculino, sino también, sobre el empleo, la supervivencia de la empresa, y la igualdad entre hombres y mujeres.

Por su vez, el Estado ha abandonado su política keynesiana para convertirse en defensor de política anti inflacionista, que controla su presupuesto, orientando hacia el mantenimiento de las condiciones de la competencia, relativizando la noción de soberanía nacional en provecho de movimientos regionales como es ejemplo la Unión Europea.

Muchas fueran las transformaciones experimentadas por una evolución socioeconómica, sin perder de vista las exigencias democráticas que han presidido el establecimiento del Derecho Social a partir de la Constitución de Weimar, que enmarcaran el destino de muchas de las economías más desarrolladas. Hubo una mudanza del modelo económico que interfiere en el sistema de producción basado en la prestación generalizada del trabajo asalariado y por vía de consecuencia en el Derecho del Trabajo en el ejercicio de su función social de integración del conflicto estructural. El que es importante, como asignala la doctrina, y no se puede dejar de distinguir es la función objetiva y duradera del Derecho del Trabajo, ligado de modo permanente al conflicto social de base (y éste al sistema de producción), y su contenido institucional (el modo de realizar dicha función), que se subordina naturalmente a las contingencias políticas y a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta.

Instalada de modo estructural en las economías industrializadas, las crisis económicas han determinado, a partir de la mitad de los años setenta, un proceso que alimenta el trascendental debate sobre la influencia de la situación de la economía en la

regulación de las relaciones de trabajo, bien como adopción de políticas de ajuste económico y empleo, al tiempo en que se abren algunos interrogantes acerca de la continuidad de determinadas pautas tradicionales propias, cuando no la culpabilización del Derecho del Trabajo por las consecuencias negativas de las crisis económicas, incluso es relativamente frecuente que el empresariado lo considere, en parte por lo menos, como obstáculo a las adaptaciones del mercado, generando en las últimas dos décadas reformas laborales de diferentes calados.

La aceleración de los procesos históricos de gran intensidad en el sistema de relaciones industriales viene ofreciendo un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción, generadoras a su vez de cambios propios de la mundialización y de los imperativos de una nueva economía basada en el conocimiento, pero es sobre esas relaciones de producción que descansa el sistema normativo laboral, cuyo ordenamiento, actualmente, no más responde con la misma presteza y eficiencia como hecho en un pasado no muy lejano.

El Derecho del Trabajo de la sociedad postindustrial no más desplaza sus fronteras para alcanzar factos nuevos, por el contrario viene retrayendo y cediendo espacio para otros ramos del Derecho y el que es peor dejando un vacío normativo donde laborean muchos trabajadores.

Desde el Capítulo I de este trabajo de tesis, pasando por el II y de forma incisiva en el III, se procura demostrar no solo la situación actual del Derecho del Trabajo, más principalmente, la necesidad o misma urgencia de, apoyado en los elementos visibles del proceso de desconstrucción, buscar la refundación institucional del Derecho del Trabajo, no solo con una profunda revisión, más a través de una meticulosa, amplia y discutida reorganización, aprovechando sus elementos institucionales a la luz de dos objetivos que son la equidad y la eficiencia, fiadores de un paradigma menos afeito a las vicisitudes de las crisis que asolan la economía mundial.

El paradigma tuitivo que ha presidido las relaciones laborales de un Derecho dedicado a una clase, debe cambiar para un nuevo paradigma que no deje de ser tuitivo, pero también de eficiencia y justicia, y que la protección esté dirigida a todo trabajo asalariado, es decir, a la persona del trabajador en una actividad productiva asalariada, fundado en el debido valor al trabajo humano.

La clave de toda la reorganización es el principio del debido valor al trabajo humano, que introducido, se posible hasta de la forma sugerida en este trabajo, a partir de la Constitución española, él tendrá la virtud de propiciar un ordenamiento que permite modular los derechos a ser atribuido al trabajador según las peculiaridades de la relación laboral que se establezca. Más aún que cobra el respecto a la dignidad en todo su extensión y el real y efectivo desarrollo de la personalidad del trabajador.

Para el trabajador asalariado, o sea, el oriundo del trabajo subordinado, el autónomo económicamente dependiente o de cualquier signo, los marginales a la protección legal, o mismo el servidor publico, conforme propuesto, el principio del debido valor al trabajo humano en el nuevo Derecho del Trabajo o Monolaboral les aseguran la participación en la empresa, dosificada o modulada conforme su grado de comprometimiento contratado.

Por su vez, el empresario no puede dejar de reconocer los derechos garantizados al trabajador tornándolos real y efectivo, por su clarezza y precisión, mientras que con el ejercicio del derecho de participación del trabajador, tendrá que, por lo mínimo, consultar e informar el representante de los trabajadores de las decisiones que afecten el interés de estos y de la empresa. Sin embargo, contará el empresario con un ordenamiento que respetando el derecho de propiedad y la libertad de empresa garante el equilibrio con el derecho laboral, sin que haya pérdida de poder de organización y dirección empresarial, por esto el Derecho Monolaboral tratará del trabajador y del empresario.

Las entidades sindicales con la reorganización del Derecho del Trabajo salen fortalecidos en sus poderes de representación de intereses de los trabajadores, que de no ser más por clase, los invisten en la representación de todos y cualquier trabajador.

De parte del Estado, teniendo él promovido la reorganización del Derecho del Trabajo, con el reconocimiento inicial del debido valor al trabajo humano, puede promover con más propiedad y eficiencia el mandato constitucional de participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas y tendrá dado un lago y seguro paso en la garantía de la paz social.

Este estudio y las propuestas presentadas no son una medicina para los males de las relaciones de los mercados de estos tiempos contemporáneos, ni tampoco tiene la pretensión de ser un Derecho que unifique el pensamiento iuslaboral, pero tiene la ambición de llevar a la reflexión el actual juicio que hace parte del empresariado del Derecho del Trabajo. Sin embargo, el conjunto de la sociedad debe ser la más beneficiada, pues se acredita que algunos de los problemas con raíz en ámbito laboral, que suele afectarla, serán por lo menos minorados.

Para cerrar este trabajo, a mantenerse la marcha de las cosas como están y el Derecho del Trabajo que se tiene hoy, es muy difícil que haya una real y efectiva participación de los trabajadores en la empresa, o muchos otros institutos de este ordenamiento laboral, pero el principio del debido valor al trabajo humano y la reorganización del Derecho del Trabajo puede representar una grande chance para el futuro de las relaciones laborales y de producción.



## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, G., *Osservazioni sul diritto al lavoro*, Rass. Dir. Pub. 1, 1954.
- ACCORNERO, A., *Il lavoro e il posto*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali. 1,1980.
- ACKERMAN, M. E., *La OIT 75 años después. Otro contexto para los mismos principios*, en Revista Relasur, Oficina Internacional del Trabajo, número 4, Montevideo 1994.
- AGUIAR DE LUQUE, L. y GONZÁLEZ AYALA, M. D., *El derecho a participación en los asuntos públicos*, en AA.VV. (ALZAGA dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid 1996.
- ALAIMO, A., *Rappresentanze dei lavoratori in azienda: Germania*, en AA.VV., *Il Diritto del lavoro nell' Unione Europea*, Vol. I, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli 1995.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., *Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar*, Revista de Política Social 121, 1979.
- *Aspectos críticos del Estatuto del Trabajador Autónomo*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009.
- ALCAIDE CASTRO, M., *Política y uso del poder en las organizaciones*, Relaciones Laborales, nº 8 (agosto), 1986.
- ALMANANSA PASTOR, J. M., *La participación del trabajador en la administración de la empresa*. Tecno, Madrid 1965.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.
- ALONSO GARCÍA, M., *Notas sobre el Fuero del Trabajo*, RT2, 1963.
- ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid 1990.
- *Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Ed. Tecnos, Madrid 1971.
- *Prólogo de la obra de MINAMBRES PUIG, C., El centro de trabajo.*
- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Civitas, 23ª ed., Madrid 2005.

- ALONSO SOTO, F., *Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 62, Madrid.
- ALZAGA RUIZ, I., *La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelos de la participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003.
- ANSÓN PEIRONCELY, R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea*, Editorial Bosch, Barcelona 2004.
- A. FUSILLO y R. W. ROSSI. *Le libertà fondamentali nello statto costituzionale*, Ed. La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993.
- ARAGÓN SÁNCHEZ, A. *La participación de los empleados en la empresa. Factores condicionantes para la gestión y resultados*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.
- ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid 1991.
- ARASTEY SAHÚN, L., *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena en la legislación. Comentarios*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009.
- ARIAS RAMOS, J. A., *Derecho Romano*, Vol. I, Madrid 1972.
- ASÍS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BADURA, P., *Dos Prinzip der social en Grundrechteundseine Verwirklichungim Recht der Bundesrepublik Deutschland*, Der Staat, vol. 14, Dunker und Humblot, Berlin, 1975.
- BALAGUER, F., *El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social*, en AA.VV. (MONEREO dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada 2002.
- BARAN Y SWEEZY, *Il capitale monopolístico*, Torino, 1968.
- BARNARD, C., *The Working Time Regulations* 1998, *Industrial Law Journal*, vol. 28, nº 1, March 1999.
- BARROW, C. H., BLUNT, S., MANLEY, I. & ROSE, N., *Blackstone's Guide to the Employment Relations Act 1999*, Blackstones Press Ltd., London, 2001.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, Madrid 1988.

- BAYLOS, A., *Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles*, en AA.VV. (APARICIO, J. y BAYLOS coord.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid 1992.
- BAYÓN CHACÓN, G., *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 1955.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo 1*, Marcial Pons, Madrid 1975.
- BAZ RODRÍGUEZ, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Editorial Comares, Granada 2002.
- *La organización y actuación colectiva de los trabajadores autónomos. Perspectivas y reflexiones tras la LETA*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 149, Navarra 2011.
  - *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios, Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2000.
- BELLAMY, R., *Tre modelli de cittadinanza*, en *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritto*, Roma, 1994.
- BELLOMO, S., *I soggetti e i rapportisindacali*, en (SANTORO PASSARELLI, G., dir.), *Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale*, IPSOA, Milano.
- BIAGI, M., *Employee Representation in Small and Medium-Sized Enterprises: A Comparative Overview*, *Comparative Labor Law Journal*, 13/1992.
- BIDART CAMPOS, G. J., *La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, Anuario Jurídico, número VI, México 1979.
- BLEDNIAK, E., *Comité d'entreprise*, Dalloz, 11ª ed., Paris 1999.
- BLUESTONE, B., y BLUESTONE, I., *Negociar el futuro. Una visión alternativa de las relaciones laborales dentro de la empresa*.
- BOBBIO, N., *Prólogo a la obra de FERRAJOLI, L., Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad.), Madrid 1995.
- BONELL, M. J., *Partecipazione operaria e Diritto dell' Impresa*, Milán 1983.
- BORRAJO DA CRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2002.
- BOWERS, J., *Employment Law*; DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, 2<sup>nd</sup> Ed., Butterworths, London, 1998.

- BRAUN, S., *Mitbestimmung und Industriesoziologie*, AuR, nº 8, 1956.
- BRAVO, H.B., *La importancia de la protección de la relación laboral*, DAC – UCLA.
- BÜRGER, M., *Mitbstimmung ohne Parität*. Köln, 1991.
- BURISCH, W., *Sociología industrial*.
- CABERO MORÁN, E. A., *El complejo panorama legislativo español: la ley estatal y las leyes autónomas*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P., dir.), *Economía social e cooperativismo*, Editorial Lex Nova, Salamanca 2006.
- CABEZA PEREIRO, J., *La representación sindical en el centro de trabajo en Inglaterra*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 53, 1992.
- CALVO GALLEGO, F. J., *Procedimiento electoral*, En Manual jurídico de los representantes de los trabajadores, Ed. La Ley, Madrid 2004.
- CAMPOS RUIZ, L. M., *Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos*, en BAYLOS GRAU y L. COLLADO GARCÍA (coords.), *Grupos de empresa y Derecho del Trabajo*, Trotta, Madrid 1994.
- CANESSA MONTEJO, M. F., *Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (corerights) y el iuscogens laboral*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 72, Madrid, abril de 2008.
- CANTARO, A., *El declive de la Constitución Económica del Estado Social*, en AA.VV. (GARCÍA HERRERA dir.), *El constitucionalismo en la crisis de Estado social*, Bilbao 1997.
- CARDENAL CARRO, M., *A los quince años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta*. Aranzadi Social 10, 2000.
- CARINCI, F., *et altri, Diritto del Lavoro*, UTET, Volume I, Il Diritto sindacal, 4ª ed., Milano.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988.
- CASAS BAAMONDE, M. E., *Subsidiaridad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos*, Relaciones Laborales nº 1/1993.
- *Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales*, Revista Relaciones Laborales, La Ley – Actualidad, Tomo I, Madrid 1996.

- *Las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo*, Revista Gallega de Empleo 0/2000.

- *La interpretación de la Constitución, el alcance subjetivo del derecho de libertad sindical y otras cuestiones*, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 23, 1985.

CASAS BAAMONDE, M. E.; DURAN LÓPEZ, F. y CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *Las transformaciones de Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley, Grupo Walters Kluwer, Madrid 2006.

CAVAZO FLORES, B., *35 lecciones del Derecho Laboral*, Editorial Trillas, México 1993.

CAVAZZUTI, F., *Democrazia industriale e intervento pubblico nell'Economia*, Revista Mondoperaio, nº 6, 1983.

CHARNOVITZ, S., *La influencia de las normas internacionales del Trabajo en el Sistema del comercio mundial: resumen histórico*, Revista Internacional del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, vol. 107, número 1, Ginebra 1988.

CLAVERO SALVADOR, B., *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid 1986.

COBOS ORIHUEL, F. P. DE LOS, *El trabajo subordinado como tipo contractual*, ACARL, Islas Baleares.

COHEN, M., *Le Droit des Comités d'entreprise et des Comités de groupe*, LGDI, 4ª ed., Paris 1997.

COING, H., *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 3ª ed., 1977, traducción de L. Siéz-Picazo, Madrid 1985.

COINTEPAS, M., *La creation du Comité d'entreprise, una triple inspiration et una naissance en trois temps*, Travail, nº 35, 1995-1996.

COLE, G. D. H., *Historia del pensamiento socialista I*, FCE, México-Buenos Aires 1964.

CONSIDÉRANT, V., *Théorie du droit de propriété et du droit au travail*, Librerie Phalanstérienne, Paris 1848.

CRUZ VILLALÓN, J., *La participación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Madrid 1992.

- *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratistas y subcontratistas*, Relaciones Laborales, nº 2, 1992.

- *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Editorial Trotta, Madrid 1992.

- *El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa*, en AA.VV. Comentarios a la L.O.L.S., Tecnos, Madrid 1986.

- *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en AA.VV., X Jornada de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Edit. Dirección general del servicio jurídico del Estado, Secretaría general de publicaciones, Vol. I, Madrid 1988.

DAHL, R., *La democracia y sus críticos*, Editorial Paidós, Barcelona 1992.

- *A preface to Economic Democracy*, Berkeley y Los Angeles 1985.

DAHRENDORF, R., *Sociología de la industria y de la empresa*.

- *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*.

DAUM, W., *Informe alemán*, en AA.VV., Travaux du Colloque international sur les droits économiques et sociaux (Bruxelles, 1967), Wierne, Bruxelles 1971.

DEAKIN, S., MORRIS, G. S., *Labor Law*, Butterworths, 3rd. Ed., London, 2001.

DE BUEN, N., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

DE CASTRO CID, B., *Derechos humanos y Constitución. Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española*, Revista de estudios políticos, 1980.

DE ESTEBAN, J., *Sistema de Derecho Constitucional*, 1999.

DE LA VILLA GIL, L. E., *La cogestión en la República Federal de Alemania*, en AA.VV. Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa, Universidad Complutense, Madrid 1967.

- *La participación de los trabajadores en la empresa*, IEP, Madrid 1980.

- *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985.

- *Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español*, CCDT, nº. 4, 1972.

DE OTTO, I., *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona 1987.

DESDENTADO BONETE, A., *¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Las móviles fronteras de la relación laboral y las nuevas formas de empleo*, Poder Judicial 55.

DE VEGA, P., *La crisis de la democracia representativa*, en AA.VV. La democracia post-liberal, Madrid 1996.

- DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Editorial Thomson Reuters, 5ª ed., Pamplona 2009.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, en AA.VV. *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor Eduardo García de Entería, vol. II, 1991.
- Voto particular a la STC 49/1998.
- DOEHRING, K., *Estado social, Estado de Derecho y orden democrático*, en ABENDROTH, FORSTHOFF, DOEHRING, *El Estado social*, Madrid 1986.
- DOLLEANS, E. y DEHOVE, G., *Historie du travail en France. Mouvement ou vier et législation sociale I*. Domar, Paris 1953.
- Lord DONAVAN. *Royal Commission on Trade Unions and Employer's Associations. Commission Donavan*. Informe Donavan, Relaciones Laborales en Inglaterra, Ed. Zero, Madrid 1971.
- DURAN LOPEZ, F., *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, Public. Del Real Colegio de España, 1976.
- DURAN LÓPEZ, F y SAEZ LARA, C., *El papel de la participación de las nuevas relaciones laborales*, Junta de Andalucía, Consejería de Trabajo e Industria, Editorial Civitas, S.A., 1997.
- EDGREN, G., *Normas equitativas de trabajo y liberalización del intercambio*, Revista Internacional del Trabajo, Oficina Internacional de Trabajo, vol. 98, número 3, Ginebra 1979.
- EDWARDS, P., HALL, M., HYMAN, R., MARGINSON, P., SISSON, K., WADDINGTON, J., WINCHESTER, D., *Great Britain: Still Mudding Through*, en AA.VV., *Industrial Relation in the New Europe*, Ferner & Hymaned, Blackwell, Oxford 1992.
- ELORZA, A., *La ideología liberal en la Ilustración Española*, Tecnos, Madrid 1970.
- ENRIQUE DE LA VILLA, L., *Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática*, Centro de Publicaciones, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1985.
- ENTRENA CUESTA, R., *El principio de libertad de empresa*, en AA.VV., *El modelo económico en la Constitución española 1*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid 1981.

ERMIDA URIARTE, O., *Mercosur y Derecho Laboral*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo 1996.

- *Derechos laborales y comercio internacional*, en Globalización económica y relaciones laborales de WILFREDO SANGUINETTI y AGUSTÍN GARCÍA LASO (Editores), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., *Teletrabajo*, en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid 2000.

ESPIN-ANDERSON, G. *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge 1990.

ESPÍN, E., *La Constitución como norma*, en AA.VV. (LÓPEZ GUERRA dir.), *Derecho Constitucional*, Valencia 2000.

ESTEBAN VELASCO, G., *El poder de decisión en las Sociedades Anónimas*, Madrid 1982.

-*Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicios de publicaciones, Ministerio de Trabajo, Madrid 1980.

EVAN, J., *Hierarchy, Alienation, Comintment and Organizational effectiveness*. En *Human Relations*, 1977.

FARGAS FERNÁNDEZ, J., *La abusiva normalidad de las relaciones laborales especiales*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras*, (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

FERNANDEZ-GALIANO, A. y CASTRO CID, B. de, *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Edit. Universitas, Madrid 1995.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M., *Diccionario jurídico*, 4ª ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2006.

FERNANDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general; Derecho comparado; el caso español*, Madrid 1998.

FERRAJOLI, L., *Derechos fundamentales, Los derechos fundamentales en la teoría del derecho, En los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid 2001.

-*Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (trad.), Madrid 1995.

FERRANDO GARCÍA, F., *Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA,



L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, Madrid 2003.

FERRERA, M., *Le trappole del welfare*, Bologna, 1998.

FERRER DUFOL, J., *Coordinación de las políticas públicas de trabajo en la Unión Europea*, Seminario Internacional Políticas Públicas de Trabajo y Renta en la América Latina y en Caribe, Brasilia, septiembre de 2002.

FONT GALÁN, J. I., *Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978*, Revista de Derecho Mercantil 152, 1979.

FRANCISCO CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública*, Imprenta de Pedro Real, Victoria 1898.

FREEDLAND, M., *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, International Labour Review nº 146, Oxford 2007.

FREEMAN, CLARK Y SOETE, *Desempleo e innovación*.

FREIXES SANJUAN, T., *El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites en una formulación positiva. Análisis a partir del art. 20 de la Constitución española*, en AA.VV., X Jornada de Estudio, Introducción a los derechos fundamentales.

FRIEDMAN, M. – GALBRAITH, J.K., *Friedman contra Galbraith (Papeles de Instituto de Economía del Mercado)*, Madrid 1982.

F. VALDÉS DAL-RÉ, E., GONZÁLEZ POSADA, F., PÉREZ ESPINOSA, J., MATIA PRIM, *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid 1982.

GALANTINO, L., *Formazione giurisprudenziale dei principio del Diritti del Lavoro*, Giuffrè, Milano 1981.

GALIANA MORENO, J. M., *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Bosch, Barcelona 1978.

- *La participación de los trabajadores en la empresa*, en AA.VV. (VIDAL CARVANA, G. dir.), *El cambio laboral en la década de los 90*, Ed. Esposa-Calpe, Madrid 1991.

GALIANA MORENO, J. M. y GARCIA ROMERO, B., *La Participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelos de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003.

GAMBARO, *Il diritto de proprietà. Vol. VIII, T.2 de la obra colectiva, Trattato di diritto civile e commerciale, Milán, 1995.*

GAMILLSCHEG, F., *La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979, Revista Especial de Derecho del Trabajo, 1980.*

GARCIA ABELLAN, J., *Curso de Derecho Sindical, Universidad de Murcia, Murcia 1984.*

GARCÍA ARCE, M . C. y PRIETO JUREZ, J.A., *Acción Social en la Empresa, Editorial Trotta, Madrid 2004.*

GARCÍA BECEDAS, G., *Democracia y relaciones laborales, Madrid 1980.*

GARCÍA DE ENTERIA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder, Ed. Tecnos, Madrid 1993.*

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid 1982.*

GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1982.*

- *Comentarios a la sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la cogestión, En RAP 89, 1979.*

GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras de derecho del trabajo. Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, sociales, contratos administrativos, Editorial Comares, Granada 1999.*

GARCÍA QUI NONES, J. C., *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores, Revista de Relaciones Laborales, Tomo I, 2005.*

GARRALDA VALCÁRCEL, A., *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas en Alemania, Universidad de Oviedo, Oviedo 1967.*

GARRIDO P EREZ, E., *La información en la empresa, CES, Madrid 1999.*

GARRIGUES, J., *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo, Fe, Madrid 1939.*

- *La empresa desde el punto de vista jurídico, en AA.VV., Empresa y sociedad, Madrid.*

- *Acotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa (artículo publicado en el diario ya en diciembre de 1969), Madrid.*

GARRORENA, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, Madrid 1984.*

- GATUMEL, D., *Le droit du travail en France*, Francis Lefebvre, 9ª ed., Paris 1998.
- GHERA, E., *Prospettive del contratto individuale*, en AA.VV., *Studi sullavoro* (ScrittiGiugni), Cacucci, Bari, 1999.
- GHEZZI, G; ROMAGNOLI, U., *Il Diritto Sindicale*. Zanichelli, terza edizione, Bologna.
- GIUDICE, R. del, *Diritto e dovere di lavoro. Il Diritto del Lavoro I*, 1960.
- GIUGNI, G., *DirittoSindicale*. Caducci, Bari 2001.
- *Derecho sindical*, Ministerio Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1983.
- GOMES CANOTHILHO, J. J., *Metodología fuzzy y camaleones normativos en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales*, *Revista Derechos y Libertades*, nº 6, 1998.
- GOMEZ SEGADE, J. A., *Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*.
- GONZÁLEZ MARTÍN, A., *Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas*, Ed. CISS, Valencia 1998.
- GONZÁLES MONERO, J. M., *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, 1983.
- GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid 2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La Ley 31/1984, de protección por desempleo: objeto de la protección y persona protegida*, en AA. VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid 1985.
- *El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación*, en AA.VV. (RODRIGUEZ SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E., coord.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid 2011.
- GUIMARÃES MEHEDFF, C. y PROKO, M. (Organizadores), *Diálogo social, harmonização e diversidade no mundo do trabalho*, Ministerio do Trabalho e Emprego, Brasília 2004.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M., *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia 2011.
- HABERLE, P., *Le libertà fondamentali nello statto costituzionale*.

- *La libertad fundamental en el estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1997.

HAMBUSCH, L., *Die Problematik des Rechts auf Arbeit*, Arbeit und Recht 9, 1972.

HANAU, P., *Die Entwicklung der Betriebsverfassung*. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1993.

HANAU, ULMER, *Mibestimmungsgeset*. München 1981.

HARVEY, *Industrial Relations and Employment Law*. Vol. 2, M/Trade Unions, 785.

HEGEL, *Texte zur Philosophischen Propädeutik*, I, 8, 1ª part. 14.

HEPPLE, B., *Essiste un diritto al lavoro?* Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 16, 1982.

HEPPLE, B., FREDMAN, S., TRUTER, G., *Great Britain*. En International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations. Ed. R. Blanpain, Vol. 6, supl. 251, aptdo. 441, 2002.

HERRIKO AUTONOMIA, E. y HARREMANEN KONTSEILUA, L., *Sistemas de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en occidente*, Publicaciones de Documentos de Consejo de Relaciones Laborales, Vizcaya 1984.

HINOJOSA FERRER, *El contrato de trabajo*. Comentario a la Ley de 21 de noviembre de 1931, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1932.

HOFFMANN, D., *Die allegemeine Tätigkeit des Aufsichtsrats*, en AA. VV., Handbuch für.

IDE Research Group: *Industrial Democracy in Europa*, Oxford 1982.

INKER, P., *Efficient Labour Contracts: Impediments and How to Circunvent Them*, Labour 3, 2000.

JACOBI, *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriff*. Festschrift für V. Ehrenberg, 1926.

JAVILLIER, J. C., *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo*. En: Revista Internacional del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, vol. 113, número 4, Ginebra, 1994.

- *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 7ª ed., 1999.

JIMÉNEZ BLANCO, A., *La actividad contractual de la Administración*, Manual de Derecho Administrativo, Ariel, 1990.

JIMÉNEZ GARCIA, J., *Participación y control en la empresa*, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria 1994.

JOVELLANOS, G. M., *Discurso sobre el establecimiento de un montepío para los nobles de la Corte*, Tomo L, 1784.

KARL MARX, *El Capital*.

KELSEN, H., *Teoría general del Estado*.

KEYNES, *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*, 1936.

KOCHAN, KATZ y Mc KERSIE, *La transformación de las relaciones laborales en Estados Unidos*.

KOCHER, E., *Repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso alemán*, en LANDA ZAPIRAIN, J. P. (coord.), *Nuevas formas de participación de los trabajadores gobierno de la empresa*, Editorial Comarzo, Alicante 2004.

KONZERN, H., *Der Regierungsentwurf des Betriebsverfassungsreformgesetzes*, *Recht der Arbeit*, nº 2, 2001.

KÖSTLER/KITTNER/ZACHERT, *Aufsichtsratspraxis. Handbuck für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*, 6. Auflage, Köln 1999.

KRIELE, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona 1982.

KUNZE, O., *Die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montan-Obergesellschaften*, *AuR*, nº 9 (1956).

- *Die persönliche Rechtsstellung des Aufsichtsratsmitgliedes nach dem neuen Aktienrecht*, *das Mitbest-gespräch*, 1967.

LAHOVARY, C., *Employee representation, codetermination, and business performance*, ESRC Center for Business Research, University of Cambridge.

LANDA ZAPIRAIN, J.P., *Las nuevas formas de participación en la empresa*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre el tema Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

LARDY-PÉLISSIER, B. y otros. *Le code du travail* annoté. Groupe Revue Fiduciaire, Paris, 1999.

LARENZ, K., *Derecho Justo (Fundamento de ética jurídica)*.

LASAOSA IRIGOYEN, E., *La representación de los trabajadores en la empresa en Francia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS. dir.), *Modelo de participación de los trabajadores*

en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, nº 43, Madrid 2003.

LE FRANC, G., *Historie du travail et des travailleurs*, Flammarion, Paris 1975.

LG DÜSSELDORF en sentencia de 23 diciembre de 1953, en NJW (1954).

LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Planeta-Agostini, Ensayo segundo, V, 50, Barcelona 1996.

LÓPEZ CALERA, N. M<sup>a</sup>, *Naturaleza dialéctica de los derechos humanos*, Anuario de Derechos Humanos 6, 1990.

LÓPEZ GANDÍA, J., *Breve nota sobre el artículo 35 de la CE (derecho al trabajo, libertad profesional y promoción en el trabajo)*, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Facultad de Derecho – Universidad, Valencia 1980.

LÓPEZ GARRIDO, D., *La crisis no resulta de las ciencias jurídicas y el método en Derecho Constitucional*, Revista Vasca de Administración Pública, nº 15, 1986.

LÓPEZ y LÓPEZ, A. M., *Estado Social y sujeto privado: una reflexión finisecular*, Quaderni fiorentini, nº 25, 1996.

LOPÉZ I MORA, F., *Trabajo autónomo, Estado Social y expansión de su Estatuto*, en AA.VV. MORGADO PANADERO, P. (Coord.), *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010.

LORENZO CADARSO, P. L., *Fundamentos Teóricos del Conflicto Social*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2001.

LÖWISCH, M., *Betriebsverfassung in der Wirtschaft der Gegenwart*, Arbeits und Sozialrecht, 1999.

LÖWISCH, M., *Möglichkeiten und Grenzen der Betriebsvereinbarungen*, Arbeit und Recht, 1978.

LUTTER, M., *Zum Verhältnis von Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, DB nº 6 (1980).

LUTTRINGER, J. M., *La place du syndicat dans l'entreprise allemande* (R.F.A.), Económica, París 1979.

LYON-CAEN, G. y otros. *Droit du travail*, 19<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris 1998.

MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Madrid 2003.

- MALM, S., *La liberación del hombre: el futuro del sindicato*, en VALDÉS DAL-RÉ, F. (coord.): *Sindicalismo y cambios sociales*, Madrid 1994.
- MANCINI, F., *Dovere e libertà di lavorare*, *Politica del Diritto* 5, 1974.
- MARGULIES, N. y BLACK, S., *Perspectives on the implementation of participative approaches*, en *Human Resource Management*, vol. 26, nº 3.
- MARTELLI, A., *Modelli decisionali e democrazia industriale*, en AA.VV: *Stato, política económica e relazioni industriali in Europa*, Milán 1987.
- MARTINEZ GIRON, J., ARUFE VARELA, A., y CARRIL VAZQUEZ, X. M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Netbiblo, 2005.
- MARTÍN VALVERDE, A., *La formación del Derecho del Trabajo en España*, en AA.VV., *La legislación social en la historia de España, De la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid 1987.
- *Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978*, en AA.VV., *Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980.
- *Reforma y acción sindical en la empresa*, en AA.VV. *Acción sindical y sindicalismo*, Ayuso, Madrid 1977.
- MARTIN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2002.
- MARSHALL, T. H., *Citizenship and social class*, en *Class, Citizenship and social development*, Chicago 1977.
- MARX, K. y ENGELS, F., *Manifiesto del partido comunista*, en *Obras escogidas I*, Moscú, Progreso, 1971 y en 1872.
- MARZAL, A., *Empresa y democracia económica*, Madrid 1976.
- MASCARO NASCIMENTO, A., *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 18ª ed., São Paulo 2003.
- *Iniciação ao Direito do Trabalho*, LTr, 31ª ed., São Paulo 2005.
- *Curso de Direito do Trabalho*, Editora Saraiva, 18ª ed., São Paulo 2003.
- MATHEVET, R., *Le syndicalisme dans l'entreprise. A propos de l'extension du droit sindical dans l'entreprise*, en *D. S.*, 3/1965.
- MAX WEBER, *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México 2005.

MAZZ, C., *Proprietà e società pluralista*, Milán 1983.

MAZZIOTTI, M., *Ildiritto al lavoro*.Milano, Giuffrè 1956.

-*Lavoro (diritto costituzionale)*, Enciclopedia del Diritto XXIII, Giuffrè, Milano 1973.

Mc CARTHY, W. E., *The Role of Shop Stewards in British Industrial Relations*, Royal Commission Research on Trade Union and Employers' Associations, Paper nº 1, Her Majesty's Stationery Office, 1967.

Mc CARTHY, W. E., PARKER, S. R., *Shop Stewards and workshop Relations*, Royal Commission Research on Trade Union and Employers' Associations, Paper nº 10, 1968.

MEMENTO EXPERTO. REFORMA LABORAL 2012, RDL 3/2012, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012.

MENDEZ, A., *Ensayo sobre la evolución actual de la Sociedad Anónima*, Madrid 1974.

MENDOZA NAVAS, N., *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2002.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Autonomía económica liberal y codificación mercantil española*, en AA.VV., Centenario del Código de Comercio 1, Ministerio de Justicia, Madrid 1978.

MERCADER UGUINA, J. R., *La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., dir.), Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid 2012.

MESSINEO, *Derecho civil y comercial*.

MILWARD, N., BRYSON, A., FORTH, J., *All Change at work?*,Routledge, London, 2000.

MIÑAMB PUIG, C., *El centro de Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Colección Tesis Doctoral, Madrid 1985.

MONEREO PEREZ, J. L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid 1996.

-*Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid 1992.

-*Concertación y diálogo social*, Editorial Lex Nova, Valladolid 1999.



- *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

MONTALVO CORREA, J., *Modelo económico y social de la Constitución y relaciones laborales*, en AA.VV., Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1985.

- *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975.

MONTESQUIEU, B., *El espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid 1985.

MONTOYA MELGAR, A., *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*, (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010.

- *Derecho del trabajo*, Tecnos, 2005.

- *La protección constitucional de los derechos laborales*, en AA.VV., Derecho del Trabajo y de la seguridad social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980.

MORGADO PANADERO, P., *Problemática laboral y seguridad social de los socios y trabajadores en las cooperativas*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P. dir.), Economía social y cooperativismo, Editorial Lex nova, Valladolid 2006.

- *La economía social y su marco legal*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P. dir.), Economía social y cooperativismo, Editorial Lex Nova, Valladolid 2006.

- *Prólogo de Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, en AA.VV. (MORGADO PANADERO, P., Coord.), Editorial Thomson Reuters, Navarra 2010.

MORRIS, G. S., ARCHER, T. J., *Colective Labor Law*, 3rd. Ed., Butterworths, London, 2001.

- *Colective Labor Law*, Hart Publishing, Oxford 2000.

MORTATI, C., *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica*, (Natura giuridica, efficacia, garanzia). En Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione IV, Roma 1953.

M. REGINI, *El declinar del intercambio político centralizado y la emergencia de nuevas formas de concertación*, en AA.VV. (A. Ojeda Avilés, coord.), La concertación social tras la crisis, Barcelona 1990.

MOULIER-BOUTANG. *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, 1ª edición, Akal, Madrid 2006.

NADAL OLLER, J., *El fracaso de la Revolución industrial en España, 1814 – 1913*, Barcelona, Ariel, 1975.

NIEDENHOFF, H. U., *Die Praxis der betrieblichen mitbestimmung*, Köln 1999.

NIEVES NIETO, N., *Cooperativas de Trabajo Asociado: Aspectos Jurídico-Laborales*, Consejo Económico y Social, Madrid 2005.

NORES TORRES, L. H., *La representación de los trabajadores en la empresa en Italia*, en AA.VV. (SEPÚLVEDA, L. MS., dir.), *Modelo de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales, nº 43, Madrid 2003.

OJEDA AVILÉS, A., *Los límites del paradigma laboral en la función pública*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1991.

- *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1978.

- *Equilibrio de intereses y bloque de constitucionalidad personal en la empresa*, Revista de Derecho Social, nº 35, 2006.

- *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Madrid 2010.

- *Prólogo a la obra de GUTIERREZ PÉREZ, M., Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*, Ediciones Laborum, Murcia 2011.

- *El control sindical de las empresas en Italia*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1981.

ORTEGA FIGUEIRAL, E., *Flexiseguridad*, Artículo publicado en el Diario Económico Expansión, en el día 28 de abril de 2008.

ORTIZ LALLANA, C., *La prestación laboral de los socios en las cooperativas de trabajo asociado*, Bosch, Barcelona 1989.

- *La participación de los trabajadores en el Plano Internacional y Comunitario*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre el Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.

PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme. Techniques d'organisation de l'entreprise*, Paris 1967.

PALLARD, R., L., *Entreprise et el Droit Commercial*. Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, Y. XIII, nº. 2, 1965.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los derechos laborales en la Constitución española*, Cuadernos y debates nº 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.

- *Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica.*, obra dedicada al Prof. Palomeque López, Salamanca 2004.

- *La participación de los trabajadores en la empresa* (una revisión institucional), Ponencia realizada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Universidad de Salamanca, Salamanca, mayo de 2006.

- *La función y la refundación del Derecho del Trabajo*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada al Prof. Palomeque López), Salamanca 2004.

- *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, en *Derecho del Trabajo y razón crítica* (obra dedicada a Palomeque López), Salamanca 2004.

- *Sobre las "fronteras móviles" de Derecho del Trabajo: los trabajadores autónomos económicamente dependientes*, en AA.VV. *Crisis, reformas y futuro del Derecho del Trabajo*, (estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010.

- *La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral*, en AA.VV. (GARCIA – PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Dir.), *Reforma Laboral 2012, Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 2012.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial universitaria Ramón Areces, 13ª ed., Madrid 2005.

PÁRAMO, J. R., *Bienestar, derechos y autonomía*, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*.

PAREJO AL FONSO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1990.

- P. PASCUCCI, *Experiencias neocorporativas en el sector público, ¿una excepción al declive de la macroconcertación?* en AA.VV. (A. Ojeda Avilés, coord.), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, 1990.
- PAUL KRUGMAN, en la Conferencia sobre respuestas a la crisis (Sevilla, marzo 2009).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales*, en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales* (Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia 1979), Publicaciones de la Universidad, Murcia 1981.
- PELISSIER, J., *La liberté du travail*, Droit Social 1, 1990.
- PEÑA BAZTAN, M., *Sindicatos y comités de empresa en el mercado común*, Editorial Hispano Europea, S.A., Barcelona 1987.
- PENA LÓPEZ, J. M., Prólogo de la obra de COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, Barcelona 1997.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, en PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid 1986.
- Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, Madrid 1988.
- Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1991.
- Sobre los valores fundamentales de los derechos humanos*, en AA.VV., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid 1989.
- PÉREZ ROYO, *Estado social de derecho*, Enciclopedia Jurídica Básica.
- PÉREZ SERRANO, N., *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, textos, comentarios*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1932.
- PERONE, G. C., *L'organizzazione e l'azione del lavoro nell'impresa*, Cedam, Padova 1981.
- PERSIANI, M., *DirittoSindicale*, 7ª ed., CEDAM, Padova.
- PIMENTEL SILES, M., Prólogo de *Una nueva dinámica para nuestras relaciones laborales*, a la obra *Reforma laboral 2012 (RD-L 3/2012)*, Memento experto, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid 2012.
- PINTO MARTINS, S., *Direito do Trabalho*, Editora Atlas, 19ª edición, São Paulo.
- PLA, A. R., *Los Derechos Humanos y la OIT*, Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XXXVII, p. 173-174, 1994.

- POLO, A., *Empresa y sociedad en el pensamiento de JOAQUIN GARRIGUES*, Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues, T.I, Madrid 1971.
- POOLE, M., *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996.
- POSADA, A., *La crisis del Estado y del Derecho Político*, Madrid 1934.
- P. PASCUCCI, *Experiencias neocorporativas en el sector público, ¿una excepción al declive de la macroconcertación?* en AA.VV. (A. Ojeda Avilés, coord.), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona 1990.
- POSADA, A., *La crisis del Estado y del Derecho Político*, Madrid 1934.
- PRADOS DE REYS, F. J., y VIDA SORIA, J., *Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo*. En Ó. ALZAGA VILAMIL (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978 X*, Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1998.
- PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid 1990.
- *Estudios sobre derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional*, Anuario de derechos humanos, número 5, 1988-1989.
- PUMAR BELTRAN, N. y AGUSTÍ JULIÁ, J., *Prólogo*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete 2009.
- QUINTANILLA NAVARRO, B. *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- RACCIATTI, O. C., *Participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, FCU, Montevideo 1994.
- RAY, D. E., SHARPE, C. W., STRASSFELD, R. N., *Understanding Labor Law*, Legal Text Series, Matthew Bender and Company, San Francisco 1999.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed., 2001.
- REICHOLD, H., *Betriebssung ohne Betrieb*. Nene zeitschrift für Arbeitsrecht, nº 11, 1999.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Madrid 1995.
- REVUELTO MARTINEZ, Mª. C., *El derecho al trabajo en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980.

REY GUNTER, S. y LUQUE PARRA, M., *La representación de los trabajadores en la empresa en los Estados Unidos*, en AA.VV., SEPÚLVEDA, L. MS., Modelos de participación de los trabajadores en la empresa, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003.

REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid 1994.

RICHARDI, R., *Reforma des Betriebsverfassungsgesetzes? Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, nº 4, 2000.

RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Editorial Comares, Granada 2010.

- *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*. Dirección: <[http://www. Bibliojuridica.org/libros/1/139/18.pdf](http://www.Bibliojuridica.org/libros/1/139/18.pdf)>. 2 marzo 2007.

- *Estructura de la empresa y participación obrera*, Ed. Ariel, Barcelona 1968.

RODOTÁ, El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada, Madrid 1987.

RODRIGUEZ PANIAGUA, J. M., *El artículo 10.1 de la Constitución española y la fundamentación ética de los derechos humanos*, Apéndice de Lecciones de derecho natural como introducción al derecho, Edit. Universidad Complutense, Madrid 1988.

RODRIGUEZ PIÑERO, M., *Un modelo democrático de relaciones laborales*, en AA. VV., Ideologías Jurídicas y relaciones de trabajo, Universidad de Sevilla, 1977.

- *Representación electiva y representación sindical en la empresa*, en Relaciones Laborales, 4/1985.

- *El Fuero del Trabajo y la Carta Social Europea*, Revista de Trabajo 2, 1963.

- *El trabajo en la Constitución*, Cuadernos de Derecho del Trabajo 4, 1978.

- *La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo*, Revista de Política Social, nº. 71, Sevilla 1966.

- *El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales*, en AA.VV., Sindicatos y Relaciones Colectivas de Trabajo, Ilustre Colegio de Abogado de Murcia, 1978.

- *Diritti sindacali e democrazia nell'impresa: il caso Spagnolo*, en E. PISAN, Diritti sindacali e democrazia nell' impresa in Europa, Mareilio Editore, Venecia 1984.

RODRIGUES SAÑUDO, F., *El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social*, en AA.VV. (MONERÉO, J. L. dir.), Comentarios a la Constitución socio-económica española, Granada 2002.

- *Participación de los trabajadores en la empresa*, Revista de Política Social, nº 121.
- La representación unitaria de los trabajadores en la empresa, en AA.VV. (RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. y CARRIZOSA PRIETO, E. cords.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, 2011.
- *Participación de los trabajadores en la empresa. Europa: balance de un debate*, Ed. Tecnos, Madrid 1980.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., *La nueva ley alemana de participación de los trabajadores en la empresa*, Revista de Política Social, nº 94, 1972.

ROJO FERNÁNDEZ, A., *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, Revista de Derecho Mercantil 169-170, 1983.

ROJO TORRECILLA, E., *La fragmentación del trabajo por cuenta ajena*, en *El trabajo por cuenta ajena y sus fronteras* (AGUSTÍ JULIÁ, J. y PUMAR BELTRÁN, N., coord.), Editorial Bomarzol, Albacete, 2009.

ROMAGNOLI, U, *Autoridad y democracia en la empresa: Teorías jurídico-políticas*, Cuadernos de Derecho del Trabajo, nº. 1-2 (1975-1976).

- *La déreglementation et les sources du droit du travail*, Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, *Le droit du travail: hier et demain*, Paris 1990.
- Weimar, *¿Y después?* en AA.VV. *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid 1992.

ROMAGNOLI, U y DELLA ROCCA, G., *Il sindacati*, en AA.VV. *Relazioni Industriali*, Il mulino, Bologna 1982.

ROMERO MORENO, J. M., *La aplicación normativa directa de la Constitución española*, Revista jurídica española *La Ley*, 1982.

ROUSSEAU, J., *El Contrato Social*.

RUIZ GIMÉNEZ, *Comentario al art. 10*, en (ALZAGA VILLAMIL, O. dir.) *Comentario a la Constitución española de 1978*, Madrid 1997.

SÁEZ LARA, C., *Representación y acción sindical en la empresa*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992.

SAGARDOY BENGOCHEEA, J. A., *Comentarios al artículo 35: derechos laborales*, en O. Algaza Villamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Constitución española de 1978 III, Edersa, Madrid 1983.

- *Relaciones de trabajo y estructuras políticas*, Madrid 1984.

- *Incertidumbres y certezas del Derecho del Trabajo*, en Crisis, Reforma y futuro del Derecho del Trabajo, (Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos), en AA.VV., Coordinadores Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, Tirant lo Blanch homenajes & congresos, Valencia 2010.

- *El contenido de la reforma laboral socialista en Francia*. En DE LA VILLA/SAGARDOY, Informe Auroux, La reforma socialista de las relaciones laborales en Francia, Madrid 1983.

SALAI, R. y STORPER, M., *Les mondes de production*, EHESS, Paris 1996.

SALAMON, M., *Industrial Relations, Theory and Practice*, 4th. Ed., Financial Times, Prentice Hall, Harlow 2000.

SAMPER JUAN, J., *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*, Ponencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, mayo de 2006.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Participación, Neocorporativismo y Administración Económica*, en AA.VV. (ALGAZA dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1996.

SANGUINETI RAYMOND, W., *Teletrabajo y Globalización*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2003.

SANTOS, V., *Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, en AA. VV., *El desarrollo de la Constitución española de 1978*.

SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Editorial Trotta, Madrid 1996.

SATER, A. y WALKER, R., *La nueva economía social. Relaboración de la división del trabajo*, Madrid 1994.

SCHEREGLE, J., *Participación de los trabajadores en la adopción de decisiones*, RIT, 93/1, 1976.

SCHMINCK-GUSTAVUS, C.U., *Recht auf Arbeit – Zur Geschichte einer Konkreten utopie*, en AA.VV., *Rech auf Arbeit, eine politische Herausforderung*, Neuwied und Darmstadt, Luchterhand, 1978.

Ph. SCHMITTER, *El corporatismo ha muerto, ¡larga vida al corporatismo!* en AA.VV. (A. Ojeda Avilés, coord.), *La concertación social tras la crisis*, Barcelona 1990.



- SCHNEIDER, H. P., *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*.
- SCHÖNE, J., *Gesetzmitkommentariüber die Mitbestimmung der Arbeitnehmer des Bergaus und der Eisen und Stahl erzeugende Industrie*, Essen, 1951, p. 26.
- SCHOPENHAUER, A., célebre frase sobre o casamiento “casarse significa duplicar las sus obligaciones y reducir a mitad de sus derechos”.
- SCOTTO, I., *Diritto del Lavoro*. Giuffrè, Milano.
- SÉLLER, H., *¿Estado de Derecho o dictadura?* Escritos Políticos, Madrid 1985.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Claves de la reforma laboral de 2012, (Estudio del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona 2012.
- SERRANO, I y SERRANO, en el *Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Talleres Tipográficos Casa Martin, Valladolid 1939.
- SIMITIS, S., *Vor der institutionalisierten zur problembogenen Mitbestimmung*, AuR nº 11, 1975.
- SINZHEIMER, H., *La esencia del Derecho del Trabajo*. En el volumen *Crisis económica y Derecho del Trabajo*, Madrid 1984, incluido por F. VÁZQUE MATEO.
- SPADARO, A., *Il problema del “fondamento” dei diritti fondamentali*, *Diritto e società*, 1991.
- STREECK, W., *Codeterminación: the fourth decade*, en *International Yearbook of organizational democracy*, Londres 1984.
- *The Rise and Decline of Neo-Corporatism*.
- STURMTHAL, ADOLF. *Relationes / Industrial relations*, Vol. 32, nº 3, 1977.
- SUDREAU, P. (pres.), *Informe del Comité de estudio para la reforma de la empresa*, Ed. MAPFRE, Madrid 1975.
- SUPIOT, A. y otros, *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- SÜSSEKIND, A. L., y et al, *Comentarios a Constituição*, Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, v. 1, 1990.
- SVESTKA, M., *Diritto al lavoro*, La Nuova Italia, Firenze 1951.

- TANGHE, F., *Le droit au travail entre histoire et utopie*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1989.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *La Representación Colectiva de los Trabajadores en los Grupos de Empresas, Modernas formulas de negociación*, CES, Colección estudios, Madrid 2000.
- *Los acuerdos de accionariado social: la experiencia de la empresa CAF de Guipúzcoa*, TL, 41, 1997.
- TERRY, M., *Trade Unions: Shop stewards and the workplace*, en AA.VV. *Industrial Relations, Theory and Practice in Britain*, P. Edwards, ed. Blackwell, Business, Oxford 1995.
- TEUBNER, G., *Democrazia industriale per legge? Funzioni social della legge nelle innovazioni istituzionali: Il caso de la 'Mitbestimmung'*, en AA.VV. *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, Milán 1988.
- TOMÁS, F. y VALIENTE, *La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español*, Debate Abierto 2, 1990.
- *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español, Códigos y Constituciones (1808 – 1978)*.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de derecho constitucional español*, Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1992.
- TORTELLA, G., *Los orígenes del capitalismo en España*, Tecnos, Madrid 1973.
- TURONE, S. *Imprenditorie sindacati in Europa: Storia e prospettive della democrazia industrial*, Roma-Bari 1982.
- UNNIA, M., *Governo del impreso e democrazia industriale*. En AA.VV. *Stato, política económica e relazioni indutriali in Europa*, Milán, 1987.
- URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Editorial Comares, Granada 2005.
- *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao 2004.
- VALDÉS DAL RE, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid 1996.

- *Autoridad y Democracia en la Empresa* (coordinación JOAQUIN APARICIO y ANTONIO BAYLOS), Editorial Trotta, Fundación 1º de Mayo, Valladolid 1996.

VALDÉS DAL-RÉ, F., GONZÁLEZ POSADA, E., PÉREZ ESPINOSA, F. y MATIA PRIM, J., *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid 1982.

VALENTÍN FORONDA, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política, y sobre las leyes criminales*, Tomo I, Madrid 1789.

VALLEBONA, A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro y Il Diritto Sindicale*, G. Giappochelli, Torino.

VARELA DÍAZ, S., *La idea del deber constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional 4, 1982.

VÁZQUEZ DE CASTRO, L. M., *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Pamplona 2010.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, 19ª ed., Valencia 2006.

-*El tercer sector: Las sociedades cooperativas y otras formas de economía social*, en AA.VV. (MONERÉO PÉREZ dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica española*, Granada 2002.

VIDA SORIA, J., *La acción sindical en la empresa*, en AA.VV. *Diálogos sobre la empresa*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

VISENTINI, B., *Contra la proposta de quinta direttiva comunitaria e ancora contro la "cogestione"*, En Rivista delle Società, 1983.

VILLAIN, J., *La enseñanza social de la Iglesia*, Aguilar, Madrid 1961.

VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid 2002.

VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E., *Artículo 9º. El Estado de Derecho y la Constitución*, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1996.

VON HOYNINGEN-HUENE, G., *Betriebsverfassungrecht*, 4 Auflage, C. H. Beck, München 1998.

VON POTOBOSKY, G., *Eficacia jurídica de los Convenios de la OIT en el plano nacional*.

WADDINGTON, J., *UK unions: seaxching for a new agenda*. Transfer, European Review of Labor and Research, European Trade Union Institute, vol 1, nº 1, 1995.

- WALTER RIESTER, en el discurso en el Congreso de los Diputados en 22 de junio de 2001.
- WANK, R., *Arbeitnehmer und Selbständige*, CH Beck, Múnich 1988.
- WEBB, S. Y B., *Industrial Democracy*, Londres 1898.
- WEISS, M., *Betriebsverfassungsgesetz. Ein Kommentar für Studium und Praxis*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1978.
- WEISSE, D., *La démocratie industrielle: cogestione ou control ouvrier? Experiences et projets*. Les Editions d'Organisation, París, 1978.
- WINKER, P., *Efficient Labour Contracts: Impediments and How to Circumvent Them*, Labour 3, 2000.
- W LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Planeta-Agostini, Ensayo segundo, V, 50, Barcelona 1996.
- WOLFGANG HIRSCH-WEBER, *Los sindicatos y la política*, Madrid 1964.
- W. STREEK, *The Rise and Decline of Neo-Corporatism*.
- ZACHET, U., Prólogo de la obra de MENDONZA NAVAS, N., *Los Derechos de cogestión en el Ordenamiento alemán*, Edición Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2002.
- ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., *Los contextos del Estatuto de los Trabajadores. Transformaciones laborales en España, A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ministerio de Trabajo, Madrid 2005.
- ZURDO ALAGUERO, *El trabajo autónomo: una aproximación cualitativa. Avance de resultados*, Revista Documentaria Laboral, 77/2006.
- ZURITA GARCÍA, J., *La redención de penas por el trabajo: controvertido origen y dudosa justificación actual*, Revista de Estudios Penitenciarios 241, 1989.

## LEGISLACIÓN

- Constitución Española.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo – Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

- Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Sobre relaciones laborales.
- Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre. Aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.
- Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- Ley 9/1987, de 13 de mayo, de órganos de representación y determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.
- Ley 31/195, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.
- Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero publicado en el BOE número 36, de 11 de febrero. Reforma laboral de 2012.
- Ley 3/2012, de 6 de julio de 2012 publicada en el BOE número 162, de 7 de julio de 2012. Substituye el RDL 3/2012 de reforma laboral de 2012.
- Código Alemán de Gobierno Corporativo. Dirección: <http://www.corporate-governance-code.de/es/kodex/5.htm/>.
- DOCE C 13, de 12 de febrero de 1974.
- DOCE L 48, de 22 de febrero de 1975.
- DOCE L 61, de 5 de marzo de 1977.
- DOCE L 283, de 28 de octubre de 1980.
- DOCE L 207/1, de 18 de agosto de 2009.
- Directivas 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo.
- Directivas 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero.
- Directivas 77/187/CEC del Consejo, de 14 de febrero.
- Directivas 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre
- Directivas 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio.
- Directivas 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre.
- Directivas 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre.
- Directivas 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio.

- Directivas 2002/14/CE del Consejo y Parlamento Europeo de 11 de marzo.
- Reglamento CE nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre.
- Reglamento CE nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio.
- Recomendación 92/443/CEE, de 27 de julio.
- COM (2002) 364.
- Libro Blanco de 1985 – Consecución del Mercado interior sobre comunicación.
- Libro Verde de Comisión de las CCEE 1975 adoptado en 2001 – Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas (COM (2001) 366 final).

### BIBLIOGRAFIA WEB

- *Joint Venture* o empresa conjunta, tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas - [http://es.wikipedia.org/wiki/joint\\_venture](http://es.wikipedia.org/wiki/joint_venture). 8/02/2012, 23:20h.
- Alianza europea para la responsabilidad social de la empresa. Bruselas, 22 de marzo de 2006, IP/06/358. Dirección: <<http://www.google.es/search?hl=es&sa=x&oi=spell&resum=o&ct=result&cd=1&q=bruselas,+22+de+marzo+de+2006,+1>>. 17 abril 2007.
- Panorama sindical actual de Alemania. Fuente web: <http://library.fes.de/pdf.files>, en 23 de abril de 2012.
- ALONSO SOTO, F., *Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 62, Madrid, p. 81. Dirección: <<http://www.es/publica/revista/numeros/62/Est03.pdf>>. 14 abril 2007.
- Administración Laboral utilizada por veces para significar la *Institución NIR.B* – *National Labor Relation Board*. Página web [www.nlr.org](http://www.nlr.org).