GOBIERNO DE LA EMPRESA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES: VIEJAS Y NUEVAS FORMAS INSTITUCIONALES

XVII Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORALES

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ASUNTOS SOCIALES

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

RET. 07-2.221

Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: Viejas y nuevas formas institucionales

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Relaciones Laborales Núm. 82

Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: Viejas y nuevas formas institucionales

XVII Congreso Nacional
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006

Catálogo general de publicaciones oficiales
http://www.060.es

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mtas.es
Internet: http://www.mtas.es

NIPO: 201-07-157-5
ISBN: 978-84-8417-262-8
Depósito legal: M.
Réplica electrónica de publicación en papel

Fotocomposición e impresión: Fareso, S. A.
P.º de la Dirección, 5. 28039 Madrid

ÍNDICE

Págs.

PRESENTACIÓN
Antonio V. Sempere Navarro 13

Ponencia General

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA (UNA REVISIÓN INSTITUCIONAL)
Manuel Carlos Palomeque López 33

Comunicaciones a la Ponencia General

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL REINO UNIDO, ¿UN AVANCE DE FUTURO O UN MECANISMO A OLVIDAR?
Henar Álvarez Cuesta 67

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES
José Antonio Baz Tejedor 85

LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA NORMATIVA VIGENTE
Julio Cordero González 107

Págs.

LA POLIVALENCIA CONCEPTUAL DEL TÉRMINO PARTICIPACIÓN
Manuel García Muñoz 125

PARTICIPACIÓN FINANCIERA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA EMPRESA
Elías González-Posada Martínez 145

EL ALCANCE DE LA PROMOCIÓN SINDICAL DE ELECCIONES (A REPRESENTANTES UNITARIOS) EN LAS EMPRESAS DE PEQUEÑAS DIMENSIONES
Noemí Serrano Argüello 163

LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS
Juan Bautista Vivero Serrano 187

Ponencia Temática I

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL PLANO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO
Carmen Ortiz Lallana 213

Comunicaciones a la Ponencia Temática I

LA INFLUENCIA DE LA DIRECTIVA 2002/14/CE SOBRE EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL
Antonio Álvarez del Cuvillo 291

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE Y LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO ACTUAL
Rafael Álvarez Gimeno 311

LA REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO
Felipe José Cegarra Cervantes 333

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA
Fernando Elorza Guerrero 345

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: EXPERIENCIAS COMPARADAS Y TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO
Manuel García Jiménez 365

Págs.

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: LA DIRECTIVA 2001/86/CE Y SU PROYECTADA TRANSPOSICIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO
Paz Menéndez Sebastián y *Teresa Velasco Portero* 383

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA
Josefa Romeral Hernández 401

DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA (UN ESTUDIO DEL ARTÍCULO II-87)
Helena Ysàs Molinero 417

Ponencia Temática II

LOS SISTEMAS TRADICIONALES Y EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES
Joaquín Samper Juan 437

Comunicaciones a la Ponencia Temática II

CUESTIONES SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
Raúl Ayuso Mozas 485

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL
Belén Fernández Docampo 503

CONTROL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS EMPRESARIALES: PARTICIPACIÓN EN LOS ESTADIOS PREPROCESALES Y EN EL PROCESO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES TRAS LA IMPOSICIÓN DEL CASTIGO AL TRABAJADOR
Javier Fernández-Costales Muñiz 521

NUEVAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA EN LA EMPRESA
Caridad López Sánchez 543

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS: EL CASO ESPECIAL DE LAS SITUACIONES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL
Marta Navas-Parejo Alonso 563

Págs.

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LA CRISIS EMPRESARIAL: LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL
Camino Ortiz de Solórzano Aurusa 587

PARTICIPACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN: CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
María Gema Quintero Lima 607

LA ADECUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA Y SINDICAL A LOS INCREMENTOS Y DISMINUCIONES DE PLANTILLA
Xavier Solà Monells 627

Ponencia Temática III

LAS NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA
Juan Pablo Landa Zapirain 649

Comunicaciones a la Ponencia Temática III

LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: PARTICIPACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO
Juan Miguel Díaz Rodríguez 709

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LOS INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS POR PENSIONES: ¿UTOPÍA LEGISLATIVA O REALIDAD PRÁCTICA?
Roberto Fernández Fernández 729

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PLANES DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN BENEFICIOS Y LOS *FRINGE BENEFITS* COMO NUEVAS FORMAS RETRIBUTIVAS DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA
Djamil Tony Kahale Carrillo 747

NUEVOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EXIGIDOS POR LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO: REPRESENTACIÓN EN LAS EMPRESAS INTERDEPENDIENTES Y EN EL TRABAJO AUTÓNOMO
M.ª de los Reyes Martínez Barroso 765

Págs.

ARTÍCULO 81.2 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR EL PERSONAL DE LA EMPRESA. ¿ES RETRIBUCIÓN?
Patricia Nieto Rojas 787

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS *STOCK OPTIONS:* ¿PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA O MODALIDAD RETRIBUTIVA?
José Gustavo Quirós Hidalgo 803

LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA: LA AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES NEGOCIALES
Susana Rodríguez Escanciano 823

FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS
Estefanía Rodríguez Santos y *Rosa Pérez Anaya* 845

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SISTEMAS RETRIBUTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA
Ana María Romero Burillo 865

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA FORMALIZACIÓN Y GESTIÓN EXTERNA DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES
Ángel Luis de Val Tena 887

Conclusiones

CRÓNICA DEL CONGRESO
Enrique Cabero Morán 909

PRESENTACIÓN

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático
y Vicepresidente de la Asociación Española
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) aglutina a más de quinientos profesionales relacionados con ese ámbito científico, tanto de la Universidad o la Magistratura cuanto del Foro, de las Administraciones Públicas, de las empresas y sus organizaciones o de los empleados y sus sindicatos, teniendo como objetivo «promover el desarrollo de los estudios, investigaciones, publicaciones y docencia de las materias propias de su denominación» (art. 1.º de sus Estatutos). Huelga decir que sus puertas están abiertas para quienes, identificándose con los fines estatutarios y cumpliendo con la sencilla exigencia profesional en cuestión, así lo deseen; la visita a la página informática [www.aedtss.com] proporciona la información suficiente y los miembros de la Junta Directiva estamos a disposición de quienes se hallen interesados en sumarse a la misma.

En cumplimiento de sus fines estatutarios, la AEDTSS promueve diversos encuentros o seminarios relacionados con su ámbito científico, procurando que en ellos concurra también la pluralidad de perfiles que se da entre sus socios. El serrano Campus de Colmenarejo acoge cada primavera un intenso Encuentro de Jóvenes Investigadores (sobre protección de la dependencia en 2006; sobre Seguridad Social Comunitaria en 2007); la pirenaica Jaca alberga en el mes de septiembre Seminarios sobre temas sectoriales (PDI laboral de Universidades en 2006; relaciones laborales en la construcción en 2007); Jornadas o Conferencias sobre temas concretos pueden organizarse en cualquier momento; junto a ello una ambiciosa investigación sobre la protección de la dependencia (financiada por la TGSS) concluye en estos días y desembocará en un Encuentro de profesionales de todas las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, son los Congresos Nacionales el momento estelar de la actividad social; cada mes de mayo, con el inestimable apoyo de Universidades, Administraciones Públicas, Entidades de Crédito, además de diversas entidades públicas o privadas, donde se renueva la reunión científica y profesional iuslaboralista con mayor proyección de

cuantas se celebran en nuestro país. No lo digo sólo por el elevado número de intervinientes (entre doscientos y cuatrocientos, según años), por la correspondencia con similares eventos que organizan las demás Sociedades científicas de cada Estado, la riqueza de los debates, el buen clima que preside los encuentros personales, la generosidad con que siempre se nos acoge por parte de los anfitriones locales, la posibilidad de conocer a numerosas personas embarcadas en proyectos profesionales similares al propio, la repercusión del acontecimiento en medios de comunicación generalistas, sino también por el crisol intelectual que se viene propiciando. Quienes asumen la elaboración de las Ponencias militan en los más altos escalones de la Academia, de la Judicatura, de la Administración Pública o de las profesiones relacionadas con el iuslaboralismo y siempre hacen gala de su dominio de la materia, compendiando visión de conjunto y certeras reflexiones acerca de las trazas de las instituciones analizadas, su conveniente perfección o su verdadera dimensión; no menos importante se me antoja el papel de quienes aportan su visión pormenorizada de aspectos muy concretos, agotando la específica cuestión objeto de sus Comunicaciones.

Diríase que las Ponencias son los trazos magistrales del cuadro que tenemos ante nuestros ojos, mientras que las Comunicaciones son los concretos brochazos que el mosaico impresionista ha estampado para componer un conjunto lleno de armonía global, pero también de vida propia en cada una de sus pinceladas. Huelga especificar que lo que el lector tiene en sus manos es la obra completa, coralmente compuesta, obediente a un diseño integral, pero autónoma en cada una de sus vertientes. ¿Cómo es posible que más de medio centenar de personas confluyan y se interaccionen, pese a trabajar en instituciones diversas y lugares distantes, con presupuestos heterogéneos y método libre? Una explicación sobre las interioridades y los preliminares del Congreso, recogido por esta monografía en su vertiente académica, puede ayudar a comprender cómo se hacen las cosas.

* * *

El Congreso Nacional de la AEDTSS se rige por el Reglamento aprobado bajo el mandato de la actual Junta Directiva (2004-2008), órgano que decide el tema objeto de los trabajos del Congreso, la fecha concreta y el lugar de realización, así como la Universidad o institución local coorganizadora, bien que tomando muy en consideración el parecer de estas últimas y de la persona que se sitúa al frente del empeño; hora es ya de manifestar que los Profesores Manuel Carlos Palomeque López (Ponente General, máximo responsable académico local) y Enrique Cabero Morán (Coordinador y Relator) desempeñaron con brillantez y eficacia máxima sus cometidos desde el principio hasta el final,

propiciando el desarrollo de una reunión inolvidable tanto por el significado del marco salmantino (identificado, sin duda, como prototípicamente universitario) cuanto por el modo en que discurrieron las cosas dentro y fuera de los salones de sesiones.

Conviene subrayar que la elección de la entidad coorganizadora (hasta ahora, de raigambre universitaria) supone, asimismo, la asunción por su parte de la responsabilidad de realizar la Ponencia General del Congreso, que introduce el mismo e inicia sus trabajos; por eso tal entidad propone el nombre de la persona que asumirá la elaboración de la Ponencia General. La Junta Directiva establece los temas que serán objeto de las Ponencias Específicas y designa a las personas que se harán cargo de ellas. En la medida de lo posible, se procura que el tema propuesto se aborde desde varias de las perspectivas clásicas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: fuentes, aspectos individuales, aspectos colectivos, instituciones procesales, Seguridad Social.

Las cuatro personas designadas como Ponente General (Manuel Carlos Palomeque López, en el presente caso) o Ponentes Temáticos (Carmen Ortiz Lallana, Joaquín Samper Juan, Juan Pablo Landa Zapirain, en esta ocasión) no sólo confeccionan en texto de sus aportaciones sino que también elaboran una relación de cuestiones o materias, conectadas con las Ponencias respectivas, que constituyen sugerencias para posibles Comunicaciones al Congreso. Las cuestiones propuestas deben ser lo suficientemente precisas como para permitir aportaciones de la naturaleza de una Comunicación. Una vez recibidas las sugerencias temáticas mencionadas, la Asociación hará públicos, por medios informáticos, la identidad de los Ponentes (General y Temáticos), el tema o título concreto de cada Ponencia, el orden de intervención y la relación de cuestiones sugeridas vinculadas a cada Ponencia.

Por otro lado, existe un Comité Científico del Congreso, integrado por dos miembros de la Junta Directiva, así como por tres miembros de la Asociación, en todo caso profesionales de reconocido prestigio y experiencia (en el presente caso, Catedráticos en activo de las Universidades Madrileñas). Con él interaccionan quienes desean presentar y defender una Comunicación: primero han de anunciar su propósito (incluyendo un extracto de unas veinte líneas sobre el objetivo, la cuestión concreta a abordar, la metodología a utilizar, así como un breve esquema del contenido) y aguardar la resolución sobre esa iniciativa; el Comité sólo acepta provisionalmente las Comunicaciones que estén relacionadas con el tema del Congreso, presenten interés científico, supongan una aportación al conocimiento y al debate, y ofrezcan una metodología y un esquema solvente; los anuncios con calidad aceptable, pero temáticamente coincidentes se reconducen hacia otros ámbitos.

Mientras que las Ponencias son remitidas y publicadas inmediatamente a través de la página ya citada [www.aedtss.com], el texto de las Comunicaciones es sometido al juicio del Comité Científico. En esta segunda vuelta, las Comunicaciones aceptadas provisionalmente podrán ser rechazadas en su versión definitiva por el Comité Científico si no responden al título y al contenido propuesto, si no realizan aportación alguna de novedad, o si su calidad no es la adecuada. Al lector le interesará, quizá, saber que el índice de aceptación de los textos definitivos es elevado, mientras que en la fase de anuncio el Comité suele mostrarse bastante estricto; la dilatada experiencia de sus miembros constituye un innegable aval de sus decisiones y desde estas páginas solicito comprensión ante unas decisiones que, en alguna ocasión, pueden parecer demasiado duras.

* * *

Cumpliendo escrupulosamente con los reseñados trámites, durante los días 18 y 19 de mayo de 2006 tuvo lugar el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, esta vez centrado en una materia tan poliédrica como comprometida e interesante: «Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales». Puesto que ya he avanzado el impagable apoyo, de todo tipo, que al evento prestaron las diversas Instituciones llamadas al efecto conviene recordar que en el Comité de Honor se integraron el Excmo. Señor Don Juan Vicente Herrera, Presidente de la Junta de Castilla y León; el Excmo. Señor Don Jesús Caldera Sánchez-Capitán, Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales; el Ilmo. Señor Don Julián Lanzarote Sastre, Alcalde de Salamanca; el Excmo. Señor Don Tomás Villanueva Rodríguez, Vicepresidente Segundo y Consejero de Economía y Empleo (Junta de Castilla-León); la Ilma. Señora Doña Isabel Jiménez García, Presidenta de la Diputación Provincial de Salamanca; el Excmo. y Magnífico Señor Don Enrique Battaner Arias, Rector de la Universidad de Salamanca; el Excmo. Señor Don Joaquín Samper Juan, Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; y el Señor Don Julio Fermoso García, Presidente de Caja Duero.

Por su lado, el Comité Organizador estuvo compuesto por los Profesores de la Universidad de Salamanca, Don Manuel Carlos Palomeque López y Don Enrique Cabero Morán, amén de la Junta Directiva de la AEDTSS en pleno (Don Juan Rivero Lamas, Presidente; Don Antonio V. Sempere Navarro y Don Santiago González Ortega, Vicepresidentes; Doña Magdalena Nogueira Guastavino, Secretaria General) y la Gerente (Doña Susana Barcelón Cobedo).

La cesión, por parte del Rectorado de la Universidad de Salamanca, de la Hospedería del Colegio Arzobispo Fonseca, recientemente restaurado y remodelado, permitió contar con una sede física a la altura de los más exigentes. Además de las muy numerosas y concretas personas que se volcaron en diversos aspectos, organizativos o científicos, del evento merecen también mención individualizada las diversas entidades patrocinadoras: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Consejería de Empleo de la Junta de Castilla-León; Diputación de Salamanca; Ayuntamiento de Salamanca; Universidad de Salamanca; Facultad de Derecho; Departamento de Derecho del Trabajo; Consejo General del Poder Judicial; Fremap; Caja Duero y El Corte Inglés. Gracias al esfuerzo del primero de nuestros patrocinadores ve la luz este libro, acudiendo también a la cita anual con los anaqueles y evidenciando que cibernética y papel impreso son medios complementarios de dar a conocer la información. Su cuidada edición y distribución corre, un año más, a cargo del propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, siempre sensible a las iniciativas de nuestra Asociación.

* * *

Abre el volumen la Ponencia General, «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», magistralmente escrita por MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ. De su densa exposición derivan media docena de ideas-fuerza que vale la pena anticipar, tomándolas de su propio texto, sin más finalidad que la de incitar al lector a su lectura por extenso.

Primero: la *indeterminación constitucional* de la noción de *participación [de los trabajadores] en la empresa,* sobre la que poco más se afirma que el reconocimiento de sus «diversas formas», exponente desde luego de las formidables implicaciones ideológicas y políticas del problema, justifica a todas luces un *uso legislativo caprichoso e incierto* de los contenidos materiales de la categoría. El legislador puede así perfectamente atribuir a su gusto la identidad participativa a cualesquiera aspectos institucionales que resulten de la acción colectiva de los trabajadores en la empresa, sabiendo en último término que la laxitud constitucional tutela a la debida distancia esta operación permisiva de subsunción jurídica abierta. El resultado de todo ello, como bien se ha podido ilustrar a lo largo de estas páginas, no ha sido otro al final, por cierto, que la disposición de una *fórmula jurídica* [la participación en la empresa] *desprovista de por sí de significación técnica unitaria,* si es que de alguna, que por lo demás no deja de exhibir con garbo su absorbente capacidad semántica para amparar sin esfuerzo una gama heterogénea y múltiple de contenidos plurales.

Segundo: la noción corre desde luego el riesgo de servir para poco, dejando paso al instante a cada una de las realidades institucionales amparadas [representación, información, consulta, etc.], provistas ellas sí de significación técnica individualizada. En cuyo caso, y puesto que es incapaz de adquirir [a ello ha sido llevada de modo interesado, por cierto] una significación jurídica precisa y determinada, la *participación* está condenada irremisiblemente a ser *moneda de cambio en la pugna ideológica [y política] subyacente a la ordenación jurídica del sistema de relaciones laborales* y en el consiguiente debate acerca de la frontera móvil entre conflicto y cooperación en los dominios de nuestra disciplina.

Tercero: la cuestión de fondo radica en saber si cuando los trabajadores se sirven de los instrumentos que les ofrece el ordenamiento jurídico para el ejercicio de su acción colectiva en la empresa, revestidos éstos en consecuencia de la consideración de derechos subjetivos [negociación, información, consulta], lo están haciendo en representación y defensa de sus intereses propios o, en cambio, atienden de modo directo y consciente a su participación colectiva en la empresa. O, tal vez, *hay que entender que están haciendo ambas cosas a la vez*, de modo que [como sostiene nuestro legislador] el ejercicio de su representación de intereses no es sino una manera de «participar» en la empresa. Si así se considera, porque constitucionalmente fuera posible, que sea bien venido sin otra objeción que su *resultado poco satisfactorio*.

Cuarto: la *organización y representación* de los trabajadores en la empresa, resultante de su derecho a la constitución de estructuras orgánicas [unitarias o sindicales] en los centros de trabajo «para la defensa de sus intereses», necesita naturalmente de una actividad colectiva imprescindible para el cumplimiento de dicho objetivo estructural. Y al propio tiempo que estos órganos desempeñan su actividad instrumental de representación de los trabajadores, mediante el ejercicio de las competencias y funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye, no puede ser de otra forma que dicha práctica colectiva se *interese e implique* [con el propósito de influencia en la toma de decisiones empresariales] en las cuestiones generales de organización y funcionamiento de la empresa.

Quinto: resulta imprescindible, por todo ello, la utilización de una expresión adecuada por su amplitud para designar esta última idea y con ella el conjunto de los instrumentos o mecanismos al servicio de la representación de los trabajadores y la *correlativa expectativa de influencia en las decisiones del empresario*. La *participación* no puede designar lógicamente al mismo tiempo el todo y la parte, es decir, el conjunto de las formas de influencia colectiva en la empresa y también, como modalidad de ésta, la presencia institucional de la representación de los trabajadores en los órganos del capital. Por lo que parece preferible que aquélla abandone provechosamente su inicial sentido *abierto e inservi-*

ble, y sea sustituida por otra noción no contaminada semánticamente, para alcanzar dentro del mismo uno *propio y técnico* como fórmula singular. No otro ha sido, ya se sabe, el expediente técnico utilizado por el Derecho comunitario mediante la noción de *implicación* de los trabajadores [a través de sus representantes] en la empresa, bien es verdad que para la sociedad anónima europea [también para la sociedad cooperativa], aunque por descontado podría valer otro término semejante.

Sexto: la negociación colectiva, la información, la consulta o, entre otros más, la *participación* [ésta ya en sentido propio y no diluido], al tiempo que competencias de la representación de los trabajadores para el desempeño de su función general, no dejan de ser singulares instrumentos mediante los cuales los trabajadores pueden, a través de sus representantes, influir en las decisiones que se adopten en la empresa. Así las cosas, la *participación* se limita técnicamente, para la empresa que adopte forma jurídica de sociedad lógicamente, a la influencia del órgano de representación mediante su derecho a la designación de determinados miembros del consejo de administración de aquélla. En tal caso, como acredita el ordenamiento comunitario de la sociedad anónima europea [con una propuesta institucional que sobrepasa desde luego los límites materiales de ésta] y deberán incorporar los derechos nacionales, los trabajadores [a través de sus representantes] sí que forman *parte*, y por ello *participan* en sentido estricto, es verdad que de forma minoritaria, del ámbito propio de la toma de decisiones de la empresa [*participación en la dirección o en la gestión*], adquiriendo verdadero sentido la institución aquí considerada.

Sobre las pautas marcadas por el Ponente General, se presentaron hasta siete Comunicaciones:

- «La participación de los trabajadores en el Reino Unido, ¿un avance de futuro o un mecanismo a olvidar?», de Henar Álvarez Cuesta.
- «Responsabilidad social empresarial y participación de los trabajadores», de José Antonio Baz Tejedor.
- «Los antecedentes normativos de los órganos de representación y participación especializados en materia de prevención de riesgos laborales. Evolución y análisis desde el prisma de la normativa vigente», de Julio Cordero González.
- «La polivalencia conceptual del término participación», de Manuel García Muñoz.
- «Participación financiera y responsabilidad social en la empresa», de Elías González-Posada Martínez.
- «El alcance de la promoción sindical de elecciones (a representantes unitarios) en las empresas de pequeñas dimensiones», de Noemí Serrano Argüello.

- «La participación de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos», de JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO.

El relator de la Mesa constituida para desarrollar las sesiones de trabajo de esta Ponencia General, profesor Sanguineti Raymond, indicó que la misma sirvió para poner de relieve entre otras cuestiones la falta de orden conceptual en torno a la participación, la ausencia de una propuesta explicativa general sobre la misma y la inexistencia de discusión en torno a su fundamento. El profesor Palomeque reiteró aquí que la utilización omnicomprensiva del concepto de participación que se ha hecho tradicionalmente constituye una flaca contribución a la construcción del mismo con verdaderas fórmulas participativas dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

* * *

La Primera de las Ponencias temáticas corrió a cargo de la profesora CARMEN ORTIZ LALLANA, ocupándose de «La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario». Tras su documentada exposición concluye que la empresa tiende a adoptar estructuras cada vez más descentralizadas en las que prevalecen diversas formas de colaboración interempresarial. Se articulan redes flexibles entre las distintas unidades productivas, como paradigma organizativo y técnico-industrial emergente, en las que se tiende a una reducción formal de la dimensión de la empresa, al tiempo que existe un elevado nivel de integración o colaboración entre distintas unidades productivas, relativamente autónomas, implicadas, a su vez, en los nuevos complejos empresariales, a menudo transnacionales. Este modelo se apoya en la mayor participación de los trabajadores en la delimitación del trabajo, en los métodos de producción y en los flujos productivos, atendiendo a las fluctuaciones del mercado, y se posiciona vinculado a la «democracia industrial», donde la razón de la eficiencia productiva se combina con la pretensión de transformar los equilibrios de poder en el proceso de toma de decisiones empresariales y la mayor intervención de los trabajadores en el proceso de trabajo.

En sus propias palabras, este modelo participativo persigue una «distribución más equilibrada entre la autoridad y el trabajo en la organización empresarial» y, por tanto, pretende una «gestión participativa» tendente a realizar los valores de democracia en la empresa, sin ignorar ni limitarse a justificar las prerrogativas de la dirección. El resultado es una «noción polisémica» de representación de los trabajadores con una multiplicidad de contenidos y versiones sobre su alcance, que requiere una diversidad de dispositivos para su efectividad y que es dependiente, en buena medida, de la conformación del propio modelo de relaciones

laborales. El mercado, cuyas condiciones cambian con rapidez aumentando la presión competitiva de las empresas y los actores económicos —entre los que se cuentan las redes de empresas transnacionales— condicionan los márgenes de decisión de los Estados miembros y la influencia de la racionalización económica determina la organización del sistema social y político.

Explica también la Ponente que en el contexto de estos nuevos modelos empresariales en el ámbito europeo y para dar respuesta a las nuevas realidades que plantean, la participación de los trabajadores en la empresa constituye una de las «señas de identidad» del acervo comunitario. La proyectada Constitución Europea parece establecer un modelo abierto de participación, sobre todo de los derechos de información y consulta y más tímidamente de la cogestión o decisión institucional; los instrumentos de Derecho derivado son resultado y reflejo de la evolución y las tendencias de la realidad socio-empresarial, pero también del ordenamiento jurídico supraestatal de la CEE, conectado con otros ámbitos de la política comunitaria. Las distintas experiencias de los modelos internos de participación, unas veces caracterizadas por la implicación de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas societarias a través de mecanismos de cogestión empresarial, creación de consejos de administración o vigilancia o supervisión de las sociedades (Alemania, Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Suecia, etc.) y otra veces por el establecimiento de formas y órganos de consulta y participación (Italia, Francia, España, etc.) han llevado al legislador comunitario, tras un largo proceso no exento de dificultades, a modular su técnica armonizadora tradicional para dar prioridad a la autonomía colectiva de los sujetos implicados en el contenido y el ejercicio de la participación.

Fruto de esta modulación es, de una parte, el reconocimiento de los derechos de información y consulta a los representantes en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria por la Directiva 94/95/CEE, basada en el principio dispositivo, la negociación con espíritu de colaboración, los principios de subsidiariedad y antes-después, el respeto de los derechos adquiridos o el principio de proporcionalidad. De otra parte, la ordenación de los derechos de información, consulta y participación en las sociedades jurídicas mercantiles de ámbito europeo mediante las Directivas 2001/86/CEE y 2003/72/CEE, cuyos mecanismos de participación social, además de emular el contenido de la Directiva 94/95/CEE, de la que son deudoras, permiten la apuesta por opciones «monistas» o «dualistas», en lo que se refiere a la organización de la administración de las sociedades y consecuentemente a la representación y participación de los trabajadores en ellas. Por último, otra de las consecuencias es el diseño de un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea por la Directiva 2002/14/CE que permita a los trabajadores participar a través

de sus representantes de las decisiones empresariales, evitando la imposición de normas rígidas a todos los estados y tendiendo a la regulación de contenidos mínimos que favorezcan el dialogo social en la empresa.

Con independencia del contenido sustantivo de cada una de ellas, el denominador común del conjunto de las Directivas es que transmiten una perspectiva mas moderna y avalan una nueva dimensión comunitaria del Derecho colectivo del trabajo, que confiere un amplio margen a la negociación y a la autonomía de la voluntad de las partes, prestando un mayor protagonismo a los agentes sociales implicados en el proceso, mediante procedimientos en que el instrumento comunitario interviene para definir el marco de la negociación entre las partes, pero concede a estas amplia libertad en la determinación de sus derechos y obligaciones recíprocas. Ambas Directivas muestran su preferencia por la negociación colectiva, que permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad de la norma comunitaria a las singularidades de los sistemas de implicación de los países europeos, aunque teniendo como límite el respeto a las legislaciones y prácticas internas vigentes en los Estados miembros como garantía mínima de los derechos reconocidos por ellas. La autonomía colectiva, que impregna la regulación de los derechos de información, consulta y participación se traslada también a los acuerdos alcanzados al respecto que, dada la eficacia jurídica que se les reconoce, son el germen de una nueva unidad de negociación a nivel comunitario.

Concluyendo: la dimensión social europea, en la vertiente colectiva de la implicación de los trabajadores en la empresa tiene que salvar no pocos obstáculos hasta ser una realidad tangible. Al riesgo que supone transplantar categorías colectivas propias de un marco interno a un ámbito supranacional, o la equivocación que podría suponer la utilización de los planteamientos tradicionalmente asumidos por los estados miembros para la transposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos estatales, se suman otros de índole jurídica. Estos últimos tienen que ver con la dificultad que conlleva la aprobación por los Estados miembros de disposiciones sobre cuestiones desconocidas por los distintos ordenamientos internos, y por lo tanto, difícilmente aplicables en cada país, o con el carácter indisociable de alguna de estas Directivas con sus respectivos Reglamentos y la necesidad de que, para su entrada en vigor, «todos» los Estados miembros hayan establecido con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento del sistema, de manera que Directivas y Reglamentos puedan aplicarse concomitantemente en todos los países de la CEE.

En lo relativo a nuestro país, el nivel de transposición alcanzado o, eventualmente, el impacto de las Directivas sobre el ordenamiento jurídico laboral es desigual en cada caso. Existen cometidos pendientes de realización, que expresamente encomienda cada norma comunitaria al

legislador estatal y cuestiones precisas, puestas de relieve en páginas anteriores, que básicamente, de una parte, evidencian, entre otros aspectos, una cierta disfunción entre la modalidad práctica de consulta «preventiva» a que se refiere la «Directiva 2002/14/CE y el tipo de consulta que, en relación con ciertas materias contempla el ET o, de otra parte, subrayan puntos que afectan a la determinación de la unidad electoral básica —empresa/centro de trabajo— en la elección de los representantes de los trabajadores. Pero, la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico-laboral al régimen jurídico-comunitario en materia de representación laboral no debe limitarse a retoques puntuales, de carácter sustantivo, efectuados por el legislador interno; sino que recomienda llevar a cabo una revisión global de la regulación interna de la representación colectiva conforme al Derecho Comunitario y, mientras dicha revisión se produce, hace aconsejable que los órganos judiciales españoles, sintiéndose vinculados por el proceso armonizador, lleven a cabo una interpretación del derecho interno, teleológica y «dentro de la hermenéutica posible», favorable a la aplicabilidad interna de la normativa comunitaria.

Respondiendo a las inquietudes sembradas por la Ponente, hasta ocho Comunicaciones abordaron otros tantos aspectos concretos:

- «La influencia de la Directiva 2002/14/CE sobre el ordenamiento interno español», por Antonio Álvarez del Cuvillo.
- «La implicación de los trabajadores en la SE y la complejidad del derecho social europeo actual», por Rafael Álvarez Gimeno.
- «La representación y participación de los trabajadores en el Comité Económico y Social Europeo», por Felipe José Cegarra Cervantes.
- «La protección de los derechos adquiridos en la implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea», por Fernando Elorza Guerrero.
- «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: experiencias comparadas y trasposición al Ordenamiento Jurídico interno», por Manuel García Jiménez.
- «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: la Directiva 2001/86/CE y su proyectada transposición a nuestro ordenamiento», por Paz Menéndez Sebastián y Teresa Velasco Portero.
- «Prevención de riesgos laborales y participación de los trabajadores en la UE», por Josefa Romeral Hernández.
- «Derechos de información y consulta en la Constitución europea (un estudio del art. II-87)», por Helena Ysàs Molinero.

El relator de la correspondiente Mesa, profesor Elorza Guerrero, explicó que el debate se centró fundamentalmente en el análisis de la directiva sobre implicación en la sociedad anónima europea y se invirtió la preocupación por las consecuencias finales que una directiva puede tener en el desarrollo de las relaciones laborales en las empresas españolas. No está claro hoy cuál puede ser el futuro de la participación y el gobierno de la empresa en España, sobre todo cuando se repara en directivas como la 2002/14, que todavía no han sido transpuestas, o en que, por ejemplo, el proyecto de ley que transpone la directiva sobre implicación no hace más que transcribir la norma comunitaria. No parece que el legislador tenga muy claro cuál puede ser el modelo definitivo.

* * *

El segundo de los Ponentes, el Magistrado del Tribunal Supremo Don Joaquín Samper Juan giró los ojos hacia el Derecho interno para examinar «Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores» y ofreció una visión panorámica de la normativa española, con sus carencias y deficiencias, con especial atención a la más reciente jurisprudencia sobre la materia, telón de fondo para las reflexiones propias y ajenas.

La Ponencia comienza con una reseña de los sistemas tradicionales de participación de los trabajadores en la empresa que se observan en el Derecho comparado, extraída en su práctica integridad de las aportaciones de la doctrina que se cita. Expone a continuación el sistema de participación español, examinado a la luz de las tres grandes opciones legislativas que le han dado forma: representación reivindicativa; canal dual de representación; y centro de trabajo como unidad electoral básica. Finalmente, siguiendo el esquema al uso en los tratados que se ocupan del tema, recuerda en síntesis, breve pero no exenta de apuntes críticos, las garantías y los diversos derechos: vigilancia y control, información y consulta, codecisión y negociación, que nuestra legislación reconoce a los representantes de los trabajadores, deteniéndose especialmente en aquellos temas que han ocupado la atención de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en estos últimos años.

La exposición resulta muy interesante en lo concerniente a los matices introducidos en la valoración de la garantía de los representantes de los trabajadores de prioridad de permanencia en la empresa (arts. 51, 52 y 68 ET), a la elección del comité de empresa conjunto y del comité intercentros o a la utilización del crédito horario por los representantes de los trabajadores en la negociación de convenios colectivos. No menos interesante resultó la propuesta de materias para su valoración ante una posible reforma del Estatuto de los Trabajadores, entre las que se hallan, por ejemplo, la evitación como efectos no de-

seados o imprevistos de las fricciones entre la representación unitaria y sindical en el centro de trabajo, los problemas para utilizar la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, la función o el papel que asumen los sindicatos minoritarios (buscan en ocasiones ámbitos de mayor protagonismo impugnando convenios colectivos), las carencias del concepto de unidad electoral básica (toma sólo como referencia el centro) y los desajustes que se generan en los centros pequeños, la insuficiencia de las nociones de información y de consulta (excesivamente vinculados a la vigilancia y al control) o el análisis de otros supuestos que están en zonas fronterizas, o extramuros de la legislación laboral, como el trabajo autónomo económicamente dependiente, el teletrabajo, la subcontratación o la cesión de trabajadores.

Atendiendo tanto a los textos normativos cuanto a los criterios interpretativos de los Tribunales se evidencia que la configuración actual de la representación de los trabajadores en la empresa puede calificarse de excesivamente compleja, por cuanto que cuenta, o puede contar, con: la asamblea de trabajadores, una representación unitaria con órganos unipersonales o colectivos según sea el numero de trabajadores de la unidad electoral, otra especializada en seguridad e higiene que puede o no estar integrada en la anterior, y finalmente la representación sindical.

De los múltiples temas abordados, como botón de muestra, puede rescatarse el examen de la representación especializada en materia de prevención de riesgos laborales (Delegados de Prevención). Ha sido polémica la cuestión del criterio a seguir para la designación de los delegados de prevención y para su incorporación al comité de seguridad y salud: si deben ser nombrados por las distintas candidaturas con presencia el comité de empresa y en proporción al resultado electoral obtenido por cada una de ellas, o solo por quienes ostentan la mayoría en dicho comité. Véase el modo directo y didáctico en que se lleva a cabo la exposición de los criterios jurisprudenciales en este ejemplo: la Sala IV ha optado por el criterio mayoritario que ya había aplicado a los antiguos comités de seguridad e higiene en las sentencias de 24 de septiembre de 1991 (rec. 312/1991) y 24 de diciembre de 2002 (rec. 207/1992). La doctrina sentada respecto de los delgados de prevención, que aparece recogida en las sentencias de 15 de junio de 1998 (rec. 4863/1997) y 14 de junio de 1999 (rec. 3997/1998) fue reiterada por la de 30 de abril de 2001 (rec. 2887/2000) en relación con el comité de seguridad y salud. En ellas se reconoce que ni el artículo 35 ni el 38 de la LPRL, tratan el tema de la proporcionalidad en su designación; y tras destacar las diferencias que se dan entre el comité de empresa y el comité de seguridad y salud (que es un órgano de trabajo y no de negociación, como recientemente ha recordado la sentencia de 14 de marzo de 2006, rec. 2466/2004) y advertir que «la exclusión de un sindicato del seno del comité de seguridad y salud no atenta contra la libertad sindical», ter-

minan acogiendo el criterio de la designación por mayoría, con argumentos de los que se ha discrepado doctrinalmente.

Se complementa la exposición con las ocho Comunicaciones siguientes:

- «Cuestiones sobre la representación de los trabajadores de empresas de trabajo temporal», de RAÚL AYUSO MOZAS.
- «La participación de los trabajadores en la subcontratación empresarial», de BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO.
- «Participación de los representantes de los trabajadores en los estadios preprocesales y en el proceso especial de impugnación de sanciones (problemas planteados por el proceso a seguir ante la posible invocación de una lesión de libertad sindical u otros Derechos Fundamentales», de JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ.
- «Nuevas fórmulas de participación retributiva en la empresa», de CARIDAD LÓPEZ SÁNCHEZ.
- «La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos: el caso especial de las situaciones de concurrencia empresarial», de MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO.
- «La participación de los trabajadores en la gestión de la crisis empresarial: la intervención de los representantes de los trabajadores en el procedimiento concursal», de CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA.
- «Participación de los delegados de prevención: contenido y límites del derecho de acceso a la información y documentación», de MARÍA GEMA QUINTERO LIMA.
- «La adecuación de los órganos de representación unitaria y sindical a los incrementos y disminuciones de plantilla», de XAVIER SOLÀ MONEÉIS.

El relator de esta Mesa, profesor Cardenal Carro, subraya que las comunicaciones han subrayado la necesidad de desarrollar sistemas de participación en ámbitos concretos, como en las empresas de trabajo temporal o en la subcontratación, huérfanos de la regulación fuerte existente en otros supuestos más atendidos por el ordenamiento, como la gestión de la crisis empresarial o la actuación de los representantes en materia de prevención, sin perjuicio de que susciten también importantes dudas sobre el alcance del contenido de este derecho. Se han sugerido por último interesantes fórmulas para la adecuación de los órganos de representación unitaria y sindical a los incrementos y disminuciones de plantilla.

* * *

La última de las materias específicas refiere a «Las nuevas formas de participación en la empresa», desarrollada por el Catedrático de la Universidad del País Vasco, JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN. El Ponente evidencia que las bajas tasas de sindicalización corren parejas con la mayor implicación de los sindicatos en los asuntos de la empresa, ya sea por el canal de los mecanismos de participación en la administración (con influencia directa o indirecta en los órganos societarios), o por la vía de la participación accionarial (*share's ownership*), o también, a través de su implicación en los programas de participación establecidos en la organización de la producción. Los intereses de los grandes actores de la economía global (multinacionales y grandes empresas) están ejerciendo una presión evidente (muy visible en Alemania, por ejemplo, donde las presiones para reformar el sistema de «cogestión» son cada vez mayores) en favor de la generalización del modelo anglosajón de gobernanza corporativa.

En este contexto se pone de relieve la necesidad de debatir sobre la eficacia de una estrategia sindical basada en la tradicional acción y negociación sindicales, y la necesidad más o menos real de tener que suplir, o complementar aquélla (definiendo, en su caso, los ámbitos de una y de otra), mediante alternativas participativas, tal y como está sucediendo en buena medida, *de facto,* en los procesos de toma de decisiones sobre reestructuraciones de las grandes empresas. En consecuencia, inversiones, deslocalizaciones, fusiones, compras y ventas, alianzas estratégicas, holdings, etc..., responden a una dimensión de la estrategia empresarial, que desde luego no es la de la empresa productiva con una estrategia de negocio predefinido y «estable», modelo de empresa en la que probablemente estaba pensando el legislador español cuando configuró el sistema legal de participación hoy vigente en España.

Las consecuencias para la acción sindical son evidentes. Las técnicas negociadoras pueden ser eficaces (entre otras) para gobernar la participación en la empresa-organización, pero sin duda son ineficaces para gobernar la empresa-actividad. Si en atención a las anteriores consideraciones, la participación es más necesaria que antes para la acción sindical, la cuestión que se plantea entonces es: ¿Puede la estrategia sindical hacer compatible la acción sindical reivindicativa y negociadora con la participación cooperativa y no conflictual en los órganos de decisión estratégica de la empresa?

El problema en España es que, suponiendo que esta última fórmula de separación funcional pudiera ser la solución, ello deviene imposible en la práctica, al ser el comité un órgano de representación sindicalizado y reivindicativo, y en muchas ocasiones, el sujeto de la negociación en la empresa del convenio colectivo (y no sólo de eventuales acuerdos de

empresa). En cualquier caso, el comité español tiene la enorme virtud de ser un órgano electivo y unitario, lo cual es ideal para revestirlo de funciones de participación cooperativa. Los sindicatos podrían plantearse ejercitar de la misma manera, bien en solitario, o junto con otros agentes de confianza de los trabajadores *(trustee),* su capacidad de representación de los trabajadores en los órganos de participación institucional en aquellas empresas donde esta clase de participación estuviera prevista por la Ley, o lo fuera como consecuencia de la aplicación de los estatutos de la sociedad de acuerdo con la legislación mercantil sobre sociedades. Como se puede observar, la implicación de los sindicatos en las tareas de participación cooperativa en las empresas, de manera directa, o a través del comité o de otros órganos específicos de representación de los trabajadores, no tiene que significar necesariamente una renuncia a su tradicional papel reivindicativo, sino que puede plantearse como un complemento necesario a la orientación y a la calidad (a corto y a largo plazo) de esa estrategia reivindicativa, en un contexto de relaciones laborales que ha cambiado.

En este momento, las exigencias de la competitividad y el diseño de las estrategias de empresa están profundamente alteradas con respecto de los planteamientos de la producción industrial del pasado siglo, y deben conciliarse con unas reivindicaciones distintas, mucho más individualizadas, donde las exigencias salariales conviven con la necesidad de formación, promoción, mejora de la empleabilidad y la conciliación con la vida familiar o socio-cultural de los propios trabajadores, cuyos intereses son mucho más plurales y diferenciados que antaño. Al mismo tiempo, los sindicatos siguen siendo en España los representantes preferidos por los trabajadores, sólo ellos tienen la capacidad y los instrumentos (de la libertad sindical) para hacer cumplir las promesas y compromisos obtenidos en los órganos de participación, hayan sido formuladas a través de las técnicas de negociación colectiva, mediante acuerdos de participación, o bien desde las declaraciones contenidas en los códigos de conducta (unilaterales o bilaterales).

Por su lado, hasta diez comunicantes atendieron las sugerencias temáticas lanzadas desde la Ponencia, completándose el panel expositivo con sus aportaciones:

- «Las cooperativas de trabajo asociado: participación en la determinación de las condiciones de trabajo», de JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ.

- «La participación de los trabajadores en la gestión de los instrumentos complementarios por pensiones: ¿utopía legislativa o realidad práctica?», de ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ.

- «Regulación jurídica de los planes de participación de los trabajadores en beneficios y los *fringe benefits* como nuevas formas retributivas de los trabajadores en la empresa», de DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO.
- «Nuevos modelos de participación exigidos por la nueva organización del trabajo: representación en las empresas interdependientes y en el trabajo autónomo», de M.ª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO.
- «Artículo 81 LSA. Asistencia financiera para la adquisición de acciones por el personal de la empresa. ¿Es retribución?», de PATRICIA NIETO ROJAS.
- «El régimen jurídico de las *stock options:* ¿participación de los trabajadores en la empresa o modalidad retributiva?», de JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO.
- «La participación en la gestión empresarial a través de la contratación colectiva: la ampliación de las funciones negociales», de SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO.
- «Fórmulas de participación de los trabajadores en las microempresas», de ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS y ROSA PÉREZ ANAYA.
- «Negociación colectiva y sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa», de ANA MARÍA ROMERO BURILLO.
- «La participación de los trabajadores en la formalización y gestión externa de los compromisos por pensiones», de ÁNGEL LUIS DE VAL TENA.

La profesora Rojas Rivero, relatora de la Mesa, informó de la profunda discusión sobre temas novedosos para el estudio iuslaboralista, como el régimen jurídico de las *stock options,* en su doble consideración de sistema de participación de los trabajadores en la empresa y de modalidad retributiva, o la más complicada cuestión de la gestión de los instrumentos complementarios por pensiones, donde se observa una intervención legislativa que lejos de avanzar en la participación de los trabajadores se inclina hacia el refuerzo o el aumento del poder empresarial en su gestión. Se ha efectuado un detenido análisis del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas del que se desprende que las operaciones de asistencia financiera plantean implicaciones laborales. Suscitó preocupación entre los asistentes la descripción estadística de la realidad empresarial española, que se asienta sobre empresas de las que el 90% son PYMES y de ellas el 75% cuentan con menos de seis trabajadores y en las que, como es sabido, la representación y la participación son prácticamente inexistentes.

* * *

La experiencia muestra que la determinación del alcance que haya de poseer una Presentación o Prólogo de libro tan voluminoso como el presente depende por completo del autor; quien esto escribe no desea acometer ahora una especie de pórtico doctrinal, exponiendo las propias ideas sobre el tema examinado. Creo que en las páginas que siguen hay un balance completo, extenso, riguroso, plural, actualizado y muy significativo sobre la participación de los trabajadores en la empresa; que las Actas (simplificadamente así denominadas) que ven ahora la luz están llamadas a constituir una obra de referencia sobre la materia; que los autores y cuantas personas o entidades posibilitaron tanto el Congreso cuanto la publicación merecen general gratitud; en fin, por descontado, que la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, una vez más, demuestra que goza de buena salud y desea compartir sus avatares con la comunidad iuslaboralista.

Tienen aquí estudiosos, interlocutores sociales, fuerzas políticas, entornos normativos y cuantas personas estén interesadas en la materia tanto materiales para la información, formación y reflexión, cuanto motivos de agradecimiento al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; en nombre de la AEDTSS quede constancia, una vez más, del reconocimiento que ello merece.

Ponencia General

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA (UNA REVISIÓN INSTITUCIONAL)

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. LA INUTILIDAD DE LA NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN COMO CATEGORÍA EXPLICATIVA UNITARIA.—2. GOBIERNO DE LA EMPRESA: PODERES EMPRESARIALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.—3. EL DEBATE SINDICAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y LA DESGASTADA CONTRAPOSICIÓN DE MODELOS DE ACCIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA.—4. EL IMPULSO COMUNITARIO EN LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL Y REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.—5. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA.—6. EL USO LEGISLATIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA Y SUS «DIVERSAS FORMAS» POSITIVAS.—7. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.—8. CONSIDERACIONES FINALES.

«[...] El derecho natural no existe: esta palabra no es más que una anticuada sandez [...]. No puede existir el derecho si no lo apoya una ley y lo sanciona un castigo. Antes de la ley no hay nada natural más que la fuerza del león o la necesidad del individuo que tiene hambre, que tiene frío; en una palabra, la necesidad»

(STENDHAL, *El rojo y el negro*, 1830) [1]

«[...] ¿No era una estupidez creer que se podía cambiar el mundo, así, de un solo golpe, situando a los obreros en el lugar de los patronos y repartir el dinero como se reparte una manzana? Se necesitaban millares y millares de años para que eso ocurriera [...] Por ello no se perdonaba la estupidez de haber dicho en otra ocasión que se debía separar la política de la cuestión social»

(Emile ZOLA, *Germinal*, 1885) [2]

«[...] El trabajo sólo engrandece cuando el trabajador dispone de iniciativa y responsabilidad. El trabajo está a menudo organizado de tal forma que priva al trabajador de autonomía. Sólo concede un espacio limitado a la opinión de los asalariados, que, sin embargo, están directamente interesados en la determinación del contenido de las tareas. Una verdadera transformación de las condiciones de trabajo implica que sea reconocido el derecho de cada uno a expresarse sobre su propio trabajo»

(Informe Sudreau sobre la reforma de la empresa, 1975) [3]

---

[1] H. BEYLE («STENDHAL»): *El rojo y el negro* (1830), trad. J. Bravo Castillo, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1985, pp. 690 y 691.

[2] E. ZOLA: *Germinal* (1885), trad. M. García Sanz, Ediciones de la Torre, Madrid, 1985, pp. 325 y 326.

[3] *Informe del Comité de Estudio para la reforma de la empresa presidido por Pierre Sudreau*, remitido al Presidente de la República Francesa y al Primer Ministro el 7 de febrero de 1975, trad. cast. Editorial Mapfre, Madrid, 1975, p. 59.

1. LA INUTILIDAD DE LA NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN COMO CATEGORÍA EXPLICATIVA UNITARIA

Más allá de la semántica originaria del término, como acción y efecto de tomar o de tener parte en algo, la observación detenida del comportamiento de la *participación* de los trabajadores en la empresa a lo largo de su recorrido institucional en los diferentes ordenamientos jurídicos arroja una conclusión intelectual verdaderamente desalentadora. Tal es, por cierto, la ambigüedad y vaporosidad extremas de la expresión, que ha llegado a amparar de modo efectivo contenidos técnicos tan heterogéneos como para arruinar al final la utilidad unitaria del concepto. La participación en la empresa se ha presentado así, dentro del debate ideológico y político general y de su plasmación jurídica, como una etiqueta estándar que, por estar en condiciones de dar cobertura a un amplio inventario de formas organizativas de los trabajadores en el centro de trabajo, que van desde la más elemental expresión de la representación obrera en el mismo hasta la más refinada manifestación autogestionaria, ha llegado a alcanzar la extraña virtud de poder significar todo y nada al propio tiempo.

Habrá que rendirse a la evidencia, así pues, de que las dificultades lingüísticas que envuelven la participación en la empresa se injertan además en los problemas ideológicos siempre subyacentes a los propósitos reguladores, para terminar mostrando al perplejo e incómodo analista poco más que un verdadero «embrollo semántico» [4]. Es así que, bajo presupuestos de política legislativa dispares, se ha llegado a reclamar el juego de la participación de los trabajadores para escenarios institucionales que asombran por su dispersión técnica. ¿Qué tienen que ver entre sí, como no sea la sospechosa presencia de nuestro sustantivo en todas ellas, las diferentes identidades de la participación en la empresa y su matriz ideológica harto diversa?

La denominada *participación en la producción*, en primer término, que la legislación franquista sobre el contrato de trabajo incorporaba a la noción legal de este negocio jurídico, en atención a la preocupación totalitaria que inspiraba el Fuero del Trabajo y su declaración primera sobre la definición del trabajo [5]. En efecto, el texto refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 entendía por tal en su artículo 1, cualquiera que fuera su denominación, «aquel por virtud del cual una o varias personas participan en la producción mediante el ejercicio volun-

---

[4] D. Weiss: *La démocratie industrielle: cogestion ou contrôle ouvrier? Expériences et projets*, Les Editions d'Organisation, París, 1978, p. 25.

[5] *Vid.* L. E. de la Villa Gil: *Derecho del Trabajo (Esquemas)*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, curso 1971-1972, p. 273.

tariamente prestado de sus facultades intelectuales y manuales [...]», apartándose en este punto y mediante la oportuna corrección ideológica de las precedentes regulaciones primorriverista [Código del Trabajo de 1926, art. 1] y republicana [Ley de Contrato de Trabajo de 1931, art. 1] sobre la materia. La participación en la producción habría de conducir al individuo trabajador, como llegó a decirse con sintomático exceso en su momento, a «formar parte de las falanges productoras de un país al entrar en una unidad de organización económica», significándose además que «el trabajador está vinculado a su empresa y que debe sobrellevar sus alternativas [nada menos que, intercalo por mi parte] como si fuera una comunidad de destino» [6].

Es evidente, pues, que la elaboración técnica y consiguiente regulación jurídica del contrato de trabajo se pone en este caso al servicio de una interesada concepción comunitaria de la empresa [7], cuya propagación ya era visible inclusive en algún ilustre comentarista judicial de la legislación republicana. Cómo, si no, encajar técnicamente la opinión [presentada a la ligera como «doctrina corriente entre sociólogos y economistas»] según la cual «el obrero es, en principio, un asociado del patrono, puesto que uno y otro colaboran a la formación del producto; el uno con el capital, el otro con su esfuerzo personal; pero el obrero, ante la inseguridad del resultado de la producción, cede su parte eventual en las ganancias a cambio de una retribución fija», para concluir que «es indudable que existe en el origen del contrato industrial una asociación para un determinado resultado» [8].

La *participación en la vida de la empresa,* en segundo, una propuesta institucional lanzada por el Consejo de Europa a finales de los últimos años setenta y definida, siempre por vía negativa, como aquella situación contraria al «estado de aislamiento del trabajador, simple ejecutor de órdenes jerárquicas y de tareas sumamente específicas, que no tiene mas

---

[6] E. Pérez Botija, *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley. Doctrina y jurisprudencia* (prólogo de J. Castán Tobeñas), Publicaciones de la Revista de Trabajo, Editorial Tecnos (1945), 2.ª ed., 1954, pp. 20-21: «[...] El contrato de trabajo entraña, pues, no la participación aislada en la producción, sino a través de una empresa; es el medio técnico por el cual se incorpora a un "grupo social", a una institución que tiene como fin inmediato realizar tareas económicas. Esta incorporación no se produce por medio de un vínculo asociativo igual al de la sociedad civil o mercantil; es un vínculo *sui generis,* según hemos dicho».

[7] En general, E. Borrajo Dacruz: «La configuración comunitaria de la empresa», en *Revista de Política Social*, 1969, núm. 81, pp. 5 a 20. «[...] El contrato o convenio de participación puede dar derecho, en un futuro próximo, a un salario a cuantía fija y a unos beneficios complementarios de carácter aleatorio y, a la vez, puede colocar al trabajador, como miembro de un personal integrado en su empresa, en una condición de asociado con el capital en la gestión», p. 20.

[8] J. de Hinojosa Ferrer: *El contrato de trabajo. Comentario a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 25.

que un mínimo de contactos con sus colegas, con el medio en que trabaja en sentido amplio y con el contexto general de la empresa»[9]. A cuyo fin, la información, que permite al trabajador valorar las posibilidades de transformación de su marco de vida y hacerse una idea de su posición en el proceso productivo [información profesional y social], no aparece tan sólo como una condición esencial para la participación en la empresa, sino que se convierte en sí misma además en una forma de ésta [10].

La *participación en la gestión* de la empresa, en tercer lugar, en la dirección y gestión de las sociedades mercantiles básicamente, mediante la incorporación de una representación de sus trabajadores a los órganos de decisión resultantes del capital propietario. El banco de pruebas de esta participación *institucional* [modelo corporativo de participación] ha radicado, sin duda, en la exportada experiencia alemana de la cogestión [*Mitbestimmung*] desde 1951, para las empresas mineras y del hierro y el acero y su propuesta legislativa [alimentada ciertamente por un propósito integrador del conflicto de trabajo en aras de las exigencias de reconstrucción económica después de la segunda guerra mundial] de participación «paritaria» de los trabajadores en el consejo de vigilancia [*Aufsichrat*] de las sociedades. La legislación de 1952 sobre constitución, régimen y organización social de las empresas [*Betriebsverfassungsgesetz*] introducía, por su parte, para todas las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, la llamada participación «tercia» de los asalariados [un tercio de los asientos del consejo de vigilancia para los representantes de los trabajadores]. En tanto que, finalmente, se regulaba en 1976 la participación de los trabajadores en las sociedades que empleasen más de dos mil trabajadores [número que se iría reduciendo con posterioridad de modo paulatino] con arreglo a una principio de representación paritaria con el capital en el seno del consejo de vigilancia, que quedaba atemperado sin embargo con los mecanismos establecidos para la designación de su presidente y el voto decisorio de éste en caso de decisión equilibrada [11].

La *participación financiera* en la empresa, como cuarto supuesto, provista de por sí de un dilatado recorrido institucional que arranca

---

[9] 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.

[10] Consejo de Europa: «La participación de los trabajadores en la vida de la empresa», *op. cit.,* p. 7.

[11] Debe tenerse ya por clásico entre nosotros, en medio de una amplísima bibliografía especializada, A. Ojeda Avilés: *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976*, Publicaciones de la Universidad, Sevilla, 1978. Del mismo: *El control sindical de las empresas en Italia. Un análisis contrastado con la participación germánica*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1981, pp. 5 a 10. *Vid.*, en fin, Instituto de Estudios Sociales: *El contencioso de la cogestión alemana*, Madrid, 1980.

desde las tradicionales [a partir del histórico «accionariado obrero» de resonancias filantrópicas] y renovadas formas de *participación en la propiedad o capital* de las sociedades mercantiles, en que los trabajadores adquieren la condición de accionistas y por ello de partícipes de la estructura de su capital, sin dejar en consecuencia de ser trabajadores asalariados de la propia razón social [12]. Pasa, asimismo, por las formas productivas de la llamada economía social [las cooperativas de trabajo asociado, principalmente] y llega hasta los sistemas retributivos que estimulan de modo variable la productividad colectiva y el compromiso de los trabajadores con la actividad empresarial [13] o procuran la distribución de una parte de los beneficios o resultados empresariales entre los empleados [la denominada *participación en los beneficios* de la empresa] [14]. Además, por cierto, de la participación basada en planes de previsión y de ayudas sociales para los trabajadores.

Sin dejar de referir, por último, las expresiones institucionales de lo que ha venido en llamarse, sustancialmente a partir de propuestas comunitarias, la nueva *cultura participativa* de la empresa [las *nuevas formas* de participación de los trabajadores en la empresa] [15]. Ya sea a través de

---

[12] *Vid.* A. Tapia Hermida: «El paradigma de los nuevos sistemas retributivos: planes de opciones sobre acciones dirigidos a los trabajadores», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), 2003, núm. 44, pp. 65 a 120.

[13] *Vid.* J. R. Mercader Uguina: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 197 y ss.

[14] Así, la Recomendación del Consejo Europeo de 27 de julio de 1992, «relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y en los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital)», *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, L 245/53 (94/443/CEE). *Vid.* AA.VV.: «Participación en los beneficios: cómo vincular los intereses de los accionistas y empleados mediante la retribución variable», en *Boletín* AEDIPE, 1997, junio, pp. 35 y ss.; también, E. T erradillos Ormaetxea: «Iniciativas comunitarias en la promoción de la participación (financiera y otras) en la empresa», en AA.VV. [coordinador J. P. Landa Zapirain], *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 55 a 67.

[15] *Vid.* F. Durán López y C. Sáez Lara, *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 13 a 24: «[...] La recuperación de la competitividad de las empresas, en las nuevas condiciones económicas, se basa en gran parte no tanto en la contención de los costes laborales como en la capacidad de innovación, en la producción de calidad, etc, para todo lo cual una mano de obra cada vez más formada, que colabore en la marcha de la empresa y que participe en la gestión de la misma (y en los beneficios derivados de su actividad), es elemento esencial», p. 17. Así también, A. Aragón Sánchez: *La participación de los empleados en la empresa. Factores y condiciones para la gestión y resultados*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, p. 15, para quien la participación de los trabajadores y la gestión empresarial participativa, como «variable de gestión de recursos humanos», no deja de ser a la postre «un medio al alcance de las empresas que buscan adaptarse al cambio y a la creciente competitividad», cuyo nuevo enfoque «también tiene consecuencias sobre la organización del trabajo, que en muchos casos hay que reestructurar, siendo necesario poner en marcha nuevas formas organizativas». En general, AA.VV. [coordinador: J. P. Landa Zapirain]: «Nuevas formas

las políticas empresariales de *gestión de la calidad* y su recurso a fórmulas cooperativas de alcance diverso [equipos de trabajo, círculos de calidad, grupos autónomos] encaminadas a la implicación del conjunto de los recursos humanos de la empresa en el desarrollo de su actividad productiva [16]. Ya, en fin, de la adopción empresarial de códigos de conducta o compromisos morales relativos a su comportamiento en la administración de los recursos humanos [prácticas responsables en materia de contratación] y en sus relaciones externas con socios comerciales, proveedores y consumidores y, de modo singular, del lanzamiento de la noción de *responsabilidad social* de la empresa (*corporate social responsability*), o de *empresa socialmente responsable*, en el marco de un adecuado gobierno de la misma (*corporate governance*), definida como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» [17].

A pesar de esta variada e ingobernable heterogeneidad de propuestas y sentidos institucionales, que desaconseja de inmediato cualquier intento de caracterización unitaria del universo contemplado, es necesario, llegados a este punto, proyectar un itinerario diferente. Si la utilización omnímoda del término participación [referida a los trabajadores en la empresa] se evidencia como un camino estéril y por ello inconveniente, sin que el mismo esté en condiciones de proporcionar un hilo explicativo común y convincente a las distintas realidades susceptibles de ser acotadas por la expresión [la participación como una categoría pretendidamente general], no queda otro recurso que la compartimentación forzosa del análisis a través de la renuncia a explicaciones panorámicas tan del gusto de tantos autores. Y así, desechando en este momento cualquier otra perspectiva, el *gobierno de la empresa* se ofrece como el escenario apropiado para el ensayo de una reflexión acerca de la intervención colectiva de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones empresariales.

---

de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa», *op. cit.* También, AA.VV.: *Un futuro para el trabajo en la nueva sociedad laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 385 a 483.

[16] *Vid.* J. R. Mercader Uguina: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2005, núm. 57, en especial pp. 300 a 302.

[17] Comisión Europea: *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa*, 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 final, punto 2.20. También, la Comunicación de la Comisión Europea sobre «la responsabilidad social de la empresa», de 2 de julio de 2002, COM (2002) 347. En especial, J. P. Landa Zapirain, «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en AA.VV., *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa, op. cit.,* pp. 15 a 54.

2. GOBIERNO DE LA EMPRESA: PODERES EMPRESARIALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

El *gobierno* de la empresa es ciertamente, conforme a la regla jurídico-mercantil codificada, un corolario resultante de la *propiedad* de los medios de producción agrupados en la misma. De este modo, quien es titular de los bienes económicos dispone por sí mismo la dirección y organización del proceso productivo dentro de su propio ámbito de influencia, tutelado a la distancia debida por el reconocimiento constitucional de la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE). Cuenta para ello, por descontado, con la mediación institucional indispensable del *contrato de trabajo*, que sanciona jurídicamente los *poderes del empresario* [de dirección y control y disciplinario] en la relación de intercambio de trabajo por salario bajo su dependencia. Por lo que el vínculo contractual no exige tan sólo la ejecución de la prestación laboral pactada, sino que, de modo elocuente para el entendimiento de la operación político-jurídica empeñada, «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue» (art. 20.1 LET).

Esta construcción jurídica esencial se encuentra sometida hoy naturalmente, lejos ya de su versión económica autoritaria, a la garantía y protección por parte del Estado social (art. 1.1 CE) del ejercicio de los poderes empresariales [y de la «defensa de la productividad»] tan sólo de acuerdo con las exigencias y límites provenientes de las cláusulas constitucionales de salvaguarda de la «economía general» [y, en su caso, de la planificación] (arts. 38 y 131 CE), del «interés general» (art. 128.1 CE) o, en fin, de la «iniciativa pública» en la actividad económica (art. 128.2 CE), que hacen saltar en pedazos el esquema de la subsidiariedad del Estado propio del capitalismo clásico.

Más aún, la implicación de la propia persona del trabajador en la prestación contractual de su trabajo, que se configura técnicamente así como una obligación de hacer e inseparable por ello del mismo sujeto obligado, deja al descubierto de inmediato la insoslayable conexión del contenido de la libertad de empresa y el poder del empresario con los *derechos de la persona* del trabajador [18]. Y ello porque, como ha acertado a expresar nuestro Tribunal Constitucional, «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», pues «ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de

[18] *Vid.* F. VALDÉS DAL-RÉ: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV. (dirección: J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau): *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

empresa [...] legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales» [19].

La limitación institucional del poder del empresario dentro de la organización productiva se construye jurídicamente, así pues, de modo paralelo [y por lo mismo recíproco] a la aceptación legislativa de categorías como la *presencia colectiva* de los trabajadores en la empresa y su consiguiente *organización* dentro de la misma. Porque la empresa capitalista había desconocido desde el primer momento toda significación jurídica colectiva de los trabajadores a su servicio, cuyo conjunto se descomponía así en la mera suma de sus sujetos integrantes [el trabajador individual como simple proveedor de fuerza de trabajo con significación exclusiva en el capítulo de los costes de producción], desprovisto por ello de trascendencia jurídica propia. Y así, sólo cuando los diferentes ordenamientos se fueron abriendo de modo paulatino al reconocimiento orgánico y funcional de algunas expresiones de la acción colectiva de los trabajadores en el seno de las unidades productivas sometidas al poder de dirección del empresario, la construcción jurídica estaría ya en condiciones de incorporar a su diagnóstico y reflexión, todavía con incierto fundamento y sentido, la consideración de la denominada *participación* de los trabajadores y de sus representantes en la empresa [20].

Es verdad, por consiguiente, que la idea de participación de los trabajadores en la empresa como fenómeno colectivo es en esencia política, por tener que ver con el propio poder del empresario y sus limitaciones institucionales provenientes de la aceptación normativa de una cierta organización de los intereses del trabajo asalariado en su conjunto dentro de aquélla. No deja de ser así, para la elaboración teórica resultante de todo esto, otra cosa que el *cupo de poder empresarial delegable y participado*, a cuya cesión el ordenamiento jurídico obliga por ser prescindible sin cuidado y no alterar lógicamente el núcleo de la decisión empresarial que caracteriza el sistema económico, a salvo claro es de los supuestos de colectivización de la propiedad y gestión propios de modelos autogestionarios o socializados que no hacen al caso en este lugar [21]. Es dentro de este esquema de *distribución* (?) de las

---

[19] Sentencias 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998 o 197/1998.

[20] Un amplio tratamiento de los modelos europeos de participación, todavía indispensable para el enfoque metodológico y conceptual del problema, en L. E. DE LA VILLA GIL: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980. También, G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la empresa y reforma de las sociedades anónimas*, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.

[21] *Vid.* A. STURMTHAL: *Consejos obreros*, trad. cast. Editorial Fontanella, Barcelona, 1971, pp. 163 y ss. También, AA.VV.: «La autogestión», en *Documentación Social*, 1976, núm. 21, monográfico.

relaciones de poder en la empresa [22] donde lógicamente adquiere sentido las nociones de *democracia industrial* o económica [es seguro que sólo figurado o *sui generis*], como sistema de relaciones laborales en que «trabajadores y empresarios se encuentran, en algún grado y de manera distinta, implicados en el funcionamiento y en las decisiones de la empresa» [23], y, mejor aún, de *ciudadanía* en la empresa [24].

Porque no es posible ignorar que la *democracia* es, por descontado, aquella noción política que expresa el fundamento constitucional del Estado social [y democrático] de Derecho, que «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 CE). De modo que, «la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2 CE) y los ciudadanos tienen derecho a «participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal» (art. 23.1 CE). De ahí que corresponda a los poderes públicos «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2 CE). A partir de estos principios ha de entenderse que la proyección a la empresa de la identidad o práctica democrática tiene forzosamente tan sólo un *sentido aproximado y relacional* respecto de las categorías políticas, expresivo desde luego del papel colectivo que pueden desempeñar los trabajadores dentro de la organización productiva y de su participación en la esfera de decisiones de la propia empresa.

El ámbito de influencia del poder empresarial participado ofrece, de acuerdo con las experiencias consolidadas en los diferentes sistemas normativos, una expresión institucional diversa, de alcance e intensidad jurídica variable, en función claro es de «las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de cada país» [25]. Cuyos moldes técnicos se desplazan, sin que lógicamente pueda ser descartable su combinación, desde la *información* y la *consulta* del empresario a los representantes de los trabajadores sobre aspectos relativos a la actividad de la

---

[22] Así, A. Baylós Grau: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa, op. cit.,* p. 166.

[23] D. Weiss: «La démocratie industrielle: cogestion ou contrôle ouvrier?», *op. cit.,* p. 11. *Vid.* M. Poole: *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, trad. cast. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1995, pp. 27 y ss.

[24] Así, A. Jeammaud: «Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa, op. cit.,* pp. 179 y ss.

[25] Organización Internacional del Trabajo: *Participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1969, p. 13.

empresa [mediante la atribución a aquél de obligaciones jurídicas de comunicación, en el primer caso, y la exigencia previa no vinculante de la opinión o parecer de los representantes para la adopción de una decisión empresarial, en el segundo]; pasando por la *negociación* sobre cuestiones de intereses divergentes; hasta llegar, por último, a la *codecisión,* en que la opinión de los representantes de los trabajadores es necesaria para la validez de la propia decisión empresarial.

3. EL DEBATE SINDICAL SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y LA DESGASTADA CONTRAPOSICIÓN DE MODELOS DE ACCIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA

La cultura sindical europea había fijado posiciones acerca de la participación de los trabajadores en la empresa, a raíz sobre todo de la experiencia impactante de la cogestión alemana en la segunda mitad del siglo veinte, en términos precisos de contraposición radical entre sistemas o modelos de organización y acción colectiva en los lugares de trabajo. Así, frente a la intervención de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa [presencia minoritaria y políticamente irrelevante de sus representantes en los órganos de gobierno de la sociedad resultantes de la composición de su capital] propia del denominado *modelo institucional* o *corporativo* de participación, se solía oponer dialécticamente una práctica de control obrero externo sobre la base de la negociación colectiva y el ejercicio adecuado de las medidas de conflicto, tenida por modelo *conflictivo* o *contractualista* de acción colectiva en la empresa.

La participación institucional en la empresa [participación en la gestión o impropiamente cogestión] descansaba para sus detractores dentro del movimiento obrero y sindical europeo sobre una propuesta integradora del conflicto [reformismo, colaboracionismo, integración], con el propósito de mantener inalterada la estructura de poder y decisión en la empresa. La cogestión no pasaba de ser, así pues, una ilusión o apariencia de poder, en que el papel de los representantes de los trabajadores no trascendía de la mera relación informativa o de consulta, sin ejercer un peso real [a salvo de los supuestos excepcionales de verdadera codecisión sobre asuntos no estratégicos] en el proceso de formación de decisiones en la empresa, adoptadas en no pocos casos fuera del ámbito propio de ésta e, inclusive, del territorio del Estado donde la misma realiza su actividad [sociedades multinacionales, grupos económicos de sociedades].

La denominada participación *conflictiva* proponía, en cambio, una acción colectiva de representación y defensa de los intereses de los

trabajadores en la empresa desde fuera de los circuitos del poder empresarial y de las correspondientes sedes de adopción de decisiones y a través, sin embargo, de herramientas «externas» como la negociación colectiva y el ejercicio de las medidas de conflicto. Con el consiguiente rechazo, en consecuencia, de cualquier fórmula de intervención de los trabajadores y sus representantes en la gestión institucional de la empresa que condujese a la participación en las responsabilidades. Como «no tenemos el poder [bien podría ser el resumen de la posición propugnada], por lo tanto no hemos de administrar la economía en lugar de los capitalistas» [26].

La acelerada y estructural transformación que experimenta la actividad económica durante el último cuarto del sigo veinte abrirá un nuevo escenario, sin embargo, para la consideración global de las relaciones laborales y su ordenación jurídica, y de la participación en la empresa de modo singular. El sindicalismo europeo adoptará ya mayoritariamente una posición mas realista y acorde con las consecuencias del cambio económico, alejada por ende de toda visión simplista y radical del problema [entendida como contraposición tajante entre participación institucional y control obrero externo], aceptando por el contrario la complementariedad de todas las formas de organización y acción sindical en la empresa.

Y es que los cambios producidos, también lógicamente en el comportamiento de las organizaciones sindicales, han alimentado el tránsito de un sindicalismo de masas dedicado a la contestación de los fundamentos de la sociedad capitalista a, por momentos en la realidad [sin el abandono, en su caso, de los postulados estatutarios de transformación social], un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado [mayor representatividad sindical, participación institucional, concertación social y legislación negociada, moderación salarial, neocontractualismo] [27]. En la medida en que el objetivo del empleo se ha situado en el primer plano de la preocupación sindical, han prevalecido lógicamente las prácticas de diálogo y participación [frente al antagonismo y la reivindicación tradicionales] en las decisiones estratégicas de las empresas en la materia.

Hoy ya, ciertamente, la cuestión fundamental de la democracia industrial ha pasado a ser para la cultura sindical dominante de la sociedad postindustrial la obtención de una «distribución de poder» diferente en la empresa y de la capacidad de los trabajadores para ejercer una parte de él, a cuyos objetivos pueden responder válidamente las distintas

---

[26] S. MALLET: *La nouvelle classe ouvrière*, Seuil, parís, 5.ª ed., 1969, p. 69.

[27] *Vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN: «Participación, neocorporativismo y administración económica», en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, tomo V, pp. 3943 a 3977.

fórmulas orgánicas y funcionales de presencia colectiva [¿participación?] de los trabajadores dentro de la estructura empresarial productiva.

4. EL IMPULSO COMUNITARIO EN LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL Y REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La promulgación de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que «respecta a la implicación de los trabajadores», ponía término por el momento a treinta años de intenso debate político y jurídico en el seno de la Unión Europea acerca del modelo comunitario de *participación* de los trabajadores en la empresa. Por su parte, el Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo había aprobado en la misma fecha el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), destinado precisamente a establecer un marco jurídico uniforme para «la reestructuración a escala Comunitaria de las estructuras de producción» (preámbulo 1), de modo que «las empresas ya existentes de los Estados miembros [cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales] tengan la posibilidad de unir sus fuerzas mediante operaciones de concentración y fusión» (preámbulo 2) [28]. Atrás quedaban, así pues, infinidad de avatares institucionales [elaboraciones teóricas, disposiciones normativas y propuestas institucionales], cuyo conjunto puede ser tenido sin reservas como observatorio excepcional de las dificultades que han acompañado durante tanto tiempo a la construcción y desarrollo del modelo social europeo [29].

A raíz de su inicial *programa de acción social* en los primeros años setenta del siglo precedente [Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974], que decidía la adopción con carácter inmediato de medidas específicas para asegurar la participación de los trabajadores o de sus representantes en la vida de las empresas dentro de la Comunidad, la política comunitaria relativa a las estructuras de decisión en las empresas y al papel de los trabajadores al respecto adoptaba, no sin sobresaltos y vaivenes, dos líneas principales de actuación normativa diferenciadas aunque convergentes [30].

---

[28] *Vid.* AA.VV. [coordinador: G. Esteban Velasco]: *La Sociedad Anónima Europea, Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

[29] Un proceso normativo semejante tenía lugar en la Unión Europea meses después a propósito de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), cuyo Estatuto era aprobado por el Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, en tanto que la Directiva 2003/72/CE del Consejo [también] de 22 de julio de 2003, completaba dicho Estatuto «en lo que respecta a la implicación de los trabajadores».

[30] Para un balance del debate comunitario inicial sobre la participación de los trabajadores, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Participación de los trabajadores y*

Una primera se producía, ciertamente, en el ámbito de la *armonización* de las legislaciones nacionales sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Ya fuera, de modo sucesivo, a propósito de la regulación comunitaria de instituciones singulares, como los despidos colectivos [en la actualidad la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, que derogaba la originaria de 1975 y la modificativa de 1992], la transmisión o traspaso de empresas [la vigente Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, codifica las sucesivas reformas experimentadas por la Directiva de 1977] o la seguridad y la salud en el trabajo [Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, verdadera directiva marco en la materia, de la que hasta el momento han derivado hasta dieciocho directivas «específicas» de aplicación]. Ya, horizontalmente, para las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria y la constitución en su seno de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a sus trabajadores [Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994]. O, en fin, todavía de forma más ambiciosa, a través del establecimiento de un verdadero «marco general» relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en el conjunto de la Comunidad Europea [Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002].

En tanto que la segunda actuación se encajaba, por su parte, dentro del propósito comunitario, proyectado ya desde el primer momento, de creación de un *derecho europeo de sociedades* y de la tipificación institucional de la *sociedad anónima europea* [también como se ha visto de la sociedad cooperativa europea] como expresión relevante de la integración económica transnacional, provista lógicamente de un régimen jurídico propio al margen del establecido por el derecho interno de los Estados miembros en cada caso. La operación jurídica dispuesta a tal fin tendría que soportar, sin embargo, un larguísimo proceso de configuración [interminables propuestas de directivas para la construcción de un mercado común de sociedades durante los años setenta], en que significativamente sería la *participación* de los trabajadores en la futura sociedad europea el punto caliente que durante décadas habría de dilatar e impedir el propio acuerdo final sobre el fondo del asunto [el estatuto de la sociedad europea] en el seno de las instancias comunitarias.

La solución largamente acariciada a este problema, tal como se formulaba en la propuesta de la «quinta directiva», consistente [por influencia desde luego de la fórmula alemana de cogestión y de su exitosa implantación] en la adopción del denominado «sistema dualista» de

---

estructura de las empresas en la Comunidad Europea. Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1975, versión española autorizada por el Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

participación de los trabajadores [presencia de sus representantes en el consejo de vigilancia de la sociedad], frente al criterio «monista» [representación de los trabajadores en el consejo de administración único de la sociedad] y sin perjuicio de un período transitorio de coexistencia de sistemas, desembocaría al final en el derecho positivo comunitario, una vez desbloqueado el persistente debate empeñado [influencia principal de la Directiva sobre comité de empresa europeo y del informe del grupo Davignon [31]], en un modelo flexible y no uniforme de participación.

La, así denominada finalmente, *implicación* de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas, constituidas con arreglo al Reglamento de aprobación de su Estatuto ya mencionado, habrá de resultar normativamente, en efecto, de un *procedimiento de negociación* formalizado entre los representantes [comisión negociadora representativa] 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] [32].

Al final quedaba descartada así una solución normativa unitaria de modalidades participativas, al considerar determinante a este propósito 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», lo que a fin de cuentas, en explicación del propio legislador comunitario, «no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los

---

[31] *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo sobre el informe final del grupo de expertos, «Sistemas europeos de participación de los trabajadores» (informe Davignon), en *Diario Oficial* C 371, de 8 de diciembre de 1997, p. 83.

[32] *Vid.* ampliamente E. GARRIDO PÉREZ: «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea», en *Revista de Derecho Social*, 2002, núm. 17, pp. 109 y ss; M.ª E. CASAS BAAMONDE: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2003, núm. 117, pp. 355 a 423; y F. VALDÉS DAL-RÉ: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», en *Relaciones Laborales*, 2003, núm. 6, pp. 1 a 12; del mismo: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo Derecho comunitario», en *Relaciones Laborales*, 2003, núm. 11, pp. 1 a 14; del mismo: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, 2003, núm. 13, pp. 1 a 11; y del mismo, en fin, «El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *Relaciones Laborales*, 2003, núm. 15-16, pp. 1 a 8. En general, M. WEISS: «La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea», en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2004, núm. 1, pp. 153 a 171.

trabajadores aplicable a las SE» (preámbulo 5, Directiva 2001/86/CE del Consejo).

Con todo, la *Carta de los Derechos Fundamentales* de la Unión Europea había ya establecido en 2000 [en reiteración de los reconocimientos contenidos en el artículo 21 de 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 los Trabajadores de 1989] el derecho de los trabajadores [«deberá garantizarse a 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). Cuyo texto se recogía, con idéntica formulación y también bajo el título relativo a los derechos de «solidaridad», en el artículo II-87 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y de ratificación interrumpida [33].

Ha llegado el momento, sin embargo, de examinar la cuestión de fondo que interesa desde la perspectiva de nuestro propio sistema institucional.

5. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

La Constitución Española dedica, como es sabido, un solo precepto a la *participación en la empresa*. Dentro de su título séptimo relativo a la economía y a la hacienda pública y después de haber confiado un primer párrafo a la «participación de los interesados» en la seguridad social y en los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de la vida o al interés general, el artículo 129.2 del texto constitucional afronta de modo directo el asunto aquí relevante. «Los poderes públicos [establece de modo textual dicha norma] 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 redacción final de esta norma constitucional, tal como habría de ser promulgada, venía ya sustancialmente de los trabajos de la propia

---

[33] *Vid.* J. MERCADER UGUINA: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», *op. cit.,* pp. 281 y ss. En particular, sobre lo que el autor denomina las «herencias comunitarias en esta materia», es decir, los [también así designados] modelos de «participación consultiva» y de «participación representativa» en la empresa, pp. 286 a 296.

Ponencia [designada en el seno de la Comisión Constitucional provisional del Congreso de los Diputados] encargada de la elaboración de un *Anteproyecto de Constitución*[34] y, en particular, de su *informe* resultante de las enmiendas presentadas a dicho documento, que desde tan temprano momento del proceso constituyente situaba ya la construcción del precepto en sus términos normativos [de contenido y estructura formal] virtualmente definitivos, a falta tan sólo de alteraciones semánticas de detalle[35]. Este texto se mantendrá inalterado a través de los trámites sucesivos del debate constitucional en el Congreso de los Diputados[36], para recibir su penúltima formulación en la Comisión de Constitución del Senado[37]. La redacción final del mismo, convertido ya en artícu-

---

[34] El *Anteproyecto de Constitución* señalaba ya en su artículo 119.2 [el primer párrafo se destinaba a la «participación de los interesados en la actividad de todos los organismos públicos, cuya función afecte a la calidad de la vida o al bienestar social»], a través de una fórmula normativa que habría de mantenerse de modo sustancial en el futuro, que «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas», *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, 5 de enero de 1978. El texto inicial del artículo sería objeto, por su parte, de un significativo un voto particular de sustitución presentado sin éxito por el grupo parlamentario de Socialistas del Congreso: «La ley regulará: 1. La participación de los trabajadores a través de las centrales sindicales en proporción a su importancia en la dirección y gestión de la seguridad social, de los servicios de empleo, de los organismos de vigilancia de precios, de las Cajas de Ahorro y otras instituciones de ahorro y crédito popular y de aquellos otros organismos vinculados a entidades económicas de interés general. 2. La participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las empresas del sector público. 3. La participación de los interesados en la actividad de todos los organismos públicos cuya función afecte a la calidad de vida o al bienestar general», en *Votos particulares al Anteproyecto de Constitución que formulan los Grupos Parlamentarios*, *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, 5 de enero de 1978.

[35] El *Informe de la Ponencia* dotaba al artículo 121.2 del Anteproyecto del siguiente contenido, coincidente con su versión definitiva a salvo de las palabras que figuran en cursiva y de la variación en la numeración correlativa del articulado del texto: «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y *facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas* cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», *Anteproyecto de Constitución*, *Informe de la Ponencia*, *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82, 17 de abril de 1978.

[36] Así, el *Dictamen de la Comisión* [de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados] (art. 123.2), *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 121, 1 de julio de 1978; y el *Texto de Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados* (art. 123.2), *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 135, 24 de julio de 1978.

[37] *Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado relativo al proyecto de Constitución*, *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 157, 6 de octubre de 1978. El [ahora] artículo 128.2 del Proyecto de Constitución sustituye la expresión cursiva conocida [«y facilitarán un marco legislativo adecuado para las empresas cooperativas»] por una próxima ya al texto definitivo: «y fomentarán, con un marco legislativo adecuado, las sociedades cooperativas». El texto se mantiene en sus propios términos en las *Modificaciones propuestas por el Pleno del Senado al texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso de los Diputados* (art. 128.2), *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 161, 13 de octubre de 1978.

lo 129.2 del Proyecto de Constitución y provisto por lo tanto del contenido y la numeración definitivos con que pasará a la Constitución Española, procederá a fin de cuentas del Dictamen de la Comisión Mixta Congreso de los Diputados-Senado sobre aquel texto [38].

La permanencia y estabilidad de las propuestas políticas originarias sobre este asunto a lo largo de la dilatada tramitación parlamentaria del Proyecto de Constitución, sometidas tan sólo, como se ha visto, a modificaciones puramente gramaticales y de orden formal, no deja de ser un indicio relevante de la pobreza teórica decepcionante que acompañó el debate constituyente sobre la *participación en la empresa* y demás cuestiones suscitadas por el que habría de convertirse en artículo 129 de la Constitución. No podrá argüirse en defensa de tan grave carencia, por cierto, la solidez y contundencia conceptual de la regulación constitucional sobre la materia, mantenida en sus términos básicos desde el principio, pues, muy lejos de ello, el precepto arroja tan cúmulo de oscuridades que han terminado por hacer de él [como en tantos otros pasajes del texto constitucional] una verdadera norma en blanco, carente por lo mismo de orden institucional. Lo cierto es que, por desgracia, los parlamentarios constituyentes no supieron ver las relevantes implicaciones políticas y jurídicas de la participación en la empresa, o acaso prefirieron no discutir sobre las mismas, sin que los diarios de sesiones publicados puedan arrojar luz [más allá de alguna obviedad] [39] sobre el sentido que sus artífices pretendieron dar a una regulación constitucional de por sí ambigua.

El artículo 129 de la Constitución, perteneciente a su título VII sobre «economía y hacienda» y fuera por tanto de la parte dogmática o decla-

---

[38] *Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Proyecto de Constitución* (art. 129.2), *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 170, 28 de octubre de 1998, en que la expresión referida verá sustituidas las palabras en letra cursiva [«y fomentarán, *con un marco legislativo adecuado,* las sociedades cooperativas»] por la fórmula final, más airosa gramaticalmente pero de nula innovación semántica por lo demás, de «mediante una legislación adecuada». El mismo *Boletín Oficial de las Cortes,* núm. 170, del día 28 de octubre de 1978, publicaba el *Texto de la Constitución* aprobado finalmente por el Congreso de los Diputados y por el Senado.

[39] Todo lo más, alguna intervención como la del senador [y Catedrático de Derecho Constitucional] L. SÁNCHEZ AGESTA: «[...] La propiedad de los medios de producción por parte de los trabajadores me parece que sólo se puede adquirir de dos formas, o al menos yo no concibo otras: una mediante la empresa cooperativa, que ya se ha citado anteriormente, y otra mediante la adquisición de acciones o de partes de esos medios de producción, que es, a fin de cuentas, lo que se llaman acciones», *Diario de Sesiones del Senado*, *Comisión de Constitución*, sesión núm. 13, celebrada el 7 de septiembre de 1978, p. 2450. O ésta del también senador I. PÉREZ PUGA: «[...] Pueden surgir otras formas asociativas y creo que, de esta manera, con este precepto mucho más amplio, no se cerrarán posibilidades de participación y refleja mucho más la expresión de su parte primera, que trata precisamente de las formas de participación en la empresa, y no de las formas de acceso a la propiedad de la empresa», *Diario de Sesiones del Senado*, cit., p. 2452.

rativa de derechos de la misma [de su título I, sobre los «derechos y deberes fundamentales»], recoge en sus dos párrafos, por todo hilo conductor común, un conjunto heterogéneo de mandatos constitucionales encomendados a los poderes públicos sobre cuestiones de *participación institucional* en sentido amplio. Por lo pronto, encomienda al poder legislativo [la «ley»], en el primero de ellos, el establecimiento de las «formas de participación de los interesados» en la seguridad social y en los organismos públicos cuya actividad afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general (art. 129.1 CE)[40]. En tanto que, en el segundo, dirige [esta vez] a los «poderes públicos» de modo genérico [iniciativa gubernamental y actividad legislativa] un mandato constitucional provisto de una *triple y diferenciada* expresión institucional sucesiva (art. 129.2 CE): 1) la promoción eficaz [«los poderes públicos promoverán eficazmente»] de las *diversas formas* de *participación en la empresa*, en cuyo reconocimiento normativo algún pionero y precipitado comentarista llegaba ingenuamente a ver nada menos que la aspiración constitucional de «promover la cogestión en el seno de las empresas»[41]; 2) el fomento [«y fomentarán»], «mediante una legislación adecuada», de las *sociedades cooperativas;* y 3) el establecimiento [«también establecerán»] de «los medios que faciliten» el *acceso de los trabajadores a los medios de producción* [¡dos veces «medios» para una misma sintaxis!].

La realidad institucional acotada por el artículo 129.2 de la Constitución, dirigiendo ya la mirada a este precepto singular que aquí interesa, es desde luego plural, de modo que la presencia de los *trabajadores* en los supuestos contemplados es también técnicamente dispar. El precepto construye su particular lógica normativa a partir de la pertinente separación de tres planos institucionales diferentes, a cada uno de los cuales acomoda significativamente su triple mandato verbal dirigido a los poderes públicos [éstos, de modo sucesivo, «promoverán», y «fomentarán», y también «establecerán»]. Por lo que, si algo resulta claro tras el análisis estructural de la norma, la Constitución diferencia, a los efectos de encargar las correspondientes políticas públicas, los ámbitos institucionales de la *participación [de los trabajadores] en la empresa*, de las *sociedades cooperativas* y, en fin, del *acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*.

---

[40] *Vid.* M. Gutiérrez Sastre: *La participación en los servicios públicos de bienestar. Un análisis del poder de los usuarios en el ámbito de la salud, la educación y los servicios sociales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, pp. 33 y ss.

[41] O. Alzaga Villaamil: *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 786. También se ha dicho, de modo no menos sorprendente, que el mandato constitucional relativo a la participación en la empresa (art. 129.2 CE) «tiene como fin promover cualquier instrumento que favorezca la armonía en el proceso productivo», L. A guiar de Luque y R. B lanco Canales, *Constitución Española 1978-1988*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 1169.

De donde es posible extraer ya una primera conclusión sobre lo expuesto. Y es que la *participación en la empresa*, sobre cuyo alcance institucional el precepto guarda silencio, más allá por supuesto de dar a conocer de forma abierta e ignota las «diversas formas» de la misma, habrá de ser lo que el ordenamiento jurídico perciba y regule con tal denominación [ya se volverá sobre esto más adelante], sin otro límite interno naturalmente que la propia exigencia del sistema económico constitucional [42], pero en ningún caso [esto se hace evidente] podrá ser referida constitucionalmente a la *propiedad* o titularidad de la propia empresa, a dos de cuyas manifestaciones se alude en los supuestos finales del artículo y párrafo tratados [sociedades cooperativas y acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción] [43]. O, dicho de otro modo, *la participación [de los trabajadores] en la empresa no tiene que ver constitucionalmente con la denominada participación [de los mismos] en la propiedad de la empresa*.

Las *sociedades cooperativas*, por lo pronto, que los poderes públicos «fomentarán mediante una legislación adecuada» [art. 129.2 CE y Ley 27/1999, de 16 de junio, de Cooperativas, además de las leyes territoriales emanadas de las Comunidades Autónomas sobre la materia], son una expresión jurídica singular de propiedad colectiva de los medios de producción empresariales encaminados al fin social perseguido, cuyo capital está constituido precisamente por las aportaciones de sus socios (arts. 1.1 y 45.1 Ley de Cooperativas). Y, en particular, en las cooperativas de trabajo asociado, los socios realizan su trabajo personal y directo, a través de «la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros», conforme a una relación jurídica [de los socios trabajadores con la cooperativa] de carácter societario (art. 80.1 Ley de Cooperativas). Para el legislador, que hace mención expresa del mandato proveniente del artículo 129.2 CE sobre la materia, reconoce que «el fomento del cooperativismo, como fórmula que facilita la integración económica y laboral de los españoles en el mercado, hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad propios de las economías más desarrolladas con los valores que

---

[42] Así, F. J. Prados de Reyes y J. Vida Soria: «Artículo 129. Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo», en AA.VV. [dirección O. Alzaga Villaamil]: *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, tomo X, p. 113; también, L. Cazorla Prieto: «Título séptimo. Economía y hacienda», en AA.VV. [dirección: F. Garrido Falla], *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 2.ª ed., 1985, pp. 1097-1098.

[43] En cambio, para F. Rodríguez-Sañudo: «La participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista de Política Social*, 1979, núm. 121, p. 429, «la mención de "las diversas formas de participación en la empresa» abarca, cuando menos, las tres que anteriormente se han mencionado al hablar de la participación interna: en la propiedad, en los beneficios y en la gestión», sin que «ninguna de ellas reci[ba] un tratamiento privilegiado en el precepto, ni siquiera a través de una mención diferenciada».

dan forma a las cooperativas desde hace más de ciento cincuenta años» (exposición de motivos de la Ley). A fin de cuentas, no es que los socios cooperativistas *participen* en la empresa cooperativa, ni siquiera que lo hagan en su propiedad, sino que, lisa y llanamente, son los propietarios o titulares directos de la misma en una fórmula institucional de autoempleo colectivo.

La referencia final del artículo 129.2 de la Constitución al *acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*, con mandato a los poderes públicos de establecimiento [«establecerán»] de «los medios que [la] faciliten», refiere a modo de prescripción residual cualesquiera formas, amén de la ya contemplada del fomento del cooperativismo, de la denominada *participación* de los trabajadores en la *propiedad de la empresa* [el trabajador asalariado es titular de un paquete de acciones de la sociedad para la que realiza su trabajo], desde la vieja expresión del accionariado obrero a las modernas formas retributivas de opciones sobre acciones del capital de las sociedades y semejantes. Lo cierto es que, en definitiva, esta noción vinculada a la propiedad de los medios de producción difiere constitucionalmente de la *participación en la empresa* contenida en el mismo precepto.

Habría que preguntar ya de modo directo, en este punto de la reflexión, por la propia noción constitucional de *participación en la empresa*, de [para decirlo con exactitud] participación de los trabajadores en la empresa, ya que no en la propiedad de la misma. Y, sin embargo, poco más que la formulación del interrogante, una vez desbrozado el camino precedente, podría sacarse en claro del artículo 129.2 de la Constitución sobre este propósito. Como no sea, ciertamente, a modo de segunda [y última] conclusión tras el análisis del precepto, que *el legislador constitucional desiste de proporcionar una noción unitaria de la participación en la empresa*, desde el mismo momento en que admite su descomposición en *diversas formas* [«los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa»], sin que sepamos bien al alcance y expresión de la propia diversidad institucional anunciada, ni siquiera la proximidad entre sus términos derivada de la supuesta pertenencia a una matriz normativa común.

Todo lo más, para sortear el laberinto propuesto por la norma constitucional y no permanecer por más tiempo en la vía muerta aparejada, habrá que descender al ordenamiento jurídico ordinario para examinar el *uso legislativo* que se ha efectuado de la participación en la empresa. Esto es, de los supuestos institucionales que a juicio del legislador ofrecen un anclaje directo en el precepto constitucional por integrar, al propio tiempo, una de las *formas* singulares de la participación de los trabajadores en la empresa. Sólo así, después de dicha operación recolectora, podrá empeñarse una opinión fundada sobre la exigencia cons-

titucional de la participación en la empresa y su cobertura pretendidamente unitaria.

6. EL USO LEGISLATIVO DE LA PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA Y SUS «DIVERSAS FORMAS» POSITIVAS

El ordenamiento laboral atribuye a la *participación en la empresa* la condición de *derecho básico* de los trabajadores, perteneciente junto a otros a la relación contenida en el artículo 4.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [«derechos laborales», art. 4.1 g) LET], «con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga sus específica normativa». De este modo, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para la promoción eficaz de «las diversas formas de participación en la empresa» (art. 129.2 CE) se ha convertido técnicamente, a partir de un ejercicio legislativo consecuente del mismo, en un *derecho subjetivo* de los trabajadores asalariados en su empresa.

Qué haya de ser la *participación en la empresa*, a la hora de averiguar el contenido esencial de este derecho [el conjunto de facultades que componen el poder jurídico en que consista dicha situación subjetiva], es algo que, paradógicamente [y proseguimos por la senda de la indeterminación sistemática], la disposición legal que lo proclama renuncia a despejar, a través del expediente técnico ya conocido de *delegar su determinación* en otras esferas de decisión normativa. En efecto, el «alcance y contenido» del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa habrá de ser encontrado, al igual que ocurre con los demás derechos laborales básicos reconocidos en la norma legal mencionada, en su «específica normativa» [«con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga», art. 4.1 LET].

Y, como no es posible saber por anticipado cuál sea la *normativa específica* reguladora del derecho de los trabajadores a la participación en la empresa, será imprescindible por lo tanto examinar el *uso legislativo* que se ha hecho sobre este asunto hasta el momento dentro del ordenamiento jurídico, pasando revista a las diferentes *expresiones institucionales* a las que el legislador ha querido revestir, porque desde luego la indeterminación constitucional (art. 129.2 CE) y legal (art. 4.1 LET) se lo han permitido sin límite, con el ropaje de la participación en la empresa. O, de otro modo, a través de la consideración de la traducción legislativa positiva de las «diversas formas» constitucionales de participación en la empresa (art. 129.2 CE).

Así pues, el legislador ha utilizado sucesivamente de modo expreso la mención constitucional de la *participación en la empresa* en ámbitos institucionales dispares. En cuya operación de política legislativa, en

que pareciera que aquél se ha empeñado en atribuir contenidos participativos a su antojo y donde no los hubiera, no es irrelevante seguramente el propósito de curarse en salud ante una políticamente problemática e incierta regulación futura de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles [participación institucional en sentido propio], teniendo así por desarrollado de modo parcial el artículo 129.2 de la Constitución, con la significativa proyección al «ámbito participativo» de las más variadas categorías técnicas.

Una primera expresión legislativa de la participación se producía, por lo pronto, en materia de *representación colectiva* o unitaria de los trabajadores en la empresa (título II LET, arts. 61 a 76). «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 regulados en este título». De este modo, el artículo 61 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que responde a la elocuente rúbrica de «participación», revela su singular óptica de política del derecho [expresada por cierto de modo redundante por el precepto hasta en cuatro ocasiones, lo que dice mucho acerca del interés insistente del legislador en la calificación técnica del supuesto] con que se ha querido contemplar la representación de los trabajadores en la empresa: el derecho de representación colectiva y unitaria [derecho a la constitución de órganos de representación electiva del conjunto de los trabajadores en el centro de trabajo y a la actividad colectiva de los mismos en el ejercicio de sus competencias] como forma de participación en la empresa [44].

Que los representantes de los trabajadores hayan de tener derechos de información y consulta sobre la actividad empresarial es entendido por el legislador, así pues, como exponente manifiesto de su participación en la empresa, llegando así a creer que el trabajador había dejado de ser «mero sujeto contractual» para convertirse, mediante dicha intervención normativa, en nada menos que «participante activo en la gestión de la empresa» [exposición de motivos, finalmente no publicada, de la originaria Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET]. Y, sin embargo, lo cierto es que los derechos de información y de negociación no dejan de ser lógicamente sino las herramientas necesarias para el ejercicio efectivo de la función de representación de intereses que llevan a cabo delegados y comités. Los órganos de representación unitaria y electiva en la empresa, lo ha recordado el propio Tribunal Constitucional desde el

[44] *Vid.* A. Montoya Melgar: «"Editorial" a Modelos de participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, núm. 43, monográfico, pp. 7 a 10; también, J. M. Galiana Moreno y B. García Romero: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003, núm. 43, pp. 13 a 30.

principio, «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). 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, aunque para el legislador esta labor merezca además elocuentemente la consideración de «participación» en la propia empresa. Pues, como se sabe, «los trabajadores tiene derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación» (art. 61 LET).

Esta operación legislativa voluntarista de «reordenación institucional» no parece responder, por cierto, a una mera propuesta jurídica con pretensiones técnicas. Además de querer revestir seguramente el papel objetivo de los órganos de representación colectiva de una «dimensión colaboradora» con el empresario [45], a cambio de otorgar la ilusión participativa, el legislador se proponía sin duda el desarrollo adelantado, aun cuando fuera parcial, del artículo 129.2 de la Constitución, enfriando de este modo la posibilidad de acometer la regulación de las formas duras de participación en la empresa, rodeadas siempre, como se ha advertido, de dificultades máximas de política legislativa.

La *participación* de los trabajadores en la empresa ha sido proyectada legislativamente, así también, sobre la realidad institucional de las *sociedades laborales*, cuya regulación jurídica se ha conectado de modo explícito con «la finalidad de conseguir nuevos métodos de creación de empleo, fomentando a la vez la participación de los trabajadores en la empresa, de acuerdo con el mandato recogido en el artículo 129.2 de la Constitución [como] preocupación constante de la sociedad a la que no es ajena el legislador» [exposición de motivos de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales]. Son éstas, así pues, las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada «en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido» (art. 1.1 Ley 4/1997). Y, sin embargo, se trata de una figura que naturalmente tiene que ver con la estructura de la propiedad de la empresa y, de modo directo, con «el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción» (art. 129.2 CE). Y no, tal como me parece que ha quedado claro a partir del análisis de este precepto constitucional, con la participación en la empresa. Sin que deje de llamar la atención, por lo mismo, el desliz descomunal del legislador

---

[45] Así, J. Rivero Lamas: «Participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1997, núm. 84, p. 494, «[...] La nota común a todas las formas de participación de los trabajadores en la empresa es la afirmación de partida de que la actividad económico-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 [...]».

a la hora de buscar el soporte y fundamento constitucional de la regulación acometida.

Y, por el momento, no existen en el ordenamiento jurídico en consecuencia «otras formas» de participación en la empresa, conforme a la traducción legislativa del mandato constitucional. El balance que arroja hasta el presente esta operación normativa queda pues limitado, a la postre, al entendimiento de la representación colectiva en la empresa como forma participativa de los trabajadores en la misma, sin que se vislumbre si quiera el propósito de regulación de la participación institucional o participación en la gestión de la empresa, presente sin embargo en algún pasaje pretérito de nuestra legislación laboral.

Esta noción de la participación en la empresa aparecía, sin embargo, en la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931, cuyo artículo 46.2 encomendaba a la «legislación social» del Estado la regulación de, entre otros aspectos de un vasto programa de acción política en la materia, «la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores». Aunque, si bien, el proyecto de ley del Ministro de Trabajo y Previsión Francisco Largo Caballero sobre «intervención obrera en la gestión de las industrias» [«control sindical obrero»], presentado en las Cortes Constituyentes de la República el 20 de octubre de 1931 [46], se anticipaba a la declaración constitucional en la materia. La norma proyectada establecía la designación de representantes obreros para que «asistan con voz, pero sin voto, en los consejos de administración o juntas gestoras de las empresas y en las juntas generales de accionistas» (art. 9). El proyecto no llegaría a buen fin, sin embargo, en medio de duras críticas del empresariado, perdiéndose en su recorrido parlamentario después de haber sido dictaminado por la comisión legislativa competente. Sólo durante el período bélico de 1936 a 1939, y a partir lógicamente de presupuestos políticos excepcionales, se adoptaría una heterogénea normativa sobre intervención e incautación de industrias [el Decreto de 23 de febrero de 1937, de modo señalado] y sobre colectivizaciones de actividades productivas [el Decreto de la Generalidad de Cataluña de 24 de octubre de 1936, sobre «collectivitzacions i control obrer», principalmente] [47].

---

[46] *Vid.* el texto del proyecto legislativo en A. Martín Valverde, F. Valdés Dal-Ré, M. C. Palomeque López, M.ª E. Casas Baamonde, F. Pérez Espinosa y J. García Murcia, *La legislación social en la historia de España. De la Revolución Liberal a 1936*, prólogo de G. Peces-Barba Martínez, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pp. 1180 a 1182.

[47] *Vid.*, por todos, L. E. de la Villa Gil: «El Derecho del Trabajo en España durante la guerra civil», en AA.VV., *Actas del II Simposio de Historia de la Administración*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pp. 601 a 668.

Un régimen restringido de participación en la gestión en las sociedades mercantiles sería establecido durante el franquismo por la Ley 41/1962, de 21 de julio, sobre «participación del personal en la administración de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad», reglamentada con notable [y políticamente explicable] retraso por el Decreto 2241/1965, de 15 de julio, y formalmente en vigor hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, cuya Disposición Final 3.ª la derogaba de modo expreso [48]. Sin embargo, el desmantelamiento durante la transición democrática del «sindicato vertical» de la dictadura [49], sólo en cuyo ámbito institucional tenía razón de ser naturalmente la fórmula participativa, había hecho ya imposible la aplicación efectiva de esta figura. Se disponía en dicho cuerpo normativo, así pues, que las sociedades mercantiles administradas por consejos u órganos similares, que contasen con quinientos o más trabajadores fijos a su servicio y estuviesen obligadas a constituir en su seno jurados de empresa, deberían incluir en dicho organismo administrador «una representación del personal que en ellas trabaje» [los llamados «consejeros laborales»], en «la proporción de uno por cada seis o fracción superior a tres representantes del capital» (arts. 1 Ley y 2 Reglamento). A pesar de que esta normativa fuese conocida en la práctica con exceso como de «cogestión», lo cierto es que no pasaba de ser en realidad un remedo de la misma [50], mediatizada además por su inserción institucional en un sistema de negación política de los derechos colectivos de los trabajadores.

Ya durante el régimen constitucional, el reconocimiento normativo de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa se ha limitado, ausente pues una regulación legislativa de la institución y sin perjuicio de manifestaciones normativas singulares de la misma [51], a la

---

[48] *Vid.* J. M. Almansa Pastor: *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pp. 257 y ss.; AA.VV., *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1967; J. R ivero Lamas: *Estructura de la empresa y participación obrera (Estudio sobre el jurado de empresa)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969; AA.VV., *Diálogos sobre la empresa*, Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1972; y M. García Fernández: *La participación del trabajador en la gestión de la empresa*, Editorial Prensa Española y Editorial Magisterio Español, Madrid, 1976, pp. 99 y ss.

[49] A manos de los Reales Decretos-leyes 19/1976, de 8 de octubre, de creación, organización y funciones de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, y 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de las estructuras sindicales y reconversión de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales.

[50] La propia Exposición de Motivos de la Ley 41/1962 advertía de que «las normas que ahora se dictan 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», sino «una participación restringida» de la representación del trabajo en las sociedades mercantiles.

[51] Un supuesto singular de participación interna en la gestión de la empresa se produce, ciertamente, en el ámbito institucional de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y En-

negociación colectiva en el ámbito de las grandes empresas, públicas de modo singular[52].

7. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

El ordenamiento comunitario ofrece, una vez más, una útil y novedosa perspectiva institucional sobre la participación que, aunque formulada de modo singular para el ámbito de la *sociedad anónima europea* [también para la sociedad cooperativa europea], está llamada a convertirse seguramente, sin embargo, en pauta general para la construcción técnica de las diferentes categorías concurrentes en este asunto. El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea contempla, como es sabido, la constitución y gestión de *sociedades de dimensión europea*, mediante operaciones de concentración y fusión societaria y a partir de una normativa aplicable directamente a todos los Estados miembros de la Comunidad, al margen por tanto de los obstáculos derivados de la disparidad territorial de las legislaciones aplicables a las sociedades mercantiles. Con el propósito reconocido, por cierto, de resolver de este modo la contradicción existente entre el «marco jurídico de las empresas europeas en la Comunidad [que] sigue siendo en gran parte nacional» y el «marco económico en el que deben desarrollar sus actividades para lograr los objetivos enunciados» en el Tratado de realización del mercado interior (preámbulo del Reglamento CE 2157/2001).

Y, como se sabe, este Reglamento desplaza a una Directiva de idéntica fecha, prevista desde su propia letra para articular la aproximación de las soluciones legislativas nacionales en la materia, la re-

---

fermedades Profesionales de la Seguridad Social (art. 68.1 LGSS), cuyo Reglamento sobre su colaboración en la gestión del sistema establece que formará parte de su Junta General y de su Junta Directiva [órganos colegiados de gobierno de las Mutuas] «un representante de los trabajadores al servicio de la entidad, que tendrá plenos derechos y será elegido de entre los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, o en su caso, de los representantes sindicales del personal, elección que será efectuada entre los propios miembros de los mismos», artículos 33.2 y 34.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. *Vid.* J. Rivero Lamas: «Democratización y participación en el ámbito mutualista», en AA.VV. (director: A. V. Sempere Navarro, y coordinador: A. L. de Val Tena), *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Centenario fundacional de MAZ*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 201 a 220.

[52] Ha sido el caso, de extraordinaria y pionera significación, del *Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública* (1986) o del *Acuerdo de las Empresas del Sector del Metal del Grupo INI/TENEO* (1993), que reconocían la incorporación de representantes sindicales al órgano de administración de las sociedades administradas por consejos u órganos de similar naturaleza que contaran con un número determinado de trabajadores. *Vid.* AA.VV. [coordinador general: R. Escudero Rodríguez], *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. [sobre participación sindical] 805 a 858.

gulación de la que había llegado a ser por mucho tiempo la cuestión polémica por excelencia en el debate comunitario sobre del Derecho de sociedades y artífice por ello de la dificultad de un acuerdo en la materia tantas veces postergado, no otra, ya se ha expuesto con detenimiento, que la «participación» de los trabajadores en las decisiones que afecten a la vida de sus sociedades anónimas europeas. El Reglamento establece, en consecuencia, que «la implicación de los trabajadores en una SE estará regulada por la Directiva 2001/86/CE» (art. 1.4).

Y en efecto, la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de [también] 8 de octubre de 2001, «completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores». A través de una normativa encaminada, en cumplimiento de los objetivos sociales de la Comunidad Europea, a «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» (preámbulo de la Directiva). A cuyo fin, y a la vista 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» (preámbulo de la Directiva), se descarta el establecimiento de un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a las sociedades europeas.

Se abre camino así, en este preciso contexto institucional, la noción general de *implicación* de los trabajadores en la empresa [la sociedad anónima europea en este caso], comprensiva de modo abierto de cualesquiera *instrumentos* o *formas de acción* «mediante [las cuales] los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa», como «la información, la consulta y la participación», y «cualquier otro mecanismo» encaminado a esta finalidad [art. 2 h) Directiva]. La *implicación* de los trabajadores en la empresa se define así comunitariamente, a la postre, 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.

La Directiva recoge nominativamente, así pues, hasta tres formas institucionales diferentes de *implicación* de los trabajadores [a través de sus representantes] en la empresa europea [sin perjuicio de «cualquier otro mecanismo» de influencia en sus decisiones]:

1. La *información*, esto es, 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 y a cualquiera de sus filiales o establecimientos [...], en un momento, de un modo

y con un contenido que permitan 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» [art. 2 i) Directiva].

2. La *consulta,* es decir, «la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones» entre la representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE, «en un momento, de un modo y con un contenido que permitan 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» [art. 2 j) Directiva].

3. La *participación*, definida como la «influencia» de la representación de los trabajadores en una sociedad mediante: 1) el derecho de «elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad»; o 2) el derecho de «recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad» [art. 2 k) Directiva].

Este cuerpo normativo comunitario, y con él lógicamente las nociones objeto de regulación [implicación de los trabajadores, información, consulta y participación], pasará a formar parte de nuestro ordenamiento, en virtud de la necesaria operación jurídica de transposición de la Directiva en cuestión, tan pronto como concluya el proceso de tramitación parlamentaria urgente del Proyecto de Ley «sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas» actualmente en curso [53]. A partir de la promulgación de esta norma legal, la incorporación de la nueva nomenclatura técnica al debate sobre la participación en la empresa producirá las inevitables consecuencias sistemáticas, que van mucho más allá ciertamente de su directa formulación para [conforme al ámbito de aplicación de la futura ley] las sociedades europeas domiciliadas en España [y los centros de trabajo y las empresas filiales situados en España de las sociedades europeas].

8. CONSIDERACIONES FINALES

Aun cuando mis opiniones sobre este arduo asunto han sido reveladas a lo largo del discurso precedente, de modo que el lector ha po-

---

[53] «Proyecto de ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 59-1, de 25 de noviembre de 2005. Cuando esto se escribe, el proyecto legislativo se encuentra pendiente del informe de la Ponencia en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados. *Vid.* «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 59-7, de 14 de febrero de 2006.

dido ir atando cabos acerca de cada una de ellas a través de los sucesivos tramos de su recorrido intelectual, no será ociosa seguramente en este momento la formulación conclusiva de algunas consideraciones finales.

1. La *indeterminación constitucional* de la noción de *participación [de los trabajadores] en la empresa*, sobre la que poco más se afirma que el reconocimiento de sus «diversas formas», exponente desde luego de las formidables implicaciones ideológicas y políticas del problema, justifica a todas luces un *uso legislativo caprichoso e incierto* de los contenidos materiales de la categoría. El legislador puede así perfectamente atribuir a su gusto la identidad participativa a cualesquiera aspectos institucionales que resulten de la acción colectiva de los trabajadores en la empresa, sabiendo en último término que la laxitud constitucional tutela a la debida distancia esta operación permisiva de subsunción jurídica abierta. El resultado de todo ello, como bien se ha podido ilustrar a lo largo de estas páginas, no ha sido otro al final, por cierto, que la disposición de una *fórmula jurídica* [la participación en la empresa] *desprovista de por sí de significación técnica unitaria*, si es que de alguna, que por lo demás no deja de exhibir con garbo su absorbente capacidad semántica para amparar sin esfuerzo una gama heterogénea y múltiple de contenidos plurales.

2. Si el pensamiento jurídico tuviera que conformase, así pues, con la aceptación disciplinada de tan arbitrario y omnicomprensivo significado de la *participación*, expresivo a la postre de no importa qué manifestaciones colectivas de la presencia de los trabajadores en la empresa, tendrá que saber acto seguido que la renuncia a la utilidad explicativa del término está servida para el análisis intelectual. Por ser destinada a una misión de por sí excesiva en su alcance, la noción corre desde luego el riesgo de servir para poco, dejando paso al instante a cada una de las realidades institucionales amparadas [representación, información, consulta, etc], provistas ellas sí de significación técnica individualizada. En cuyo caso, y puesto que es incapaz de adquirir [a ello ha sido llevada de modo interesado, por cierto] una significación jurídica precisa y determinada, la *participación* está condenada irremisiblemente a ser *moneda de cambio en la pugna ideológica [y política] subyacente a la ordenación jurídica del sistema de relaciones laborales* y en el consiguiente debate acerca de la frontera móvil entre conflicto y cooperación en los dominios de nuestra disciplina.

3. La cuestión de fondo radica, sin embargo, en saber si cuando los trabajadores se sirven de los instrumentos que les ofrece el ordenamiento jurídico para el ejercicio de su acción colectiva en la empresa, revestidos éstos en consecuencia de la consideración de derechos subjetivos [negociación, información, consulta], lo están haciendo en repre-

sentación y defensa de sus intereses propios o, en cambio, atienden de modo directo y consciente a su participación colectiva en la empresa. O, tal vez, *hay que entender que están haciendo ambas cosas a la vez*, de modo que [como sostiene nuestro legislador] el ejercicio de su representación de intereses no es sino una manera de «participar» en la empresa. Si así se considera, porque constitucionalmente fuera posible, que sea bien venido sin otra objeción que su *resultado poco satisfactorio*.

4. La *organización y representación* de los trabajadores en la empresa, resultante de su derecho a la constitución de estructuras orgánicas [unitarias o sindicales] en los centros de trabajo «para la defensa de sus intereses», necesita naturalmente de una actividad colectiva imprescindible para el cumplimiento de dicho objetivo estructural. Y al propio tiempo que estos órganos desempeñan su actividad instrumental de representación de los trabajadores, mediante el ejercicio de las competencias y funciones que el ordenamiento jurídico les atribuye, no puede ser de otra forma que dicha práctica colectiva se *interese e implique* [con el propósito de influencia en la toma de decisiones empresariales] en las cuestiones generales de organización y funcionamiento de la empresa.

5. Resulta imprescindible, por todo ello, la utilización de una expresión adecuada por su amplitud para designar esta última idea y con ella el conjunto de los instrumentos o mecanismos al servicio de la representación de los trabajadores y la *correlativa expectativa de influencia en las decisiones del empresario*. La *participación* no puede designar lógicamente al mismo tiempo el todo y la parte, es decir, el conjunto de las formas de influencia colectiva en la empresa y también, como modalidad de ésta, la presencia institucional de la representación de los trabajadores en los órganos del capital. Por lo que parece preferible que aquélla abandone provechosamente su inicial sentido *abierto e inservible*, y sea sustituida por otra noción no contaminada semánticamente, para alcanzar dentro del mismo uno *propio y técnico* como fórmula singular. No otro ha sido, ya se sabe, el expediente técnico utilizado por el Derecho comunitario mediante la noción de *implicación* de los trabajadores [a través de sus representantes] en la empresa, bien es verdad que para la sociedad anónima europea [también para la sociedad cooperativa], aunque por descontado podría valer otro término semejante.

6. De este modo, la negociación colectiva, la información, la consulta o, entre otros más, la *participación* [ésta ya en sentido propio y no diluido], al tiempo que competencias de la representación de los trabajadores para el desempeño de su función general, no dejan de ser singulares instrumentos mediante los cuales los trabajadores pueden, a través de sus representantes, influir en las decisiones que se adopten en la empresa. Así las cosas, la *participación* se limita técnicamente, para la empresa que adopte forma jurídica de sociedad lógicamente, a la

influencia del órgano de representación mediante su derecho a la designación de determinados miembros del consejo de administración de aquélla. En tal caso, como acredita el ordenamiento comunitario de la sociedad anónima europea [con una propuesta institucional que sobrepasa desde luego los límites materiales de ésta] y deberán incorporar los derechos nacionales, los trabajadores [a través de sus representantes] sí que forman *parte*, y por ello *participan* en sentido estricto, es verdad que de forma minoritaria, del ámbito propio de la toma de decisiones de la empresa [*participación en la dirección o en la gestión*], adquiriendo verdadero sentido la institución aquí considerada.

7. Otra cosa es, en fin, la dificultad política objetiva para incorporar legislativamente al ordenamiento jurídico la participación de los trabajadores en la gestión de las sociedades mercantiles, en la que con toda probabilidad estaban pensando los redactores del artículo 129.2 de la Constitución. Y otra, también, a pesar de todo ello, que el ordenamiento deberá proseguir su labor de extensión y ampliación de los derechos de información y consulta de la representación de los trabajadores en la empresa [sean o no éstos fórmulas participativas], como instrumento de incomparable eficacia para la ampliación de la esfera de influencia de los trabajadores en las decisiones de la empresa. Que, al fin y al cabo, es lo que cuenta para una práctica económica integrada y saludable.

> «[...] Ni la directiva sobre el comité de empresa europeo, limitada a los problemas de información y consulta de los trabajadores, ni una futura reglamentación marco de la Comunidad sobre la información y consulta de los trabajadores a nivel nacional pueden sustituir de manera válida la participación de los trabajadores a nivel de empresa».
>
> (Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta de los trabajadores», 1996)

Comunicación a la Ponencia General

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL REINO UNIDO, ¿UN AVANCE DE FUTURO O UN MECANISMO A OLVIDAR?

HENAR ÁLVAREZ CUESTA
Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN Y BREVE REFLEXIÓN HISTÓRICA.—II. VÍAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO INGLÉS. 1. La representación tradicional y los *collective agreements* en las *union firms*. 2. Los procedimientos de información y consulta. 2.1. En busca de un *collective agreement*. 2.2. La revolución del Derecho Social Comunitario. 3. Otras vías de participación en la empresa.—III. APLICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS EN ESPAÑA Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y BREVE REFLEXIÓN HISTÓRICA

En la Historia reciente del Reino Unido, salvo excepciones destacadas, no parece existir una «presión» legislativa para incrementar la participación de los trabajadores en la empresa [1]. Hasta los años setenta, la actitud de los empresarios mostraba desconfianza hacia la participación de los trabajadores; en cambio, a partir de esta década y durante los años ochenta, cabe detectar una evolución y los empresarios adoptaron una visión más positiva, integrando las relaciones laborales dentro de la actividad económica habitual de las corporaciones, incluyendo más consultas, una comunicación bidireccional y una información más abierta [2].

La Health and Safety at Work Act de 1974 impuso la obligación empresarial, si fuera requerido por dos o más representantes de los trabajadores en materia de prevención, de crear un comité de seguridad formado también por los sindicatos. En cuanto a su efectiva aplicación, en 1980, el 37% de las empresas habían establecido dicho comité.

Su filosofía, muy extendida en el Derecho anglosajón, se basa en que tanto empleador como empleados tienen un común interés en autorregular los sistemas de prevención de riesgos laborales [3].

Por su parte, la Employment Protection Act de 1975, en su sección 17, proporcionó a los representantes de los trabajadores el derecho a requerir de su empresario que les proporcione cierta información. Aplicando tal precepto, a comienzos de la década de los ochenta, un 20% de los representantes de los trabajadores manuales y un 14%

---

[1] GUEST, D. E.: «Workers' participation and personnel policy in the United Kingdom: some case studies», *Internacional Labour Review*, vol. 125, núm. 6, 1986, p. 687.

[2] GUEST, D. E.: «Workers' participation and personnel policy in the United Kingdom: some case studies», *Internacional Labour Review*, cit., p. 699.

[3] HEPPLE, B. A. y FREDMAN, S.: *Labour Law and industrial relations in Great Britain*, Londres (Kluwer), 1986, p. 224.

de los representantes de los técnicos habían realizado tal petición a su empresario [4].

En la mayor parte de las compañías se tomaron medidas orientadas a avanzar por esta senda, sobre todo a través de la comunicación directa de los empleados con su empresario. No obstante, siguen siendo escasas las corporaciones que adopten la forma de cooperativas laborales o hayan optado por la cogestión [5].

En cuanto a los sectores interesados en la participación de los trabajadores en las empresas, son tres: por un lado, los partidos políticos, en segundo lugar, los sindicatos y las asociaciones empresariales, y en tercer término, aquellas organizaciones que representan intereses particulares, como la Advisory, Conciliation and Arbitration Service (ACAS) o la Industrial Society and the Industrial Participation Association [6].

II. VÍAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL DERECHO INGLÉS

Como en cualquier país, el modelo de participación es el resultado de las distintas influencias proporcionadas por el tipo de industria, la tecnología, el mercado, los trabajadores y los empresarios, y más en un lugar como el Reino Unido, donde las relaciones laborales están basadas tradicionalmente en el «voluntarismo», centradas en el convenio colectivo entre empresarios y una serie de sindicatos consolidados [7]. Con el tiempo y utilizando como coartada la necesidad de adaptación a las nuevas coordenadas socioeconómicas impuestas por la globalización, ha ido cobrando cada vez más fuerza, sobre todo en determinados sectores, las relaciones individuales, basadas en el diálogo directo entre empresario y trabajador, sobre las colectivas [8], en aras a lograr la tan ansiada flexibilización en las relaciones laborales.

---

[4] Datos proporcionados por D aniel, W. W. y M illward, N.: *Workplace industrial relations in Britain survey*, London (Heinemann), 1983.

[5] Hepple, B. A. y Fredman, S.: *Labour Law and industrial relations in Great Britain*, cit., pp. 219-220.

[6] AA.VV. (Healy, G.; Heery, E.; Taylor, P. y Brown, W., eds.): *The future of worker representation*, Londres (Palgrave), 2004, p. 263.

[7] Guest, D. E.: «Workers' participation and personnel policy in the United Kingdom: some case studies», cit., pp. 686 y 698. Las experiencias obtenidas del siglo veinte muestran cómo las organizaciones de trabajadores utópicas, que prescinden del dinero, de los empresarios y de los mercados han fracaso por regla general, AA.VV. (G old, M., ed.): *New frontiers of democcratic participation at work*, Londres (Burlington), 2003.

[8] Mizrahi, S.: «Workers' participation in decisión-making processes and firm stability», *British Journal of Industrial Relations*, vol. 40/4, 2002, p. 690.

La participación de los empleados (tanto la cooperativa, la cual comprende los derechos a la información, a la protesta y sugerencia y a ser consultados; como la codeterminación, manifestada en las facultades de veto, codecisión e incluso decisión) [9] en el Derecho británico constituye un elemento nuclear de la denominada democracia industrial (*industrial democracy*) [10].

Tal concepto persigue involucrar a los trabajadores (*involvement*), como un sistema —quizá— más atenuado de participación, más flexible y más adaptado a los intereses comunes [11]. En cualquier caso, parece un lugar común afirmar cómo la participación en el Derecho inglés alcanzará mayor importancia más que con «grandes cambios, con un proceso que conlleve pequeñas revoluciones» [12], defendiendo un sistema poco intervenido por el legislador, que no constriña su desarrollo [13], ni imponga un ceñido corsé a los empresarios y a sus empleados.

En el *Ius Laborum* británico varias vías de participación de los trabajadores, tal y como ocurre en el español, coexisten simultáneamente [14]. Sin embargo, ofrecen interesantes diferencias (novedades) —dejando a un lado el abismo que separa los dos sistemas jurídicos, claro está—, capaces de suscitar la reflexión del analista:

1. La representación tradicional y los *collective agreements* en las *union firms*

El sistema participativo inglés ha descansado durante largos años sobre los «hombros» de los sindicatos, quienes han encauzado su poder a través de los convenios colectivos como la principal vía para extender el control de los empleados sobre sus propias condiciones de trabajo. Tal ha sido y es la situación en las *union firms*, en las que la participación ha sido llevada a cabo sin contar con medidas institucionales previstas en otros Estados europeos como los «comités de empresa» (*works councils*) [15].

---

[9] TERRY, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», *Industrial Realtions Journal*, vol. 30/1, 1999, p. 17.

[10] HEPPLE, B. A. y FREDMAN, S.: *Labour Law and industrial relations in Great Britain*, cit., p. 219.

[11] GUEST, D. E.: «Workers' participation and personnel policy in the United Kingdom: some case studies», cit., p. 687.

[12] AA.VV. (GOLD, M., ed.): *New frontiers of democcratic participation at work*, cit.

[13] AA.VV. (HEALY, G.; HEERY, E.; TAYLOR, P. y BROWN, W., eds.): *The future of worker representation*, cit., p. 9.

[14] TERRY, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., pág. 17.

[15] HEPPLE, B. A. y FREDMAN, S.: *Labour Law and industrial relations in Great Britain*, cit., p. 219.

Según tal sistema y en breves líneas, una organización obrera será considerada interlocutora válida en una empresa para negociar y como tal representará los intereses de los trabajadores cuando fuere reconocida voluntariamente por el empresario o bien esté validada por los votos de los propios trabajadores en las elecciones [16].

El procedimiento para la participación de un sindicato en la empresa pasa, según la Employment Relations Act 1999 en caso de negativa al reconocimiento por parte del empresario, por un proceso electoral. En caso de existencia de varias solicitudes, la ley exige un 10% de afiliación de los concretos empleados a la organización para iniciar el procedimiento. El coste del reconocimiento hace que ningún sindicato se embarque en este proceso si no cuenta con una confianza considerable en el resultado positivo [17]. Una vez realizada la elección, el número necesario para alcanzar el estatus pretendido queda fijado en el 40% de votos positivos de los operarios. Si concurren dos sindicatos en pedir el reconocimiento, deben demostrar que son capaces de cooperar juntos, si no, se le niega a ambos [18].

El sindicato puede acudir al *Central Arbitration Committee* (CAC) para forzar el reconocimiento y para demostrar que tiene apoyos, la organización obrera proporciona grabaciones o cartas de sus afiliados, peticiones u otras evidencias que muestren un apoyo mayoritario al reconocimiento. Esta información, desde luego, no será puesta a disposición del empresario [19].

No obstante, pasados tres años, el empresario o un grupo de trabajadores tienen la iniciativa para el proceso contrario: privar del reconocimiento al sindicato, para lo cual vuelve a requerirse la votación de los trabajadores [20].

Debido a lo complejo y costoso que resulta para ambas partes, los empresarios han preferido tradicionalmente reconocer voluntariamente a una organización obrera que iniciar este proceso de elecciones [21].

Reconocido un sindicato, el empresario negociará con él, estableciendo unos pasos a dar, con posibilidad de acudir a la CAC como

---

[16] Rebhahn, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», *The Internacional Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 20/1, 2004, p. 121.

[17] Novitz, T. y Skidmore, P.: *Fairness at work. A critical análisis of the Employment Realtions Act 1999 and its treatment of collective rights*, Oxford (Hart), 2001, p. 88.

[18] AA.VV.: *Labour research department. Law at work 2003*, Londres (Labour research department Booklets), 2003, p. 66.

[19] AA.VV.: *Labour research department. Law at work 2003*, cit., pp. 64-65.

[20] Novitz, T. y Skidmore, P.: *Fairness at work. A critical análisis of the Employment Realtions Act 1999 and its treatment of collective rights*, cit., p. 98.

[21] AA.VV.: *Labour research department. Law at work 2003*, cit., p. 67.

instancia decisoria [22] para alcanzar un convenio colectivo, concebido también como otra institución participativa [23].

En cuanto al posible contenido de tales acuerdos (y sin entrar a examinar su eficacia), las condiciones de trabajo son materia preferente, y en raras ocasiones conceden facultades a los representantes para siquiera dilatar ninguna medida a adoptar por el empleador [24].

2. Los procedimientos de información y consulta

Esta vía de participación puede ser tachada de marginal, en tanto tampoco comporta el último paso, el derecho de codecisión; sin embargo, a menudo la información proporcionada a los trabajadores sobre la situación económica de la empresa o sobre los planes de cambios o traspasos adquieren singular importancia, aun cuando no estén acompañados de derechos «fuertes» [25].

2.1. En busca de un collective agreement

Respecto a los derechos de información, el empresario debe proporcionar al sindicato reconocido la información precisa para poder llevar a cabo el convenio. La *Trade Union and Labour Relations Consolidation Act* de 1992 (TULRCA) define las materias objeto de negociación y, por ende, de información:

a) Términos y condiciones de trabajo y condiciones físicas del puesto.

b) Ocupación, suspensión o terminación del contrato y los derechos y obligaciones de los trabajadores en tales supuestos.

c) Cambio de puesto y los consiguientes derechos y obligaciones de las partes.

d) Cuestiones disciplinarias.

e) Pertenencia o no a un sindicato.

f) Derechos y facilidades de los representantes sindicales.

---

[22] Novitz, T. y Skidmore, P.: *Fairness at work. A critical análisis of the Employment Realtions Act 1999 and its treatment of collective rights*, cit., p. 105.

[23] Collins, H.: *Employment Law*, Oxford (Oxford University Press), 2003, p. 126.

[24] Rebhahn, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», cit., p. 126.

[25] Rebhahn, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», cit., p. 122.

g) Procedimientos de negociación y consulta relativos a las materias reseñadas, incluido el reconocimiento mutuo y el derecho del sindicato a representar a los trabajadores del centro o empresa.

Sin embargo, esta obligación no es absoluta e incondicionada, pues el legislador incluye también una lista de excepciones a tal deber:

a) Información que pudiere lesionar el interés de la seguridad nacional.

b) Información que pudiere contravenir una prohibición impuesta por ley [26].

c) Información que previamente fue comunicada al empresario con carácter confidencial o bajo secreto.

d) Información relativa a una persona y que afecte a su intimidad, salvo que ésta hubiere consentido.

e) Cuando cause perjuicio sustancial al empresario; el Código de Prácticas sugiere ejemplos en los cuales éste podría perder clientes, inversores o proveedores. Sin embargo, este argumento debe utilizarse con precaución, no bastando la simple palabra del empleador [27].

f) La información de que se trata ha sido obtenida para defenderse de una acusación en un proceso judicial.

El mayor defecto de la legislación británica en este punto es que un empresario puede negarse a ofrecer información sobre una determinada materia amparándose en una de las excepciones o, de forma mucho más torticera, rehuyendo negociar sobre ella [28].

Ante tal negativa, cabe entablar una demanda judicial para obtenerla, aun cuando se está ante una obligación de hacer y por tanto difícilmente coaccionable y el propio proceso *ad hoc* resulta excesivamente «complicado y lento» [29].

Estos sindicatos reconocidos, junto con los derechos derivados de la negociación colectiva, disfrutarán además de cuantos vengan estipulados legalmente en virtud de la trasposición de las Directivas comunitarias.

---

[26] Asunto *Joint Credit Card Co. & NURSE*.

[27] Tal es la opinión de HONEYBALL, S. y BOWERS, J.: *Textbook on Labour Law*, Oxford (University Press), 2004, p. 380.

[28] Asunto *General and Municipal Workers' Union et alii & Cars Ltd*.

[29] HONEYBALL, S. y BOWERS, J.: *Textbook on Labour Law*, cit., p. 380.

2.2. La revolución del Derecho Social Comunitario

Dejando a un lado la información proporcionada con vistas a alcanzar un acuerdo colectivo, las Directivas comunitarias han impuesto la obligación de proporcionar información y realizar consultas a los representantes de los trabajadores incluso en aquellas empresas donde no exista un sindicato reconocido, debiendo entonces proceder a designarlos [30].

Los derechos de información y consulta desgajados de la negociación colectiva han experimentado un fuerte impulso merced al Derecho Social Comunitario (quizá ha supuesto el mayor cambio en el sistema de relaciones laborales británico) [31] y también a la baja afiliación y escaso reconocimiento de los sindicatos, pues la ausencia de un interlocutor estable en la empresa favorece esta vía de participación en las *non union firms* [32].

El legislador comunitario ha impuesto al empresario la obligación de realizar consultas (y proporcionar previamente la debida información) a los representantes de los trabajadores en las siguientes situaciones [33]:

— Cuando un empresario pretenda despedir (y la causa de tal decisión radique en motivos ajenos a la prestación de servicios) a 20 o más trabajadores dentro de un arco temporal de 90 días debe consultar a los representantes apropiados de los empleados afectados (TULRCA 1992). Para los propósitos de la consulta, el empleador facilitará cierta información: los motivos de su decisión, el número y categoría de los trabajadores afectados, el método de selección de los mismos, el período para hacer efectiva la decisión, el cálculo de las indemnizaciones. La consulta versará sobre el sistema para reducir el número de empleados afectados y minimizar las consecuencias (recolocación, flexibilización de las condiciones de trabajo…). Estas negociaciones se llevarán a cabo de buena fe y el empresario levantará acta de las sesiones firmada por ambas partes [34]. Aun cuando no le venga impuesto, en otras ocasiones, los empresarios deciden, sobre todo en supuestos de expedientes de

---

[30] Tal sucede con la Collectivve Redundancias and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 1995, en T ERRY, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., p. 19.

[31] BEAUMONT, P. B.: *The future of employment* relations, Londres (SAGE Publications), 1995, p. 192.

[32] TERRY, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., p. 18.

[33] Siguiendo a MORRYS, W. S. y ARCHER, T. J.: *Collective Labour Law*, Londres (Hart), 2000, pp. 303 y ss.

[34] MORRYS, W. S. y ARCHER, T. J.: *Collective Labour Law*, cit., pp. 322 y ss.

regulación de empleo, consultar a los sindicatos o a los representantes de los trabajadores para minimizar el «pánico» [35].

— En caso de transmisión de empresas, el cedente y cesionario informarán a los representantes «apropiados» de los trabajadores «afectados», sin requerir un número mínimo; si los representantes no participan en el proceso, la información será proporcionada a los propios empleados [*Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* de 1981 —TUPE—]. Ésta versará sobre cuándo tendrá lugar, las razones para dicha decisión, las implicaciones legales, económicas y laborales para los empleados y las medidas a adoptar por los empresarios implicados.

— La Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations 1996 confiere a los empresarios la facultad de elegir entre consultar a los empleados directamente o a sus representantes elegidos para tal menester; en cualquier caso, éstos deberán tener dos años de antigüedad en la empresa y dos años en un puesto similar. Su cometido comprenderá investigar daños potenciales, quejas de los empleados, ser consultados periódicamente por el empresario y cooperar con él en el desarrollo de la seguridad y salud laboral y la comprobación de la efectividad de las medidas utilizadas. Por su parte el empresario les deberá facilitar la información pertinente para realizar su labor [36] y asegurarse de que los representantes poseen la formación necesaria para cumplir sus funciones.

Los representantes de los trabajadores en materia de salud y seguridad deben tener copia de todos los documentos que el empresario ha de guardar en virtud de las previsiones del estatuto de salud y seguridad. El Health and Safety Commission's Code of Practice ejemplifica cuáles son: planes, formularios y cualquier cambio que afecte a la salud y seguridad de los trabajadores [37].

— También la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un comité de empresas europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria —y sus sucesivas modificaciones—, ha sido acogida con gran interés, habida cuenta estos comités podrían revolucionar el sistema de relaciones industria-

---

[35] BACON, N. y STOREY, J.: «New employee relations strategies in Britain: towards individualism or partnership?», *British Journal of Industrial Relations*, vol. 38/3, 2000, p. 412.

[36] Explicitadas en *Health and Safety at Work Act* 1974.

[37] Sobre la participación en este campo, J AMES, P. y WALTERS, D.: «Worker representation in health and safety: options for regulatory reform», *Industrial Relations Journal*, vol. 33/2, 2002, p. 141 y ss., y WALTERS, D.: «Worker representation and health and safety in small enterprises in Europe», *Industrial Realtions Journal*, vol. 35/2, 2004, p. 169 y ss.

les en el Reino Unido, basado tradicionalmente en las estructuras sindicales; también la información a nivel transeuropeo podría alimentar a los niveles inferiores y apropiados de la actividad sindical. Pese a lo que pudiera parecer, tal vía de participación no ha sido acogida con suspicacia y desconfianza por los sindicatos, antes al contrario, la medida ha sido apoyada por las organizaciones obreras británicas al entender que constituye un gran avance hacia nuevas áreas de consulta y negociación [38].

Hay varios posibles significados de la expresión «representantes apropiados»: en primer lugar, y como ha sido expuesto en líneas anteriores, si hay sindicato reconocido, dicha organización obrera será la receptora de la información y la interlocutora válida [39]; en caso de no existir aquéllos, el empleador cumplirá estas obligaciones con los representantes elegidos por los trabajadores afectados bien para este propósito o bien para otro distinto, excluyendo siempre a profesionales externos a la factoría [40].

De nuevo, tal y como sucedía con la información destinada a alcanzar un acuerdo colectivo, resulta difícil imponer a los empresarios la realización de estas obligaciones de proporcionar información y realizar consultas, en tanto obligaciones de hacer, y el legislador no ha introducido sanciones severas (a modo de compulsión), ni siquiera ha establecido la nulidad de la decisión empresarial adoptada sin haber proporcionado la oportuna información o realizado la preceptiva consulta [41].

Las posturas están divididas entre quienes consideran efectivos los comités no sindicalizados creados por las Directivas [42], como algunos empresarios que intentan mostrar a los empleados que tienen la misma representación (si no mejor) con los comités de empresa no sindicalizados que con los sindicatos, y aquéllos que (como muchos empleadores y trabajadores) consideran esta representación no sindicalizada menos experta, menos preparada, menos capaz y más «nerviosa» que las tradi-

---

[38] Gold, M.: «Trade unions and democratic participation in the United Kingdom», en AA.VV. (Kesterm, G. y Pinaud, H., eds.): *Trade unions and democratic participation in Europe. A Scenario for the 21st Century*, Hants (Avebury), 1996, p. 105 y ss.

[39] Los representantes de un sindicato son aquellos oficiales o personas autorizadas por el sindicato para llevar a cabo las negociaciones con el empresario, TULRCA 1992, s. 196.

[40] La buena práctica aconseja cómo el empresario no debe intervenir en la nominación de los candidatos, el proceso electoral será independiente, Smith, J. P. *et alii*: *Redundancy consultation. A study of current Practice and the effects of the 1995 Regulations*, Londres (DTI), 1999, p. 19.

[41] Rebhahn, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», cit., pp. 123-124.

[42] Lloyd, C.: «What do employee councils do? The impact of non-union forms of representation on trade union organisation», *Industrial Relations Journal*, vol. 32/4, 2001, p. 319.

cionales, asumida por los sindicatos [43], entre otras razones, porque carecen de Code of Practice (el código de prácticas de los sindicatos).

Los procedimientos y obligaciones impuestas por el legislador comunitario ha llevado a considerar a algunos autores la existencia o el nacimiento de un doble canal de representación en el Reino Unido [44], así como un derecho universal a la información y consulta [45].

Estos derechos de información y consulta proporcionan a los empleados la oportunidad de influir en aquellas situaciones que presentan desventajas para ellos. Los mecanismos de consulta mejorarán para que el trabajador sienta que tiene «voz» en el trabajo, y no simplemente tratado como mero factor productivo [46].

En cuanto al sistema seguido, en los centros donde no hay sindicatos reconocidos ni representantes, dominan los procesos de información y consulta; donde hay representantes sindicales, domina el convenio y la negociación sobre salario y condiciones laborales [47]. Debido a las concretas características del sistema inglés, fundado básicamente en la voluntad de ambas partes, muchos empresarios puede que no quieran sindicatos o negociación con trabajadores, pero necesitan mecanismos colectivos para cooperar con la fuerza de trabajo; de hecho, consultas y negociaciones con representantes pueden proveer un mecanismo eficiente que asegure la cooperación y mejore la confianza (*confidence*) entre ambas partes [48].

3. Otras vías de participación en la empresa

No son los anteriores los únicos canales participativos de los trabajadores en el Reino Unido; los años en los que únicamente los sindicatos cumplían este papel originaron nuevas formas de influencia de los empleados en la corporación [49].

---

[43] Terry, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., p. 25.

[44] Watling, D. y Snook, J.: «Works council and trade unions: complementary or competitive? The case of SAGCo», *Industrial Realtions Journal*, vol. 34/3, 2003, p. 261.

[45] Terry, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., p. 20.

[46] Collins, H.: *Employment Law*, cit., p. 130.

[47] Gospel, H. y Willman, P.: «Dilemas in worker representation. Information, consultation and negotiation», en AA.VV. (Gospel, H. y Wood, S. eds.): *Representing workers. Union recognition and membershio in Britain*, Londres (Routledge), 2003, p. 150.

[48] Collins, H.: *Employment Law*, cit., p. 117.

[49] Rebhahn, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», cit., p. 131.

El 72% de las empresas privadas han constituido *problem-solving groups*, *workforce meetings*, *briefing groups*[50], *Company Advidsory Borrad* (CAB)[51] o *joint committees*[52] como sistemas para mejorar la cooperación.

Suelen consistir en comités consultivos donde los representantes de los trabajadores (sindicatos) y los empresarios se reúnen regularmente para discutir asuntos de interés mutuo; también cabe la participación de forma directa por los trabajadores [53] organizados en círculos de calidad (*quality circles*) donde se encuentran periódicamente en pequeños grupos para buscar medidas que les permitan organizar mejor su prestación de servicios. En fin, sin olvidar tampoco la participación a través de la compra de acciones.

Muchos empresarios han proporcionado a estas vías de participación diversas facilidades para desempeñar su tarea, tales como introducción al marketing, conocimientos básicos de finanzas y de leyes laborales, así como cursos sobre negociación [54].

Las nuevas vías de participación no han arrinconado a la negociación colectiva, antes al contrario, los acuerdos suponen el método más adecuado a partir de los cuales incorporar a la empresa algunos de estos sistemas. Por ejemplo, los *New Framework Agreemts* (NFAs), los cuales son elaborados siguiendo un largo proceso de análisis de la organización productiva, la preocupación de ambas partes por las necesidades de la empresa, proporcionan una considerable seguridad a los sindicatos, otorgan a los representantes acceso a la información de la empresa y a los planes estratégicos de ésta y, en fin, dan voz a los representantes en las decisiones vitales de la empresa [55].

En fin, ha irrumpido con fuerza la propuesta denominada « *new social contract*», fundado en la participación de los trabajadores en la empresa en todos los niveles de toma de decisiones, aun cuando es mi-

---

[50] GOSPEL, H. y WILLMAN, P.: «Dilemas in worker representation. Information, consultation and negotiation», cit., p. 151.

[51] Tal sistema está asociado con compañías japonesas y ofrece distintas denominaciones según las empresas: «company members board» en Hatachi; «advisory council» en Inmos o «joint negotiating council» en AB Electronics, WATLING, D. y SNOOK, J.: «Works council and trade unions: complementary or competitive? The case of SAGCo», cit., p. 261.

[52] ADDISON, J. T.; SIEBERT, W. S.; WAGNER, J. y WEI, X.: «Worker participation and firm perdormance: evidence from Germany and Britain», *British Journal of Industrial Relations*, vol. 38/1, 2000, p. 7 y ss.

[53] COLLINS, H.: *Employment Law*, cit., p. 126.

[54] WATLING, D. y SNOOK, J.: «Works council and trade unions: complementary or competitive? The case of SAGCo», cit., p. 264.

[55] BACON, N. y STOREY, J.: «New employee relations strategies in Britain: towards individualism or partnership?», cit., p. 415.

rado con suspicacia por algunos empresarios y acusado de fomentar la ineficacia, aduciendo cómo el nivel más beneficioso de participación de los empleados no tiene porqué ser el máximo [56]. Sin embargo, la codecisión en materia de prevención de riesgos laborales ha demostrado cómo aumenta la seguridad en la empresa y proporciona a los propios trabajadores una visión más amplia de las necesidades y objetivos de la corporación a largo plazo [57].

No obstante, estos sistemas alegales precisan para su verdadera eficacia de su institucionalización [58], aun cuando su traslación a las normas puede hacerles perder gran parte de su atractivo a los ojos de los empresarios así como su capacidad de respuesta y flexibilidad [59].

III. APLICACIÓN DE ESTAS TÉCNICAS EN ESPAÑA Y CONCLUSIONES

La anhelada utopía de construir un sistema común europeo de participación (no sólo en las empresas transnacionales) encuentra numerosos impedimentos, los mayores de los cuales no radican en la negociación colectiva, sino precisamente en la aplicación de estos derechos a nivel de centro o de empresa, tanto en las facultades de información y consulta como, y sobretodo, en la codeterminación [60].

En Europa las diferencias en este ámbito son muy acusadas, así, las vías previstas en el Reino Unido están más inspiradas en las prácticas estadounidenses, encontrándose lejos del modelo de codeterminación de los países nórdicos [61].

En cuanto a la posibilidad de aplicar en España los procedimientos analizados, parece conveniente, más que una traslación sin más de sus instituciones, muchas de ellas decadentes ya en ese país, y otras difícilmente adaptables debido a las peculiaridades de ambos sistemas de

---

[56] MIZRAHI, S.: «Workers' participation in decisión-making processes and firm stability», cit., p. 691.

[57] MIZRAHI, S.: «Workers' participation in decisión-making processes and firm stability», cit., p. 694.

[58] TERRY, M.: «Systems of collective employee representation in non-union firms in the UK», cit., p. 26.

[59] MIZRAHI, S.: «Workers' participation in decisión-making processes and firm stability», cit., p. 694.

[60] REBHAHN, R.: «Collective Labour Law in Europe in a comparative perspectiva (II)», cit., p. 132.

[61] GUEST, D. E.: «Workers' participation and personnel policy in the United Kingdom: some case studies», cit., p. 701. Sobre el modelo de participación en Estados Unidos, como mero ejemplo, TURNER, L.: «Participation, democracy and efficiency in the US workplace», *Industrial Realtions Journal*, vol. 28/4, 1997, p. 309 y ss.

relaciones laborales, estudiar atentamente cuantas vías han potenciado para soslayar las consecuencias negativas que comportan las actuales coordenadas económicas y sociales.

En primer lugar, el futuro radica en fórmulas mixtas de representación y participación [62]; al final, entre la comunicación directa con los trabajadores, la consulta y la representación a través de sindicatos se decantan la mayor parte de las empresas por los multicanales de comunicación [63]. Las formas auspiciadas en aquellas corporaciones sin sindicato reconocido a través de la comunicación flexible entre empresarios y trabajadores (o sus representantes) suponen una interesante vía de participación, también con inconvenientes en torno a su vinculatoriedad.

La duda yace entre la construcción de un sistema de cooperación rígido, el cual podría inhibir a los empresarios y trabajadores de evolucionar a otras formas de diálogo más adecuadas para la promoción dentro del contexto de las actividades de la empresa. El problema observado para los agentes sociales en la intervención legal en este punto radica en cómo combinar las ventajas potenciales de la institución participativa con las necesidades de los empresarios y trabajadores en el caso particular; en resumen, cómo construir la confianza necesaria respetando la ansiada flexibilidad [64]. Tales inconvenientes pueden ser soslayados en el sistema español a través de su incorporación al sistema legal a través de los convenios colectivos.

En segundo, el Derecho inglés ha valorado las posibilidades proporcionadas por el Derecho Social Comunitario en este campo, siendo uno de los motores que han propiciado el avance hacia nuevas cotas de participación; claro está que tal sucede por las concretas características del iuslaboralismo británico. Por tal motivo, las críticas vertidas contra el doble canal representativo en España deberían ser revisadas a la luz de las dificultades e inconvenientes que ha supuesto su ausencia en el Reino Unido y su tendencia a implantar tal sistema.

En tercer término, las agrupaciones obreras han sido y continúan siéndolo los coprotagonistas del sistema, y justo por tal motivo sólo podrán desarrollar su potencial de futuro si están preparadas para aceptar las nuevas condiciones del mundo post-industrial y post-fordista, jugando un triple papel: defender los intereses de unos concretos traba-

---

[62] GOSPEL, H. y WOOD, S.: «Representing workers in modern Britain», en AA.VV. (GOSPEL, H. y WOOD, S. eds.): *Representing workers. Union recognition and membershio in Britain*, Londres (Routledge), 2003, p. 14.

[63] GOSPEL, H. y WILLMAN, P.: «Dilemas in worker representation. Information, consultation and negotiation», cit., p. 165.

[64] COLLINS, H.: *Employment Law*, cit., p. 120.

jadores (sindicalismo empresarial), defender intereses de los trabajadores y de la empresa (sindicalismo participativo) y defender los intereses de todos los trabajadores (sindicalismo «inclusivo») [65].

Por tal razón, los sindicatos británicos han buscado canteras de posibles afiliados en quienes padecen «desventaja doble», en particular las mujeres pertenecientes a minorías étnicas o religiosas [66] y utilizan su facultad de participación para introducir diversos mecanismos capaces de fomentar la igualdad de oportunidades en las relaciones laborales [67].

La participación en las empresas no constituye un coto cerrado; así, nuevos sujetos han asumido el papel de representantes de los trabajadores y participan como tales en la vida empresarial, tal sucede con organizaciones no gubernamentales como la *Citizens' Advine Bureaux* [68]; realizan un papel, no buscado, de defensores de los derechos de los trabajadores, como instrumento de comunicación entre éstos y sus empresarios, sustituyendo a los representantes legales de aquéllos. Tal vía podría contribuir a proporcionar a los trabajadores una mayor protección y una «voz más cualificada en el lugar de trabajo» [69]. No obstante, la asunción por parte de estas organizaciones o de otros movimientos no parece el mecanismo óptimo de participación *pro* futuro, aun cuando los sindicatos y los propios trabajadores deberían tomar buena nota tanto de los métodos empleados como de las carencias suplidas por estas instituciones.

Por último, un rasgo de la participación en el Reino Unido que merece ser destacado radica en su visión de la participación, pues es considerada como una herramienta más para la gestión de la empresa (a través de un sistema de «beneficios mutuos» entre representantes de los trabajadores y sus empleadores) [70], pues los empresarios están cada vez más necesitados de empleados «leales» [71].

---

[65] AA.VV. (GOLD, M., ed.): *New frontiers of democcratic participation at work*, cit.

[66] AA.VV. (HEALY, G.; HEERY, E.; TAYLOR, P. y BROWN, W., eds.): *The future of worker representation*, cit.

[67] Desarrollando esta idea, PÉROTIN, V. y ROBINSON, A.: «Employee participation and equal opportunities practices: productivity effect and potencial complementarities», *British Journal of Industrial Relations*, vol. 38/4, 2000, p. 557 y ss.

[68] En torno a su papel como sujeto capaz de «usurpar» el papel representativo tradicionalmente desempeñado por los sindicatos, ABBOTT, B.: «The emergente of a new industrial relations actor: the role of the Citizens' Advice Bureaux?», *Industrial Relations Journal*, vol. 29/4, 1998, p. 257 y ss.

[69] AA.VV. (HEALY, G.; HEERY, E.; TAYLOR, P. y BROWN, W., eds.): *The future of worker representation*, cit., p. 263.

[70] AA.VV. (HEALY, G.; HEERY, E.; TAYLOR, P. y BROWN, W., eds.): *The future of worker representation*, cit.

[71] AA.VV. (GOLD, M., ed.): *New frontiers of democcratic participation at work*, cit.

La elección presente en la pregunta inicial resulta irresoluble, pues no es posible tomar como norte el sistema colectivo de participación inglés ni tampoco desecharlo en conjunto. La solución, como casi siempre radica en buscar cuantos procedimientos ingleses han demostrado su eficacia y sean capaces de ser aplicados en España; de igual modo, aprender cuantas vías han fracasado para no seguir tal camino.

Comunicación a la Ponencia General

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

JOSÉ ANTONIO BAZ TEJEDOR
Ayudante del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. LA INTROMISIÓN DEL *SOFT LAW* EN EL DERECHO DEL TRABAJO: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE) COMO UNA DE SUS MANIFESTACIONES.—II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES COMO PRESUPUESTO Y GARANTÍA DE LA EMPRESA SOCIALMENTE RESPONSABLE: ¿BASES PARA UNA NUEVA «DEMOCRACIA INDUSTRIAL»? 1. El componente ético de la actividad empresarial: una apuesta por el diálogo. 2. Las perspectivas de articular la participación de los trabajadores en la empresa.

«No tienen ellos ni asambleas ni normas legales, sino que habitan las cumbres de altas montañas, en cóncavas grutas, y cada uno impone sus leyes a sus hijos y mujeres, y no se cuidan los unos de los otros»

HOMERO, *Odisea*

I. LA INTROMISIÓN DEL *SOFT LAW* EN EL DERECHO DEL TRABAJO: LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL (RSE) COMO UNA DE SUS MANIFESTACIONES

El imparable proceso de globalización y sus efectos sobre las relaciones laborales revitaliza el elemento transnacional a la vez que precisa de respuestas normativas y sindicales acordes con las necesidades del trabajo asalariado en una economía mundializada. Las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y del conocimiento de principios del presente siglo, y las sincrónicas transformaciones económicas que han alumbrado una era postindustrial [1], sin dejar de lado los caracteres esenciales del propio sistema capitalista [2], alientan y agudizan los fenó-

[1] En alusión a lo que se tiene por delante que es diferente de lo que se tenía, resultando evidente que sin el impacto de los cambios tecnológicos y económicos no se hablaría de globalización ni de sus consecuencias sociales, políticas y culturales, cfr. LOZANO, J. M.: «¿Hacia la empresa ciudadana?», en AA.VV.: *La responsabilidad social corporativa y los códigos de conducta: ¿beneficios para todo el mundo?* (coordina: Michela Albarello), Fundació Pau i Solidaritat de Comissions Obreres de Catalunya, Barcelona, 2002, p. 9.

[2] Y es que «el capitalismo ha tenido muchas formas distintas en la historia. Lo que existe hoy en día es una forma nueva que es la globalización, y se caracteriza por el funcionamiento del sistema económico como una unidad planetaria en tiempo real», CASTELLS, M.: «Más allá de la caridad: responsabilidad social en interés de la empresa en la

menos de concentración económica de empresas, deslocalización y externalización de los procesos productivos que se han venido sucediendo a escala internacional ante la disminución continua de los costes de transacción [3]. Un incremento de las inversiones extranjeras directas debido, entre otras razones, a las innovaciones tecnológicas en las comunicaciones y transportes, que permiten la profundización en los procesos de descentralización productiva, o a los procesos de liberalización comercial y financiera, que facilitan la entrada y desplazamiento del capital [4], que ponen sobre el aviso acerca del aumento de poder y de la capacidad de decisión de las empresas y grupos multinacionales [5]; lo que abunda en la posibilidad de utilización de mano de obra aprovechando la persuasión que constituyen las zonas con menores costes laborales y de protección social. Las secuelas acerca de la situación de determinados trabajadores no puede obviarse; mientras unos se encuentran sometidos a reestructuraciones de plantilla, moderaciones salariales o empeoramientos de sus condiciones de trabajo, debido a la posición empresarial endurecida en la negociación colectiva, otros pueden aparecer sujetos a unas condiciones ínfimas, en términos de negación de derechos humanos, ante la presencia de una legislación escasamente exigente con ciertas inversiones extranjeras [6]. Esta competencia a escala internacional de las empresas provoca una insuficiencia del Derecho del Trabajo estatal para ofrecer una respuesta adecuada, produciéndose la consabida asimetría entre la economía global e interdependiente y la actuación política a nivel nacional que ha venido respondiendo a una lógica ajena a la indiferencia ante situaciones socialmente desiguales, propia del Estado social y democrático de Derecho; esta búsqueda del equilibrio entre la

---

nueva economía», en AA.VV.: *Construir confianza (Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones)* (Edición de Adela Cortina), Trotta, Madrid, 2003, p. 58.

[3] Cfr. Palomeque López, M. C.: «La función y la refundación del Derecho del Trabajo», en *RL*, 2000, núm. 13, p. 25, con la consiguiente pérdida de valor de los modelos nacionales de producción.

[4] Ello potencia no sólo la capacidad de movilidad del capital, sino también su progresiva autonomía respecto de las transacciones reales de bienes y servicios, cfr. Aragón Medina, J., y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial en España: Una aproximación desde la perspectiva laboral*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 96.

[5] Cfr. Castells, M.: *Más allá de la caridad...*, cit., p. 58, las empresas multinacionales y sus auxiliares constituyen el núcleo de la producción en todo el planeta, del que depende el resto de actividades, constituyendo la base esencial de las economías.

[6] Cfr. Sanguineti Raymond, W.: «La "deconstrucción" del derecho del trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?», en *RL*, 2004, Tomo II, pp. 1399 y 1400. Otros factores, además de la regulación de las condiciones laborales, como la estabilidad política y económica, dotación de infraestructuras, disponibilidad y coste del suelo, etc., pueden ser tenidos en cuenta, cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 97 a 99, quienes aluden también a las denominadas «zonas francas de exportación».

libertad de empresa, la economía de mercado, y la protección del contratante débil en la relación laboral quiebra ante situaciones como las descritas [7]. Por consiguiente, esta precariedad del Derecho del Trabajo para cumplir con uno de sus objetivos, cual es su carácter compensador e igualador [8], precisa de respuestas supranacionales que condicionen el poder de las compañías multinacionales y equilibre la pérdida de control de los Estados sobre los mecanismos productivos y financieros [9]. En efecto, se hace indispensable la asunción de un núcleo mínimo universalmente consensuado y predicado: los derechos humanos laborales.

Ahora bien, el siglo pasado ha acogido diversas manifestaciones en torno al reconocimiento universal de los derechos humanos laborales, por lo que aquí importa, lo que se reviste ahora de una necesidad apremiante en la sociedad tecnológica [10], la cual precisa de una «Constitución Universal» en torno al respeto a la dignidad [11]. Así, si se quiere, el recorrido aparece jalonado por tres grandes momentos: *Constitución* de la OIT (1919), *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) y *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (1998). Este último, aparece presidido por el refuerzo del papel de la OIT en la protección de los derechos fundamentales ante la mayor interdependencia económica, de forma que esta declaración considera que «urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal», pretende «mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico», instrumento, por tanto, promocional de tales principios que compromete a los Estados miembros de la OIT a respetarlos y promoverlos, hayan o no ratificado los convenios respectivos, con un procedimiento de seguimiento que respalda este compromiso [12]. Si no es posible, en ningún caso, negar la relevancia normativa de

---

[7] Cfr. Romagnoli, U.: «Globalización y Derecho del Trabajo», en *RDS*, 1999, núm. 5, p. 18, y Baylos, A.: «Globalización y Derecho del Trabajo: Realidad y Proyecto», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 1999, núm. 15, pp. 22 a 25.

[8] Y es que «la empresa no es sólo el centro de referencia del sistema económico, sino que en este contexto globalizador se convierte en el lugar típico de producción de reglas sobre las relaciones de trabajo. Su autoridad se expresa en el carácter unilateral de las mismas, en un poder no intervenido estatalmente ni contratado colectivamente», Baylos, A., *Globalización y Derecho...,* cit., p. 23.

[9] Cfr. Romagnoli, U.: *Globalización...,* cit., p. 19, y que permita al ordenamiento jurídico laboral readquirir el papel que le corresponde en la formación de la ética de los negocios.

[10] *Vid.* Cortina, A.: «Derechos humanos y discurso político», en AA.VV., *Derechos humanos: la condición humana en la sociedad tecnológica* (coordinador: Graciano González R. Arnáiz), Tecnos, Madrid, 1999, p. 48 y ss.

[11] Marina, J. A. y De la Valgoma, M.ª, *La lucha por la dignidad (Teoría de la felicidad política)*, Anagrama, 2.ª ed., Barcelona, 2001, pp. 293 y ss.

[12] *Vid.*, al respecto, Gil y Gil, J. L. y Ushakova, T.: «La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo», en *DL*, 1999, núm. 59, p. 104

las citadas declaraciones, máxime en algunos países en vías de desarrollo en los que resulta habitual su desconocimiento, bien es cierto que existe una falta de efectividad de estos derechos humanos sin mecanismos de coerción jurídica a escala internacional como inveterada constante [13]. La mera declaración y el consenso al respecto han supuesto un gran paso en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos a toda persona, siendo cuestión distinta la carencia de garantías para impetrar de jueces y tribunales el respeto hacia los mismos [14]. Todo ello abona, en gran medida, que aparezcan nuevos ensayos con el objetivo de lograr la efectividad de estos derechos a escala planetaria pero sin recurrir *sensu stricto* a las técnicas jurídicas tradicionales.

En efecto, ciertas expresiones normativas, carentes de eficacia jurídica vinculante, y situadas, en el mejor de los casos, en la frontera del Derecho, adquieren en las últimas décadas [15] un auge inusitado en los ordenamientos jurídicos laborales, y ello dada la quiebra del principio de territorialidad y de la función compensadora de éstos en la nueva realidad económica. Cabe pensar que se ofrece como solución actual y previsiblemente transitoria, que anticipe y evidencie el menesteroso establecimiento futuro de instrumentos normativos dotados de reproche jurídico. En concreto, y sin perjuicio de otras manifestaciones perceptibles en el espacio de la UE, las buenas prácticas o códigos éticos o de conducta de las empresas transnacionales resultan insoslayables [16]. No es lugar adecuado para indagar acerca de los antecedentes de éstos [17], ni tan siquiera detenerse en una taxonomía al uso de los mismos que diferencia entre internos y externos [18]. Entre estos últimos conviene des-

---

y ss., pues, pese a carecer de fuerza vinculante, esta declaración posee una gran importancia.

[13] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos representa el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para tutelar los derechos humanos en el plano internacional, cfr. TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos*, Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1984, pp. 46 y 54.

[14] Cfr. FERRAJOLI, L.: «Derechos fundamentales», en AA.VV.: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001, pp. 40 y ss., a las que denomina garantías secundarias, cuya ausencia determina, a su vez, la existencia de una indebida laguna normativa que ha de ser colmada.

[15] *Vid.* BAYLOS, A.: *Globalización y Derecho...,* cit., pp. 27 y 28.

[16] Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «*Soft law*, Derecho del trabajo y orden económico globalizado», en *RL*, 2005, núm. 4, pp. 1 a 4, siendo colonizado el ordenamiento jurídico laboral por esta serie de actos heterogéneos que carecen de fuerza vinculante, ya que frente a la lógica de la vinculación y de la sanción del *hard law*, el *soft law* responde a la lógica de la oportunidad y de la persuasión.

[17] Reglas de conducta que las empresas multinacionales se comprometen a observar voluntariamente en el ámbito de las relaciones laborales, cfr. BAYLOS, A.: *Globalización y Derecho...,* cit., p. 35. *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Soft law...*, cit., p. 4.

[18] Los primeros suponen una autorregulación, mientras que los segundos son elaborados por sujetos externos a la empresa, cfr. PERULLI, A., *Diritto del lavoro e globalizzazione (Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale)*, Cedam, Padova, 1999,

tacar las directrices declaradas por la OCDE y por la OIT dirigidas a organizaciones multinacionales durante los años setenta del siglo anterior, remozadas en un progresivo interés de adaptarse a los requerimientos de la economía global así como de incidir en el respeto a los derechos humanos laborales [19].

Intramuros de estos códigos de conducta cabe recolocar la RSE; predicada de todo tipo de empresa, se está en presencia de una fórmula evolucionada [20] de códigos de conducta internos pero que en su exteriorización deben seguir inexcusablemente, como norte de su comportamiento, los principios proclamados en declaraciones internacionales, algunas ya referidas [21]. Concepto que si bien se caracteriza por no ser novedoso [22], a finales del siglo recientemente concluido, sin embargo, es fuertemente impulsado con un carácter universal. De modo que el acontecimiento que propulsa esta RSE no es otro que el *Pacto Mundial* de Davos de 1999 [23], pues, a instancia del secretario general de la ONU, se invita a las empresas a asumir voluntariamente el compromiso de integrar en sus actuaciones diez principios inferidos de textos mundiales sobre derechos humanos, escapando así a la resignación del oráculo del mercado [24]. El núcleo mínimo de protección y susceptible de ulterior

---

p. 264. También *vid.* BAYLOS, A.: *Globalización y Derecho...,* cit., pp. 36 a 38, y SASTRE IBARRECHE, R., «Algunas claves para un sindicalismo también mundializado», en *RDS*, 2003, núm. 21, pp. 83 a 88.

[19] *Declaración de la OCDE sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales* y *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT*, un análisis de ambas en ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 42 a 50. Advierten sus insuficiencias, no obstante, BAYLOS, A., *Globalización y Derecho...,* cit., p. 36, y SASTRE IBARRECHE, R., *Algunas claves...,* cit., pp. 84 y 85.

[20] Paralela a los cambios producidos en la organización empresarial, lo que ha supuesto una ampliación subjetiva del ámbito de aplicación de los códigos de conducta (dirigidos ahora no sólo respecto de los trabajadores de la empresa principal, sino también de los de las empresas colaboradoras) y una generalización del contenido mínimo de los mismos al margen de la ubicación geográfica (referido a los derechos fundamentales en el trabajo), cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Soft law...*, cit., pp. 4 a 6.

[21] *Vid. Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 14.

[22] El discurso moderno de la RSE se inicia a mediados del siglo pasado, cfr. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 30 y ss. En los años setenta del siglo veinte surge con fuerza en Estados Unidos la ética de los negocios, ética de la empresa en el mundo europeo, cfr. CORTINA, A.: «Las tres edades de la ética empresarial», en AA.VV.: *Construir confianza...*, cit., p. 17. También *vid.* LOZANO, J. M.: *¿Hacia la empresa...,* pp. 12 a 15.

[23] Respecto al mismo, y acerca del auge que ha tenido en España a través de la llamada *Mesa Cuadrada* y la asociación ASEPAM, *vid.* ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 50 a 55 y 132 a 137.

[24] Orientar el mercado en un sentido u otro es una cuestión de elección, no de fatalismo insuperable, cfr. CORTINA, A.: «Ética de la empresa, no sólo responsabilidad social», en *El País*, 20 de agosto de 2005. En «este marco de globalización empieza a preguntar-

desarrollo, entonces, aparece servido. O lo que es igual, las diversas generaciones de derechos humanos que se vienen admitiendo [25], cuya plasmación planetaria resulta indispensable en la economía del siglo veintiuno, han encontrado eco en esta plataforma de promoción internacional, fruto también de las presiones de las diversas fuerzas sociales: ciudadanos, sindicatos, ONGs, que no aparecen dispuestos a tolerar la actuación de determinadas corporaciones aparentemente modélicas [26]. Las instituciones y poderes públicos no pueden permanecer al margen de estos fenómenos, incorporando un marco que sirva para promover y facilitar la RSE a la hora de elaborar medidas concretas, aplicarlas o verificarlas, sin que por ello pierdan su carácter voluntario. En este sentido se concibe la RSE como «la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores» [27].

Sólo en este contexto es viable observar la RSE desde la perspectiva del factor trabajo en la empresa; y si esta actitud debe comportar diálogo con todos los afectados (*stakeholders*) [28] en aras de atender mejor en la gestión a todas las esferas sociales implicadas, ni que decir tiene que este fenómeno viene a reactivar el debate y las consideraciones acerca de la participación de los trabajadores en la empresa, ya que ser socialmente responsable intrínsecamente conlleva ésta.

---

se a las empresas qué hacen —o dejan de hacer— en relación con los Derechos Humanos, pregunta, por cierto, a la que no estaban acostumbradas a responder», LOZANO, J. M.: *¿Hacia la empresa...,* cit., p. 14.

[25] *Vid.* CORTINA, A.: *Derechos humanos...,* cit., pp. 53 a 55.

[26] Cfr. DILLER, J.: «¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores», en *RIT,* 1999, núm. 2, pp. 113 y 114. Cfr. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 31, 32, 100, 240 y 241, pues las denuncias de actitudes empresariales reprobables producen un fuerte impacto en la opinión pública mundial.

[27] *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 7.

[28] ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 23 y 24, destaca, desde la noción acuñada por la Comisión Europea, unos rasgos asociados al concepto de RSE, entre los que se encuentra (además de dimensión social, voluntariedad, integración en la gestión, relación con las partes interesadas y principio de transparencia) un principio de consenso, consenso con los diferentes agentes implicados, ya que las actuaciones unilaterales en este terreno pondrían en tela de juicio la propia filosofía de la RSE.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES COMO PRESUPUESTO Y GARANTÍA DE LA EMPRESA SOCIALMENTE RESPONSABLE: ¿BASES PARA UNA NUEVA «DEMOCRACIA INDUSTRIAL»?

1. El componente ético de la actividad empresarial: una apuesta por el diálogo

Sin duda alguna, la RSE para serlo «ha de *enraizar en una ética de la empresa*» [29]. Y la consideración de la ética en la empresa no resulta algo innovador, pero sí han sufrido mutaciones históricas tanto las convicciones de actuación como la propia idea de empresa, así como la valoración de la interrelación de ambos conceptos [30]. Y es que mientras se apreciaba que la ética era un concepto extraño a la actividad empresarial orientada ésta en exclusiva a la obtención del beneficio económico y al cumplimiento de la legalidad, que en su caso sólo podían permitirse grandes compañías y una vez obtenidos excelentes resultados, en un plano más cercano a la filantropía o a la campaña publicitaria, van a ir de la mano ambos conceptos necesariamente en un mundo globalizado en el que la empresa adquiere una nueva dimensión moral [31]. Ante la transnacionalización de la producción y la interrelación con otras empresas, emerge la empresa-red [32], alterando el modelo «fordista» de producción, para encarnar una transformación de la empresa que ahonda en su papel social [33]; el Estado [34] ya no asume en exclusiva la responsa-

---

[29] CORTINA, A.: *Ética de la empresa...,* cit., quien considera que la RSE debe asumirse como una herramienta de gestión, una medida de prudencia, pero ante todo como una exigencia de justicia.

[30] Convicciones y creencias que han generado hábitos en la actividad empresarial a lo largo de las edades industrial y postindustrial, cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., pp. 23 y ss.

[31] Cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial: Del diálogo a la confianza,* Trotta, Madrid, 2004, pp. 19 a 21.

[32] Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Transformaciones del Derecho del Trabajo y orden económico globalizado», en *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 2003, núm. 12, pp. 136 a 138, quien considera a la descentralización productiva como «partera» que ha ayudado a alumbrar ese nuevo paradigma de empresa en que radica la empresa-red.

[33] «Una empresa es ciudadana en la medida en que se valora desde su contribución a la sociedad, y no simplemente desde su capacidad de maniobra en el mercado y ante la legislación», LOZANO, J. M.: *¿Hacia la empresa...,* cit., p. 11. Un «mundo en el que se considera a las empresas, en cierto modo, como una reserva de eficacia y de creación en la sociedad», CASTELLS, M.: *Más allá de la caridad...,* cit., 73.

[34] Cfr. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 32 y 37 a 41, así como uno de los fenómenos que provocan la emergencia de la RSE se colocaría el nuevo papel social de la empresa, estrechamente vinculado en el ámbito europeo al debate que en los inicios de los años noventa del pasado siglo se plantea en torno a la redefinición del modelo de Estado de bienestar surgido en la segunda posguerra mundial.

bilidad de lo público, sin dejar de ser relevante para seguir garantizando los derechos básicos al calificarse como social y democrático de Derecho, sino que se incrementa el protagonismo de esferas de sociedad civil como la empresa, cuyo éxito, en su caso, dependerá de las actitudes de un grupo humano [35]; las expectativas sociales depositadas en la empresa, entonces, deben ser resueltas de modo favorable para que genere confianza, indispensable en un proceso de globalización sin un conocimiento directo ni apoyado en tradiciones compartidas, requiriéndose una ética crítica y universalista [36], una «Ética Cívica Transnacional» como la derivada de los requerimientos del *Pacto Mundial* [37].

Parece insoslayable, en consecuencia, el aserto relativo a que la empresa se constituye en agente moral; ostenta la facultad de decidir como organización, y en virtud de la elección realizada será imputable a ella, y no a sus componentes particulares, los efectos de su conducta [38]. Todo lo cual evidencia que pueda forjarse un carácter, unos hábitos de actuación que no supongan derroche de energías a la hora de adoptar decisiones, sino que éstas respondan automáticamente a un horizonte previamente establecido, generando un *círculo virtuoso* más necesario que nunca en la era de la información y las comunicaciones en la que la integridad y transparencia aparecen como bienes públicos, de los que se benefician no sólo quienes los crearon con su esfuerzo [39]. El componente ético requiere, entonces, de la empresa su compromiso con la idea de dignidad; si se sostiene que la dignidad personal supone la capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» [40], es ineludible reconocer la autonomía y libertad personal, la aceptación como interlocutor válido a quien puede ser responsable, al permitirle participar en la adopción de las decisiones que le afecten mediante el diálogo desarrollado en condiciones de igualdad [41]. Es posible descubrir, en el transcurso de las indefectibles acciones comunicativas que llevan

---

[35] Cfr. SEN, A.: «Ética de la empresa y desarrollo económico», en AA.VV., *Construir confianza...*, cit., p. 43. Acerca de un concepto plural y corporativo de empresa, *vid.* GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., p. 152.

[36] Cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 23 a 33.

[37] CORTINA, A., *Las tres edades...,* cit., p. 22.

[38] Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., p. 18. Además, algunos directivos adoptan decisiones que fuera del contexto de su cargo tendrían un contenido diferente, cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., p. 178.

[39] Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., pp. 21 y 36.

[40] STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.º

[41] «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales», HABERMAS, J.: *Facticidad y validez (Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)*, Trotta, Madrid, 1998, p. 172. Cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 89 a 92, 264 y 265, y es que la relación intrínseca entre el diálogo y la dignidad permite hablar del valor moral del diálogo.

a cabo los seres humanos, criterios racionales que den lugar a fórmulas con pretensión de universalidad; exigencias que constituyen condiciones para un diálogo racional, que, sin embargo, han de irse concretando en los contextos históricos determinados [42]. Lo cual, permite sostener que una empresa, por tanto, genera confianza en un grado proporcional al nivel de diálogo moral y consenso que sea capaz de aportar; y ello precisa de objetivación mediante la proclamación de un código ético, a lo que se acompaña el establecimiento posible de comités y auditorias éticas [43], diluyendo, así, cualquier intento de realizar mera cosmética empresarial [44].

De lo hasta aquí afirmado puede destacarse que el componente ético, máxime en la realidad que circunda, adquiere un papel complementario y no excluyente de la presencia del Derecho en cuanto mecanismo externo de regulación [45]; sin perjuicio de considerar que de las fórmulas de *soft law*, o herramientas internas y voluntarias, deba predicarse su carácter transitorio en aras de potenciales instancias jurisdiccionales a escala internacional que velen por la efectividad de los derechos humanos, esta provisionalidad se supera cuando se aprecia el complemento que constituyen ambos instrumentos de ordenación de conductas en un doble sentido. Por una parte, la dimensión ética en el quehacer empresarial genera una concienciación o convicción a la hora de cumplir con la legalidad, un hábito necesario en las organizaciones sociales, si no se quiere evidenciar la insuficiencia del mundo legislativo y judicial; hábitos que como tales se convierten en previsibles, lo que genera confianza [46]. Ahora bien, la voluntariedad que rodea a la RSE, decisiones adoptadas sin coacción externa, explica que puedan ser motivos diversos los

---

[42] Cfr. CORTINA, A.: *Derechos humanos...,* cit., pp. 41 a 43, en línea con un fundamento de los derechos humanos que supera las visiones *iusnaturalista* y positivista.

[43] Desde el papel básico de la generación de confianza apoyada en el carácter moral y en la buena reputación de la empresa, el código ético se define como «documento formal donde se expresa la voluntad y la disposición de la empresa en el reconocimiento y satisfacción de todos los intereses en juego a través del diálogo y la participación», cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., p. 253. Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., p. 30.

[44] La ética empresarial se ocupa de establecer las condiciones de procedimiento, de forma que las bases éticas de la confianza derivan de indicios relativos a las condiciones que permitan la participación y el acuerdo posible de todos los grupos de intereses, cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 146, 187, 254 y ss., quien además ofrece una serie de directrices para evitar la presencia de un mero instrumento de imagen. También, *vid.* LOZANO, J. M.: *¿Hacia la empresa...,* cit., pp. 22 y 23.

[45] Cfr. GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 30 y 31, ante un marco global de los problemas (que excede las fronteras estatales del Derecho), planteados, en ocasiones, por empresas multinacionales, el Derecho sigue siendo totalmente necesario pero completamente insuficiente como instrumento exclusivo para la resolución de conflictos.

[46] Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., pp. 20 y 36, y GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 249 a 251.

que justifiquen la actuación [47], por ello la concienciación o convicción ética parte de la prescripción kantiana de que la persona es un fin en sí mismo y no un medio, lo que precisa una visión deontológica de la ética empresarial desde acciones comunicativas y de cooperación, y no utilizaciones estratégicas o utilitaristas con el ánimo de obtener rentabilidad económica, que pueden verse reducidas a meras campañas publicitarias o de marketing; esta apariencia está vinculada con éxitos económicos a corto plazo, cuya información pública no se resiste afectando finalmente a la reputación empresarial [48]. Esto no es óbice para sostener que la dimensión moral de la empresa es una condición para la eficiencia y los buenos resultados económicos de forma sostenida, a medio y largo plazo [49], en el marco de una economía ética [50]. Por otra parte, la voluntariedad de la RSE también pone sobre la pista acerca del plus que implica como suplemento de la legalidad [51], no siendo suficiente, aunque sí indispensable, por ende, el cumplimiento de la misma [52], al menos en los países desarrollados con una protección social más avanzada. Ha de operar este plus, así, a dos niveles: a un nivel procedimental o formal, mediante medidas de potenciación de la denominada «democracia industrial»; a un nivel sustancial o material, con medidas concretas que profundicen en la plasmación y desarrollo de los derechos humanos. Ahora sí, a pesar de todo, y con total precaución, puede argumentarse que las manifestaciones de *soft law* pueden coadyuvar a lograr una generalización de un núcleo mínimo universal.

2. Las perspectivas de articular la participación de los trabajadores en la empresa

La dimensión laboral de la RSE, que se plantea tanto en términos de producto o contenido de las posibles iniciativas a desarrollar como de

---

[47] Tales como conservar una imagen pública adecuada que otorga valor añadido a la compañía, prevenir eventuales acciones de boicot de consumidores, o bien contrarrestar iniciativas de regulación de los poderes públicos, al respecto, cfr. SASTRE IBARRECHE, R.: *Algunas claves...,* cit., p. 83.

[48] Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., pp. 30 y 31, y GARCÍA-MARZÁ, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 51, 52, 188 y 189.

[49] Cfr. CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., pp. 28 a 30.

[50] *Vid.* CONILL, J.: «Economía ética en la era de la información», en AA.VV.: *Construir confianza...*, cit., p. 79 y ss. Acerca del alcance y la extensión de las interconexiones entre desarrollo económico y ética empresarial, *vid.* SEN, A.: *Ética de la empresa...,* cit., p. 53.

[51] Cfr. *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 15, no pudiendo sustituir a las normas de obligado cumplimiento que garantizan niveles mínimos.

[52] Cfr. ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 23 y 24.

procedimiento [53], esto es, las decisiones que se adoptan y el cómo se adoptan, no puede soslayar la mirada que dirigen hacia estas manifestaciones voluntarias tanto el sindicalismo como el Estado. Una acción sindical eficiente ante la situación económica descrita precisa de mecanismos mundializados de presión y de negociación acordes con la lucha por unos derechos laborales básicos a escala planetaria [54]. La actitud frente a los códigos de conducta y la RSE por parte de las organizaciones sindicales se sintetiza en cierto recelo y desconfianza hacia estas expresiones, pues no deben suponer, en ningún caso, una sustitución del rol atribuible a las normas estatales o convencionales [55]. Conviene delimitar, sin embargo, a los efectos del fomento de la participación de los trabajadores en este tipo de iniciativas enmarcadas en lo socialmente responsable, la propia negociación colectiva de la RSE, al no poderse desconocer el carácter vinculante de los convenios colectivos. Ello conlleva que exista una cierta paradoja cuando se relacionan ambos fenómenos, pues frente a una rechazable fuga de contenidos de la negociación colectiva hacia el ámbito de la voluntariedad que preside la RSE, nada impide la acogida de ciertas iniciativas suplementarias en la esfera de la negociación que supone el enriquecimiento de la misma y la promoción, al fin y al cabo, de prácticas de diálogo y acuerdo, esto es, que toda decisión voluntaria de carácter laboral deba ser pactada con los representantes de los trabajadores [56]. Obsérvese cómo el movimiento sindical aprecia, con cautelas, las nuevas oportunidades que presenta la

---

[53] Cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., p. 108.

[54] Cfr. Ciosl, *Una guía sindical sobre la mundialización,* Bruselas, 2001, pp. 24 y ss. *Vid.* Baylos, A.: *Globalización y Derecho...,* cit., pp. 38 y ss., y Sastre Ibarreche, R.: *Algunas claves...,* cit., p. 73 y ss.

[55] Puede apreciarse una cierta ambivalencia al contrarrestar esta desconfianza hacia los códigos de conducta mediante afirmaciones como que «pueden ser una manera oportuna de mesurar el comportamiento empresarial y procurar mejorarlo (...) para hacer que las empresas acepten algunas de las responsabilidades de la mundialización», habiendo elaborado la Ciosl su propio código de conducta a utilizar como herramienta de referencia para discutir códigos con los empleadores, Ciosl, *Una guía sindical...*, cit., pp. 38, 39 y 129 a 132. También, cfr. Kearney, N. y Justice, D. W.: «Los nuevos códigos de conducta», en Ciosl, *Una guía sindical...*, cit., pp. 134 y 135. Asimismo, *vid.* Cerfeda, W.: «El sindicalismo europeo ante la responsabilidad social empresarial» y *Resolución sobre Responsabilidad social empresarial de la Confederación Europea de Sindicatos* (9-10 de junio de 2004), y *Ponencia sobre RSE aprobada en el VIII Congreso Confederal de Comisiones Obreras* (21-24 de abril de 2004), que pueden consultarse en AA.VV.: *La dimensión laboral de la responsabilidad social de las empresas* (coordinadores: Jorge Aragón Medina y Fernando Rocha Sánchez), Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 2005, pp. 7 a 18 y 71 a 78.

[56] Cfr. Kearney, N. y Justice, D. W.: *Los nuevos códigos...,* cit., p. 137, los códigos de conducta no deben contener disposiciones más apropiadas a los convenios colectivos; Cerfeda, W.: *El sindicalismo europeo...,* cit., pp. 16 y 17; Diller, J.: *¿Una conciencia social...,* cit., p. 114; Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 109, 177 y 178.

RSE, de ahí que se opte por su fomento mediante productos de la negociación colectiva, como sucede con el *Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005*[57]. Mención destacada merecen, a su vez, los acuerdos marco mundiales celebrados entre la compañía transnacional y las organizaciones sindicales correspondientes respecto a las actividades internacionales de esa empresa, que pueden incluir compromisos de respeto a derechos básicos y universales, con procedimientos de seguimiento que hacen hincapié en el diálogo y la participación de las partes, lo que evita la unilateralidad empresarial que se predica generalmente de los códigos de conducta[58]. El Estado social, artículos 1.1 y 9.2 CE, por su parte, imbuido de la lógica de este tipo de expresiones de *soft law*, tiende a establecer un marco legal de referencia de la RSE en lo que se refiere a su plano sustantivo como a su plano procedimental, compatible con el carácter voluntario de ésta, pero reconfigurando su labor mediante una normativa flexible que fomente las iniciativas de RSE, a lo que se acompaña de incentivos, con la promesa de distinguir a las empresas que acrediten la primorosa cualidad respectiva. Los poderes públicos, en consecuencia, parecen no actuar, en ocasiones, a través de la coacción jurídica, sino desde una perspectiva positiva de la conducta deseada, conforme a una lógica de la gratificación o dádiva, en lugar del reproche por una actuación negativa. En el caso español esta maleabilidad del papel estatal aún resulta escasa e incipiente en este terreno[59], si bien conviene destacar, entre las últimas actuaciones, la constitución de una *Mesa de Diálogo Social sobre Responsabilidad Social de la Empresa* y de un *Foro de expertos en Responsabilidad Social de la Empresa*, compuesta la primera por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, y abarcando el segundo una agenda de trabajo estructurada en ocho sesiones teniendo como marco las directrices de fomento aportadas por la Unión Europea, para indicar que una «empresa es socialmente responsable cuando responde satisfactoriamente a las expectativas que sobre su funcionamiento tienen los distintos grupos de interés», de modo que el «escenario en el que se debe desa-

---

[57] Prorrogado para el año 2006 (*BOE* de 10 de febrero de 2006), en cuyo contenido se considera necesario identificar y «promover ámbitos de interlocución entre las organizaciones empresariales y sindicales en esta materia», compartir «experiencias y difundir buenas prácticas» e impulsar «compromisos sobre responsabilidad social».

[58] Cfr. KEARNEY, N. y JUSTICE, D. W.: *Los nuevos códigos...,* cit., p. 136; SASTRE IBARRECHE, R.: *Algunas claves...,* cit., p. 78; ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 110 a 112.

[59] Superada la dicotomía entre voluntariedad/regulación, el sector público debe jugar un papel activo en el campo de la RSE, de modo que para observar un repaso completo a las diversas medidas públicas adoptadas en materia de RSE en España, tanto por la Administración central como por la autonómica, *vid.* ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 73 a 75 y 155 y ss.

rrollar la RSE es el del diálogo y acuerdo con todas las partes interesadas» [60]. Hasta la fecha, sí que parece observarse una clara decisión de mantener este fenómeno de la RSE en el terreno de la voluntariedad, cuando además la mentalidad del empresariado no parece dispuesta a prescindir de ella, rechazando cualquier regulación normativa en la materia [61], sosteniendo que la toma de decisiones sobre la organización y funcionamiento de la empresa es una facultad en exclusiva de los dueños y/o responsables de la misma, por lo que asignar parcelas de autoridad a los *stakeholders* podría significar una restricción de los derechos de propiedad [62]. Todo ello viene a corroborar la coherencia de la promoción de la RSE (estableciendo, entre otros, deberes de información, cursos formativos, dotación de subvenciones, homologando códigos de conducta y modelos de informes, estandarizando la certificación, creando premios) a instancia de la intervención pública, máxime cuando las prácticas de RSE procuran un mayor nivel de información y transparencia en la gestión empresarial e implican avances en una mayor participación de los trabajadores [63].

Ahora bien, la esfera laboral de la indicada RSE a nivel del procedimiento seguido debe incardinarse desde una doble perspectiva, a saber: en un marco genérico de impulso de la participación de los trabajadores en el lugar de trabajo, reafirmando sus derechos fundamentales laborales [64], en línea con la profundización democrática de los diversos ámbitos vitales vinculada a la participación del ciudadano en las decisiones que le afecten, también en el ámbito de la economía y la empresa, a pesar de la crisis del concepto ya revisado de «democracia in-

---

[60] Por ello los «poderes públicos deben facilitar el buen desarrollo de ese proceso de diálogo teniendo en cuenta a las empresas y organizaciones por un lado y las partes interesadas de la sociedad por otro», afirmaciones contenidas en el documento que es producto de la reflexión conjunta realizada en este citado foro durante sus tres primeras sesiones de trabajo, que puede consultarse en http://empleo.mtas.es/empleo/economia-soc.

[61] *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, Bruselas, COM (2002) 347 final, p. 6, insiste en la voluntariedad como principal característica de la RSE. Según una encuesta publicada en *El País*, 24 y 25 de diciembre de 2005, las compañías preguntadas, aunque insisten en afirmar su importancia, consideran mayoritariamente (72,1%) que es un tema voluntario de las empresas y que, por tanto, no debe ser regulado por ley.

[62] Cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 153 y 172 a 174.

[63] Cfr. Barrera Cerezal, J. J.: *Hacia una política de fomento de la responsabilidad social de las empresas,* CIRIEC-España, 2005, núm. 53, p. 18.

[64] Casas Baamonde, M.ª E.: «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo?», en *RL*, 2004, Tomo I, p. 131, los «derechos y libertades de que son titulares los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo, caracterizado por la naturaleza personal de la prestación, limitan los poderes empresariales, el contrato de trabajo, por tanto; pero éste, caracterizado también por la subordinación del trabajador, limita a su vez el ejercicio de sus derechos fundamentales».

dustrial»[65], en el que si bien no es posible trasladar el esquema de la democracia política a sede de la empresa[66], sí está en juego la democratización de las relaciones laborales y la distribución de poder en la misma[67], el reparto de funciones entre los distintos componentes que la configuran teniendo además en cuenta el interés social y ambiental que la rodea[68], para hablar de una empresa ciudadana[69] o una ciudadanía en la empresa y de la empresa[70]; en un marco específico, en el que no se cuestione el carácter voluntario de las medidas concretas sino que sean adoptadas unilateralmente por la empresa sin contar con la participación de los trabajadores en las distintas fases de elaboración, aplicación y evaluación, participación que contribuiría, por ende, significativamente, al éxito de las mismas[71]. En un caso, a poco que se observe, la participación de los trabajadores opera en un plano como presupuesto y, en otro, como garantía de la empresa socialmente responsable. Cuestión diferente consiste en articular esta implicación colectiva de los trabajadores, así como en analizar las experiencias que han venido acaeciendo al respecto para inferir cierta tendencia generalizable. Adviértase que la idea de participación de los trabajadores en la empresa aquí utilizada no

---

[65] Cfr. Baylos, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en Aparicio, J. y Baylos, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992, pp. 175 y 176, transcurrida la primera mitad de los años setenta del siglo pasado llegan los tiempos del debate sobre la «democracia industrial».

[66] Entre las causas de cierto abandono de este concepto, además de su desvinculación con la democracia económica que no opera ante una competencia global y que deja fuera del diálogo a otros grupos de intereses que también forman parte de la realidad empresarial, se encuentra la distinción entre la lógica política y la lógica económica, cfr.García-Marzá, D.: *Ética empresarial...*, pp. 270 a 272. En lo que respecta a las razones para no poder trasladar al interior de la empresa los esquemas de funcionamiento de la democracia política, *vid.* Jeammaud, A.: «Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa», en Aparicio, J. y Baylos, A.: *Autoridad...*, cit., pp. 185 a 187.

[67] Cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 29 y 30.

[68] Cfr. Landa Zapirain, J. L.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en AA.VV.: *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa* (coordinador: Juan Pablo Landa Zapirain), Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 15 y 16.

[69] Cfr. Lozano, J. M.: *¿Hacia la empresa...,* cit., p. 27, se trata de construir una relación con los diversos *stakeholders* basada en el diálogo con ellos en la medida en que resulte posible.

[70] *Vid.* Jeammaud, A.: *Los derechos...,* cit., p. 179 y ss. Cfr. García-Marzá, D.: *Ética empresarial...*, cit., p. 273, «ciudadanía en la empresa», participación de todos los grupos de intereses como principio de acción, «ciudadanía de la empresa», responsabilidad de la empresa como corporación en la mediación del principio de autonomía con el principio de eficacia y competitividad, principios básicos de la responsabilidad social corporativa.

[71] Cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 109 y 270 a 272. *Vid.* Kearney, N. y Justice, D. W.: *Los nuevos códigos...,* cit., pp. 139 a 141, respecto a la intervención de sindicatos.

viene referida únicamente a un entendimiento estricto y riguroso, ligado a la presencia de representantes de los trabajadores, bajo fórmulas diversas, en los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles, sino más bien se acerca a un concepto laxo, derivado de la indeterminación constitucional, que acoge a todo instrumento que capacite para colectivamente influir, de alguna manera, en las decisiones empresariales [72]; en este sentido, la plasmación jurídica [73] ofrece vías de afianzamiento de una restricción del poder directivo del empresario, limitación que se produce mediante la atribución de facultades o competencias (información, consulta, negociación, participación en sentido propio) que quiebran la absoluta unilateralidad en sede empresarial [74], superándose la inveterada dicotomía entre conflicto y cooperación propia de un sindicalismo que no apreciaba en su momento y en la debida forma la permeabilidad de ambas realidades [75].

Y es que estos vehículos institucionalizados [76] pueden servir de cauce para la puesta en marcha de medidas determinadas, voluntarias y suplementarias, de RSE con la implicación de los trabajadores, lo que opera ya en un plano más específico y concreto. Se trata de aprovechar las vías de representación/participación de los trabajadores que ya existen: bien a impulso del Estado, artículo 9.2 CE, como sucede con la proyección legislativa en torno a la igualdad entre mujeres y hombres, en un

---

[72] *Vid.*, al respecto, las reflexiones de Palomeque López, M. C.: *La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional),* Ponencia General al XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006).

[73] Cabe destacar, por lo que ahora importa, el artículo 2 h) de la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, del Consejo, completa el estatuto de la sociedad anónima europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOL, núm. 294, de 10 de noviembre), pues define la implicación de los trabajadores como «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa», así como el proyecto de ley que actualmente se tramita sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (BOCG de 25 de noviembre de 2005), una vez promulgada ya la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España *(BOE* de 15 de noviembre de 2005).

[74] *Vid.* De la Villa, L. E.: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, pp. 23 y 24; Baylos, A.: *Control obrero...,* cit., pp. 170 y ss.

[75] *Vid.* Ojeda Avilés, A.: *La cogestión de las grandes empresas en Europa (La experiencia alemana y la ley de cogestión de 1976)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 17 y ss., en relación al radical cambio de actitud de los sindicatos europeos.

[76] Cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 28, 29, 127 y 174, mecanismos de interlocución de los que carecen otros *stakeholders*, con las dificultades añadidas para determinar la representatividad de éstos, sin desconocer, por otra parte, la tendencia de las empresas a entablar diálogo con otras partes interesadas, en aras de eludir a los representantes de los trabajadores.

doble plano respecto a la materia laboral, esto es, como enriquecimiento del contenido de los convenios colectivos a través del deber de negociar medidas o planes de igualdad obligatorios [77], respondiendo así los propios convenios a mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos [78], como mediante la potenciación de medidas de adopción voluntaria en materia de igualdad de género con la invitación a incorporar en su puesta en marcha a los interesados [79]; bien por promoción desde la propia empresa, más allá de la obligatoriedad legal respecto a la información, consulta o codecisión a desarrollar ante decisiones precisas, en busca de formalizar, dialogadamente, la adopción y seguimiento de medidas de RSE, tal y como sucede ante la gestión de reestructuraciones empresariales que pueda mitigar las consecuencias perniciosas y asegurar la buena práctica de las mismas, pues reestructurar «desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones» [80], y se entiende, en general, la RSE como la «promoción

---

[77] Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres (Consejo de Ministros de 3 de marzo de 2006), indicando su Exposición de Motivos que la «Ley pretende promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido», sin olvidar «el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. La relevancia del instrumento de los planes de igualdad explica también la previsión del fomento de su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas» (con la previa consulta a los representantes legales de los trabajadores), cfr. artículos 38, 40 a 45, y Disposición Adicional Décima (puntos quince y dieciséis) respecto a las modificaciones de los artículos 85.1 y 85.2 ET.

[78] En «la medida en que participan de la condición de fuentes del derecho y la ley se sirve de esa condición los convenios colectivos incorporan normas que escapan a los intereses de quienes las negocian para realizar objetivos y políticas de interés general», CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *¿Una nueva constitucionalización...,* cit., p. 134.

[79] El Título Séptimo del anteproyecto citado, acerca de la igualdad en la responsabilidad social de las empresas, establece que la realización voluntaria por las empresas de estas medidas suplementarias puede ser concertada «con los representantes de los trabajadores, las organizaciones de consumidores y usuarios, las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres y los Organismos de Igualdad», aplicándose la normativa laboral a las decisiones empresariales y acuerdos colectivos concernientes a medidas laborales, artículo 68; en referencia a la publicidad de estas acciones y a las medidas para procurar una composición equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración, incorporando el legislador el incentivo de la preferencia en la adjudicación de contratos, cfr. artículos 69 y 70.

[80] Y conviene «buscar la participación y la implicación de todos los afectados», *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 10. La «información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía», Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, del Consejo y Parlamento europeo, establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea (DOL núm. 80, de 23 de marzo).

de estructuras de participación sólidas, que utilicen los procedimientos de información y consulta existentes, especialmente entre los comités de empresa europeos»[81]. Esto no descarta otros posibles foros para el diálogo constituidos a partir de iniciativas promovidas desde el nivel empresarial[82], singularmente, la creación de comités de ética[83], pues «la integración de los intereses de los diferentes *stakeholders* clave para la empresa, así como el establecimiento de mecanismos transparentes de interlocución con los mismos para el diseño, implementación y evaluación de las distintas acciones, se considera actualmente un elemento central en la adopción de cualquier estrategia de responsabilidad social empresarial»[84].

Algunos datos acerca de experiencias concretas parecen reveladores al permitir concluir que resulta deficitaria la participación de los trabajadores en las decisiones de RSE con enfoque laboral. Aspecto esencial de la RSE, como se sabe, resulta la implicación de otros actores distintos a los propietarios o dirigentes de las empresas, cuya participación real en las iniciativas empresariales, adoptadas principalmente en los países más desarrollados e implantadas predominantemente por grandes empresas, suele ser en general, como han puesto de manifiesto los diferentes estudios empíricos realizados, muy reducida o prácticamente nula[85]; mientras que en España las iniciativas residen, principalmente,

---

[81] *Resolución sobre responsabilidad social empresarial de la Confederación Europea de Sindicatos* (9-10 de junio de 2004), que pueden consultarse en AA.VV.: *La dimensión laboral...*, cit., p. 72.

[82] «En el ámbito de la empresa, la participación e implicación de los trabajadores es una condición imprescindible para garantizar la cadena de valor o la trazabilidad de la certificación social que es consustancial al modelo de RSE. Por ello, planteamos que en las empresas se formalicen instrumentos y órganos que impulsen la participación de los trabajadores y trabajadoras, reclamando, en consecuencia, la constitución de foros y/o instrumentos de participación sindical en el seno de las empresas», Fernández Toxo, I.: «La responsabilidad social empresarial desde la perspectiva sindical», en AA.VV.: *La dimensión laboral...*, cit., pp. 30 y 31.

[83] *Vid.* García-Marzá, D.: *Ética empresarial...*, cit., pp. 261 y ss.

[84] Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., p. 29.

[85] En apretada síntesis, se afirma, sobre las bases de datos de organizaciones internacionales como la OCDE y la OIT, que si bien lo laboral ha adquirido mayor relevancia, en la mayoría de casos, las iniciativas desarrolladas han sido adoptadas unilateralmente por las empresas sin contar con la participación de los trabajadores ni de sus representantes sindicales, cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., pp. 107, 109, 241 y 242, además, tales iniciativas suelen caracterizarse por su falta de transparencia en su aplicación y la ausencia de métodos de verificación fiables. En materia de seguridad y salud en el trabajo, *vid.* el estudio de investigación de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *La responsabilidad social de las empresas y la seguridad y la salud en el trabajo*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2005, pp. 9 y 19 y ss., en atención al análisis de los informes de once casos ilustrativos de empresas ubicadas en seis países de la Unión Europea.

en manos de empresas de gran tamaño, el mayor número de ellas se han decidido, asimismo, de manera unilateral [86]. En definitiva, las empresas entienden la RSE como una decisión que se toma y se lleva a la práctica de forma independiente, confundiendo, así, voluntariedad con unilateralidad, conformando una decisión propia, libre de ataduras y de controles [87], sin posibilidad alguna de fiscalizar sus actitudes refractarias.

A la vista de lo apuntado, cabe concluir que quizá se atisben bases para una nueva «democracia industrial» como presupuesto y garantía de la RSE en cuanto fenómeno fuertemente impulsado a finales del siglo XX. Se produce la entrada, por ende, de mecanismos de *soft law*, amparados por el Estado, que pretenden, ante el creciente poder de las empresas multinacionales, una solución transitoria o de urgencia, a fin de universalizar en los países en vías de desarrollo el núcleo mínimo de amparo relativo a la dignidad humana, a la espera de la implantación de instancias internacionales de coerción jurídica; y como una solución más consolidada o permanente, en cambio, se reviste en los países más desarrollados con el ánimo y la convicción de constituir un plus o suplemento a la normativa estatal y convencional, desde una perspectiva dinámica y relativa [88], alejada, en consecuencia, de un cierto afán sustitutivo de la misma. La RSE así entendida ofrece un componente de maleabilidad en los ordenamientos jurídicos nacionales, dado principalmente su carácter voluntario, en línea con la flexibilidad exigida a la normativa laboral del Estado para hacer frente a la fuerte competitividad internacional [89], pero con la ventajosa prestación de tutela hacia los derechos laborales lográndose una competitividad a medio y largo pla-

---

[86] El estudio en torno a cuatro empresas españolas incluidas en el IBEX 35, de tamaño grande, encuadradas en distintos sectores de actividad y con implantación internacional, realizado por Aragón, J.; Rocha, F. y Cruces, J.: «La dimensión laboral de la RSE en España: un análisis de casos», en AA.VV.: *La dimensión laboral...*, cit., pp. 52 a 55, 59, 60 y 64, revela que tan sólo una de las cuatro empresas ha establecido mecanismos formales de participación, «consejo social» destacadamente, a fin de canalizar la implicación de algunas (no sindicatos) partes interesadas (tanto en el diseño como en la ejecución y evaluación de las iniciativas).

[87] Cfr. Cerfeda, W.: *El sindicalismo europeo...,* cit., pp. 11 a 13. *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 19, ya advertía que la «comprobación por terceros independientes de la información publicada en los informes de responsabilidad social es también necesaria para no dar la impresión de que los informes son meros ejercicios de relaciones públicas sin contenido real (...). La participación de distintos interlocutores, incluidos sindicatos y ONG, podría aumentar la calidad de dicha verificación».

[88] Relativo, porque se hace preciso tener en cuenta el marco normativo vigente en el país en el que esté implantada la empresa, y dinámico, pues las medidas de RSE no han de impedir la producción de nueva normativa, sino más bien deben servir para su promoción, cfr. Aragón Medina, J. y Rocha Sánchez, F.: *La responsabilidad social empresarial...*, cit., p. 270.

[89] Cfr. Sanguineti Raymond, W.: *La «deconstrucción» del derecho...,* cit., p. 1407.

zo [90], de manera que la «aplicación de normas más estrictas que los requisitos de la legislación del ámbito social, por ejemplo en materia de formación, condiciones laborales o relaciones entre la dirección y los trabajadores, puede tener también un impacto directo en la productividad. Abre una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad» [91] en un mundo globalizado que plantea nuevos retos, pues se está en presencia de «una idea abierta, o un proyecto de corte más bien ideológico y político si se prefiere» [92]. Ahora bien, ya que el diálogo social «es el principal mecanismo para definir la relación entre una empresa y sus trabajadores, desempeña por lo tanto un papel fundamental en el marco más amplio de la adopción de prácticas socialmente responsables», por lo que «debe consultarse ampliamente a los representantes de los trabajadores sobre las políticas, programas y medidas» [93]. Cuando las decisiones de RSE laboral se adoptan sin contar con la participación e implicación de los trabajadores se produce la negación de la propia dimensión ética que conlleva, obturando cualquier capacidad de influencia en las decisiones y obstaculizando, por consiguiente, el debate acerca de la democratización de las relaciones laborales [94], lo que conlleva un mayor riesgo de que toda la parafer-

---

[90] Cuando «el *cortoplacismo* es el tiempo de esta sociedad informacional», CORTINA, A.: *Las tres edades...,* cit., p. 32. *Vid.* CASTELLS, M.: *Más allá de la caridad...,* cit., pp. 66 y 72.

[91] *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 7. Y es que la RSE, por la que se sigue apostando en la Unión Europea apoyando la creación de la Alianza Europea para la RSE, puede contribuir al desarrollo sostenible mientras refuerza el potencial innovador y la competitividad de Europa, favoreciendo así la empleabilidad y la creación de empleo, cfr. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo. Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas* (2006).

[92] LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *La participación financiera...,* cit., p. 28.

[93] *Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Bruselas, COM (2001) 366 final, p. 20. Y habrá que seguir reforzando el papel de los trabajadores, de sus representantes y de sus sindicatos en el desarrollo y aplicación de las prácticas de RSE, cfr. *Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo. Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas* (2006).

[94] Y así, si «no son exigibles por ningún medio jurídico (...), sino que su cumplimiento se deja al libre arbitrio del sujeto moralmente responsable» y si carecen «de una referencia colectiva respecto de los representantes de los trabajadores o sindicatos de la propia multinacional, que no son incorporados a participar», cabe afirmar que los códigos de conducta constituyen «la expresión más clara de una tendencia a la *despolitización* de las reglas sobre las relaciones de trabajo, y de la debilitación de su legitimidad y fundamento democrático», BAYLOS, A.: *Globalización y Derecho...,* cit., p. 37. Se insiste que pueden los códigos de conducta presentar un cierto interés para la actividad sindical si las organizaciones sindicales logran cierta presencia en su adopción y en los procedimientos de control y seguimiento, cfr. SASTRE IBARRECHE, R.: *Algunas claves...,* cit., pp. 86 a 88.

nalia no pase de ser mero marketing [95] o, en el mejor de los casos, una simple acción social [96] ajena a una responsable, socialmente, gestión empresarial.

[95] Si bien el Derecho de los consumidores, en torno a la publicidad engañosa, puede convertirse en un medio de control y observancia por parte de las empresas de sus códigos de conducta, al menos con carácter transitorio y hasta tanto los Estados no reconstruyan la asimetría de la política respecto de la economía globalizada, cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Soft law*..., cit., pp. 13 y 14.

[96] La «acción social no conlleva ninguna modificación sustancial en el funcionamiento interno de una compañía», ARAGÓN MEDINA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *La responsabilidad social empresarial*..., cit., p. 138.

Comunicación a la Ponencia General

LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE PREVENCION DE RIESGOS LABORALES. EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DESDE EL PRISMA DE LA NORMATIVA VIGENTE

JULIO CORDERO GONZÁLEZ
Profesor asociado (6H) del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. DE LA OPORTUNIDAD DE UNA MIRADA AL PASADO (EN EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES).—II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS INTERVENCIONES NORMATIVAS.—III. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS.

«(...) Los españoles podrán asociarse o sindicarse libremente para los distintos fines de la vida humana, conforme a las leyes del Estado (...)»

(Artículo 39.
Constitución de la República Española, 1931)

I. DE LA OPORTUNIDAD DE UNA MIRADA AL PASADO (EN EL DÉCIMO ANIVERSARIO DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES)

Cumplido y celebrado el décimo aniversario de la promulgación y entrada en vigor de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) quizá ha llegado el momento de aprovechar esta cifra totémica para evaluar los resultados producidos por esta norma en los distintos ámbitos y particularmente en materia de representación y participación de los trabajadores. En este contexto, resulta obligado dedicar unas líneas a apuntar la contribución a dicha empresa pretendida por esta comunicación.

Sin duda, sigue resultando de interés el estudio y el debate sobre los diversos preceptos de la LPRL [1] alumbrados, en el momento presente,

---

[1] Numerosos trabajos, al calor de la LPRL, desbrozaron los diversos preceptos (básicamente Capítulo V LPRL) dedicados a la información, consulta y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, entre ellos, *vid.* por todos, F. VALDÉS DAL-RE: «Los derechos de participación en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV.: *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de la prevención de riesgos profesionales*, La Ley Actualidad, 1997; *vid.*, en el mismo contexto, M. A. PURCALLA BONILLA y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ: «Notas sobre la figura del delegado de prevención», en *Relaciones Laborales*, 1997, núm. 20; R. QUESADA SEGURA: *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Con posterioridad y en extenso, *vid.* A. ÁLVAREZ MONTERO: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen*

por los resultados de la negociación colectiva, las decisiones de los tribunales de justicia [2] o la experiencia de los países de nuestro entorno obligados a incorporar el marco europeo de referencia a su derecho interno [3]. Sin embargo, el camino elegido por este breve trabajo propone una mirada hacia atrás que pueda complementar al resto de los estudios en el ámbito de los órganos de representación y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y permita realizar junto a ellos propuestas de *lege ferenda*. Proponemos pues, una vista al pasado que posibilite un mejor diagnóstico de los males actuales y ayude en la búsqueda de remedios para el presente y el futuro.

«Partiendo del sistema de representación colectiva vigente, la Ley atribuye a los denominados Delegados de Prevención —elegidos por y entre los representantes del personal en el ámbito de los respectivos órganos de representación— el ejercicio de las funciones especializadas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, otorgándoles para ello las competencias, facultades y garantías necesarias. Junto a ello, el Comité de Seguridad y Salud, continuando la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral, se configura como órgano de encuentro entre dichos representantes y el empresario para el desarrollo de una participación equilibrada en materia de prevención de riesgos» (apartado 6 Exposición de Motivos LPRL).

Después de lo afirmado por la LPRL («el Comité de Seguridad y Salud, continuando la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral...») podría sorprender la

---

jurídico, Editorial Comares, Granada, 2001. A los citados habría que añadir otros entre los que destacan los apartados específicos dedicados al Capítulo V en los múltiples comentarios colectivos a la LPRL publicados entre 1996 y 1998.

[2] Una selección de resoluciones judiciales brevemente comentadas y ordenadas por órgano judicial y fecha (1996-2002) en L. Fernández Marcos y F. López Fando: *La prevención de los riesgos laborales en la praxis judicial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003. Puede encontrarse un buen resumen del debate doctrinal y las soluciones judiciales y de la negociación colectiva en L. Mella Méndez: «Los delegados de prevención: algunos puntos críticos», en *Aranzadi Social,* núm. 6/2003, versión electrónica (BIB 2003/779, www.westlaw.es).

[3] El quinto aniversario de la LPRL generó parecidas inquietudes en los agentes implicados. Incluso desde la Presidencia del Gobierno se produjo una solicitud de informe al entonces presidente del Consejo Económico y Social que culminó con su publicación en abril de 2001: F. Durán López: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Boletín Oficial del Estado y Presidencia del Gobierno, Madrid, 2001. Específicamente en materia de participación y representación, *vid.* M. Cardenal Carro: «La representación de los trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado. Un buen momento para "evaluar" la figura», en *Aranzadi Social,* núm. 22/2000, consultada en versión electrónica (BIB 2001/395, www.westlaw.es).

escasa atención [4] que la doctrina iuslaboralista prestó antes de la entrada en vigor de la LPRL a los «órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad» [5] frente a la abundancia de estudios sobre los nuevos órganos de participación y representación. Seguramente la circunstancia apuntada puede explicarse, al margen del abrumador desarrollo cualitativo y cuantitativo del derecho positivo *post* LPRL, si se perfila con claridad la naturaleza originaria de estos órganos y su evolución.

El párrafo reproducido contiene las claves que justifican nuestro punto de partida. Anuncia nuestra LPRL en su frontispicio la continuidad de una experiencia previa en lo que al Comité de Seguridad y Salud se refiere y, al mismo tiempo, menciona la «naturaleza» (órgano de encuentro) y el fin último del órgano renovado (desarrollo de una participación equilibrada). Del mismo modo, este fragmento se ha convertido en el argumento central de los tribunales para identificar la naturaleza y finalidades de los antiguos comités de seguridad e higiene y de los novedosos comités de seguridad y salud del artículo 38 LPRL al ocuparse de los criterios que ha de respetar el órgano de representación unitaria para elegir a los delegados de prevención (a su vez, miembros del comité de seguridad y salud). La doctrina reiterada del Tribunal Supremo [6] permite que el correspondiente órgano de representación unitaria decida por mayoría, prescindiendo del «criterio de proporcionalidad que inspira la composición de los órganos de representación de intereses laborales» [7], y acoge la doctrina jurisprudencial [8] generada respecto a la elección de los vocales de los suprimidos comités de seguridad e higiene, previamente usada por la Audiencia Nacional [9] para resol-

---

[4] Cabe destacar, en plena gestación de la muy esperada LPRL, el trabajo de J. CRUZ VILLALÓN: «La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos», en *Temas Laborales*, núm. 26, 1993.

[5] Denominación equívoca pero empleada con acierto en el artículo 19.5 del Estatuto de los Trabajadores al no calificar como órgano de participación al órgano interno, presumiblemente el Comité de Seguridad e Higiene; precepto que debe considerarse tácitamente derogado precisamente por la entrada en vigor de la LPRL y sobre el que volveremos más adelante.

[6] Entre otras, SSTS de 3 de diciembre de 1997, 15 de junio de 1998, 14 de junio de 1999 y, ahora en unificación de doctrina, STS de 30 de abril de 2001, en la que se invoca la última de las anteriores como contradictoria frente a la STSJ de Asturias, de 9 de junio de 2000.

[7] Principio general reconocido expresamente por la STS de 15 de junio de 1998.

[8] SSTS de 24 de septiembre de 1991, 6 de abril de 1993 y 24 de diciembre de 1992. Los criterios manejados por estas sentencias no resultaban convincentes ni siquiera para designar a los representantes de los trabajadores en los Comités de Seguridad e Higiene. *Vid.* M. A. PURCALLA BONILLA: «Delgados de prevención y Comités de Seguridad y Salud: notas a propósito de pronunciamientos judiciales recientes», en *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 6, pp. 183 a 185.

[9] Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1997, luego confirmada en casación por la STS de 15 de junio de 1998.

ver una controversia semejante sobre los órganos especializados creados por la LPRL.

Conviene poner de manifiesto, desde este momento, que, a nuestro juicio, los tribunales han preferido mantener su inercia y no revisar la verdadera naturaleza del comité de seguridad y salud (derivada de la regulación legal dentro del marco constitucional de relaciones laborales) y enfrentarla a la de sus precedentes [10] o antecedentes. Con esta toma de posición han perfilado, aún indirectamente, las instituciones de representación y participación [11]. Olvidan que en estos años ha cambiado radicalmente el régimen político y el ordenamiento jurídico laboral en su conjunto; se han visto alterados sus elementos configuradores y esos cambios se manifiestan con mayor intensidad en el ámbito colectivo de las relaciones laborales. También parecen soslayar la interpretación de la LPRL en clave europea al obviar la presencia en el apartado comentado de la Exposición de Motivos del término «participación equilibrada» a cuyo desarrollo se destina el comité de seguridad y salud y que parece concebirse en el artículo 11.1 de la Directiva del Consejo 89/391, de 12 de junio de 1989 (en adelante, Directiva marco) como estadio superior de intervención de los trabajadores frente a los derechos de mera consulta o formulación de propuestas.

El análisis situará la solución legal vigente en el marco de las intervenciones normativas de las que se nutre (si atendemos a lo declarado por el legislador) mediante una caracterización global de éstas destacando las cuestiones de mayor interés para la revisión del modelo actual y un enfoque de las distintas fases o periodos que se pueden distinguir en la regulación legal y comunitaria de los antecedentes de los órganos de representación y participación *ex LPRL*.

---

[10] Los antecedentes lo serán únicamente de forma mediata de los órganos de representación especializada (delegados de prevención) en cuanto a integrantes del comité de seguridad y salud con el único referente de los vocales del comité de seguridad e higiene desde su elección por los órganos de representación unitaria. Con rotundidad se llega a afirmar que «estamos ante una institución nueva en toda la plenitud de la acepción» y «no han existido en nuestro derecho instituciones de naturaleza semejante» aunque «si *(sic)* se encuentran numerosos antecedentes de intervención de los trabajadores en materia de prevención desde las primeras normas laborales», en A. Álvarez Montero: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2001.

[11] Estamos plenamente de acuerdo con M. Cardenal Carro: «La representación de los trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado. Un buen momento para "evaluar" la figura», en *Aranzadi Social,* núm. 22/2000, consultada en versión electrónica (BIB 2001/395, www.westlaw.es).

II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS INTERVENCIONES NORMATIVAS

La LPRL parece establecer un hilo conductor que uniría las intervenciones normativas encargadas de regular los diversos órganos internos de las empresas especializados en seguridad y salud en el trabajo. Nos acercaremos a las principales coordenadas del régimen jurídico de los distintos órganos generados en nuestro derecho a lo largo del siglo XX comentando las características principales de estas intervenciones, seleccionadas por su utilidad para el debate social y científico del momento presente:

1. *La regulación de los órganos internos especializados surge al calor de los más ambiciosos intentos normativos destinados a prevenir los riesgos derivados del trabajo.* Así, los Comités de Seguridad e Higiene del Trabajo creados mediante Orden de 21 de septiembre de 1944 se enmarcan en el contexto propiciado por el Reglamento General de Seguridad en Higiene en el Trabajo (aprobado mediante Orden de 31 de enero de 1940); el Vigilante de Seguridad y los Comités de Seguridad e Higiene regulados en el Decreto 432/71, de 1 de marzo vienen auspiciados por la previa aprobación de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (Orden de 9 de marzo de 1971); el Estatuto del Minero (aprobado por Real Decreto 3255/83, de 21 de diciembre), pieza clave para la «prevención de riesgos laborales en las explotaciones mineras», dedica su Capítulo IV a los órganos especializados para este sector productivo. Finalmente, la LPRL regula los órganos de representación y participación en la empresa en materia de prevención de riesgos laborales, los consabidos delegados de prevención y comités de seguridad y salud. Se incorpora así a nuestro ordenamiento interno el concepto de «prevención participada» que es uno de los principios inspiradores de la directiva marco.

2. *Los órganos específicos deben coordinarse en los distintos periodos históricos con otros órganos con ámbitos de competencia general.* Las relaciones entre los órganos con competencias generales y los que se dedican en exclusiva a la seguridad y salud en el trabajo no han resultado en todas las ocasiones pacíficas, más bien al contrario, por lo que mediante diversas normas y resoluciones judiciales se han ido dilucidando las competencias exclusivas y compartidas o la subordinación de los unos (órganos específicos o especializados) a los otros (por lo común, órganos genéricos).

Los «comités de seguridad e higiene del trabajo del trabajo» de 1944 convivieron con los Jurados de Empresa desde 1953. El artículo 47 del Reglamento de los jurados de empresa[12] indicaba que el órgano genérico

[12] Desarrolla lo dispuesto en el artículo segundo del Decreto de 18 de agosto de 1947, por el que se crean los Jurados de Empresa.

asumiría, en las empresas en que se constituyera, las competencias del órgano especializado. La necesidad de dar coherencia al modelo obligó a dictar «normas aclaratorias sobre el funcionamiento de los comités de seguridad e higiene del trabajo y los Jurados de Empresa» (Orden de 9 de febrero de 1954) en las que se proponen diversas fórmulas de actuación de los Jurados de Empresa (pleno o comisión con el asesoramiento permanente de especialistas que respondían, en su conjunto, a la composición de los comités de seguridad e higiene del trabajo) que «en el desempeño de la función encomendada en orden a la prevención de accidentes, seguridad e higiene y comodidad en el trabajo, se regirán por lo dispuesto en la Orden de 21 de septiembre de 1944» [13].

Los Jurados de Empresa pierden las competencias en materia de seguridad y salud en el trabajo a favor de los «comités de seguridad e higiene en el trabajo» regulados por el Decreto 432/71, de 1 de marzo. Por tanto, el organismo específico, por su naturaleza fundamentalmente técnica, acogerá nuevamente las competencias en esta materia pero habrá de relacionarse con los Jurados de Empresa mediante los canales establecidos en la Orden de 9 de diciembre de 1975 [14].

El «compañero de viaje» de los «Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo» cambiará necesariamente por la paulatina sustitución de los Jurados de Empresa por los órganos de representación unitaria de los trabajadores en la empresa [15]. La interacción entre los comités de empresa y los «órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad» se canalizará inicialmente mediante la mera sustitución de la posición de los jurados de empresa y, con posterioridad, se recompondrá con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores. Curiosamente, del

---

[13] Apartado 2.º de la Orden de 9 de febrero de 1953.

[14] Reconoce expresamente que después del renacimiento de los Comités no se había regulado la relación entre éstos y los Jurados de Empresa. Obliga a los mencionados Comités a informar periódicamente sobre sus actuaciones y la siniestralidad laboral en la empresa y permite que el jurado pueda solicitar información adicional y «proponer cuantas medidas considere adecuadas respecto a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales».

[15] Una norma instrumental y típica de la transición política española, el Real Decreto 3149/1977, de 6 de diciembre, sobre elección de representantes en el seno de las empresas, posibilita provisionalmente la elección democrática de delegados de personal y comités de empresa como «representantes de los trabajadores ante la misma, defienden sus intereses y tienen capacidad legal para la negociación colectiva» (art. 7.º); permite que los enlaces sindicales y jurados de empresa continúen disfrutando las funciones que tenían atribuidas hasta la elección de una representación bajo los nuevos postulados (art. 3.º-3) y extiende provisionalmente a los nuevos órganos de representación las funciones y garantías reconocidas a los enlaces sindicales y jurados de empresa (Disposición Transitoria, 1.ª). La definitiva desaparición de los jurados de empresa se produciría con la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores al derogarse por completo su marco normativo regulador (Disposición Final 3.ª, Ley 8/1980, de 10 de marzo).

tenor literal del artículo 19 ET parece deducirse que el legislador postconstitucional se decanta por una actuación preferente de los órganos internos (CSH) y únicamente subsidiaria de los representantes legales en el centro de trabajo [16]. Esta opción del Estatuto de los Trabajadores no se acompañó de modificación alguna de la normativa reguladora de los preconstitucionales «Comités de Seguridad e Higiene».

Por último, la LPRL diseña órganos de representación y participación especializados (delegados de prevención y comités de seguridad y salud) llamados a convivir con los órganos de representación unitaria en la empresa (dotados de competencias generales en materia de representación de intereses de los trabajadores). La opción legal determina que el órgano de representación unitaria elija, entre sus miembros, a los delegados de prevención que luego se integrarán en el comité de seguridad y salud de composición paritaria. Sin embargo, no se establece un nuevo esquema de colaboración entre los órganos de representación y participación creados por la LPRL y los representantes del personal. El artículo 35.2 LPRL deja, en apariencia inalterado el marco competencial vigente antes de la entrada en vigor de la LPRL salvo, como una de las honrosas excepciones, la atribución a los representantes legales de la competencia para paralizar las actividades en caso de riesgo laboral grave e inminente en detrimento de los delegados de prevención (representantes de los trabajadores con funciones específicas) [17].

El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1CE) se plasma en la puesta a disposición de amplios espacios para su regulación o concreción por los representantes de los trabajadores y empresarios [vgr.: creación de órganos que ejerzan las competencias atribuidas a los delegados de prevención o establecimiento de otros sistemas para su designación (art. 37.4 LPRL)].

3. *La naturaleza del órgano específico se ve influenciada por los postulados ideológicos que determinan la estructura del estado y del sistema jurídico en que se inserta.* Los Comités de Seguridad e Higiene

---

[16] Esta afirmación afecta a cuestiones muy relevantes, como la «inspección y control de las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene» [arts. 19.3 y 64.1.8.b) ET] y la actuación en caso de «probabilidad seria y grave de accidente» (art. 19.5 ET), y se apoya en las expresiones «por medio de sus representantes legales en el centro de trabajo, si no se cuenta con órganos o centros especializados competentes» (art. 19.3 *in fine* ET), y «Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo».

[17] Resulta difícil encontrar una explicación a la vigencia formal del artículo 19 ET que bien podía haberse adaptado a lo dispuesto en la LPRL utilizando, por ejemplo, una Disposición Adicional de ésta. A tenor de lo establecido en la LPRL debemos deducir su tácita derogación con la consecuencia inmediata de dejar sin resolver las relaciones entre lo nuevo y lo viejo.

y los Jurados de Empresa surgen, se desarrollan y se relacionan en el *Estado nacional-sindicalista*. El Régimen de Franco es, en lo ideológico, sincrético [18] y pragmático, o mejor, sincrético por pragmático con una continua presencia del principio de autoridad. Se propone superar el capitalismo liberal y el materialismo marxista mediante la constitución del *Estado nacional-sindicalista*. Este neocorporativismo inspirado en el ideario falangista entra desde el primer momento en contradicción con el reconocimiento de la libre empresa y la propiedad privada de los medios de producción frente a la titularidad sindical de los mismos [19]. También defenderá el armonicismo y, con él, la abolición del sistema de clases tradicional al negar la existencia del conflicto entre empleadores y trabajadores pero, pasados los años iniciales, se retoma el contrato de trabajo como título de apropiación del trabajo ajeno frente al comunitarismo y al relacionismo [20].

Construido desde esos mimbres, el modelo franquista de relaciones laborales se caracteriza por la monopolística intervención del Estado en la producción normativa y suprime los derechos laborales colectivos, hoy constitucionalizados como libertades y derechos fundamentales, imponiendo la sindicación obligatoria a una Organización formada por todos los trabajadores y empresarios.

Pese a su carácter técnico y subordinado a la dirección de la empresa [21], en la composición y designación de los vocales de los primeros Comités de Seguridad e Higiene (Orden de 21 de septiembre de 1944) se observa la presencia en la empresa de la *Organización Sindical* que se encargará de elegir las ternas entre las que designará el empresario a los vocales «no técnicos» (art. 6.º); por su parte, como prueba del control estatal de la empresa, la Inspección de Trabajo podía oponerse a los nombramientos de los miembros del Comité (art. 7.º). Las funciones esenciales (art. 4.º) de los comités les convierten en un equipo de trabajo de la empresa encargado de organizar la prevención de riesgos laborales bajo la supervisión del empresario que debe refrendar sus acuerdos para que adquieran carácter ejecutivo (art. 8.º).

Los Jurados de Empresa presentan una mayor carga ideológica expresada de forma diáfana en el artículo 1 del Reglamento de Jurados de Empresa (en adelante RJE, aprobado mediante Decreto de 11 de

---

[18] Nota característica del Estado Totalitario muy vinculada a la indefinición ideológica en sus orígenes. *Vid.* A. MONTOYA MELGAR: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978),* Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 290 y 327.

[19] *Ibídem,* pp. 300 y 305.

[20] *Ibídem,* pp. 330-333 y 353.

[21] El empresario designa a todos los miembros del comité pero deben figurar obligatoriamente un Ingeniero de Seguridad, un Médico del Trabajo y un Secretario, empleado a ser posible de la Oficina de Personal.

septiembre de 1953). «Los Jurados de Empresa, entidades de armonía laboral, están llamados a lograr la convivencia en el seno de la empresa, el aumento de la producción y el desarrollo de nuestra economía». Confesada su naturaleza armonicista, los Jurados «no pueden actuar en menoscabo de las funciones de la Dirección que correspondan al Jefe de la Empresa» (art. 14 RJE). La mayor carga ideológica aparta a los técnicos del órgano que asume las funciones en materia de seguridad e higiene puesto que los Vocales del Jurado se obtienen de las elecciones a Enlaces Sindicales (art. 12 RJE) y se integran en la Organización Sindical. Los técnicos (Ingeniero de Seguridad y Médico del Trabajo) pasarán a ser asesores permanentes junto a otros elegidos por el Jurado en Pleno de entre el personal de la empresa «por su especial competencia y probado interés» (Orden de 9 de febrero de 1954). Los Jurados de Empresa asumirán las funciones de los Comités y no las podrán ejercer directamente por la propia naturaleza de las funciones y por tratarse de cometidos que pertenecen al Jefe de la Empresa [22].

El Decreto 432/71, de 11 de marzo, sustrae las competencias en materia de prevención a los Jurados de Empresa y se las encomienda a los Comités de Seguridad e Higiene. Se acentúa el carácter técnico porque los responsables técnicos son miembros de pleno derecho del comité y los trabajadores a elegir por el Jurado debían contar con categoría profesional de especialista y preparación adecuada. Las competencias de los Comités, establecidas en términos muy genéricos en el artículo 2.º del Decreto 432/71 y luego precisadas por el artículo 8 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (en adelante, OGSHT, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971) [23], vuelven a convertirles en *organismos* [24] técnicos encargados de la actividad preventiva en la empresa en la órbita de los actuales servicios de prevención [25].

Los CSH no variarán su régimen jurídico hasta su derogación por la LPRL pero su naturaleza virará hacia su conversión en un órgano

---

[22] En parecido sentido, A. Montoya Melgar: *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978),* Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 365, y A. Álvarez Montero: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 35.

[23] Se ocupan de promover la observancia de las disposiciones vigentes para la prevención de riesgos profesionales [art. 8.A) 1 OGSHT], de velar por la eficaz organización de la lucha contra incendios [art. 8.A) 1 OGSHT] o de informar sobre las normas de seguridad e higiene a incluir en el Reglamento de Régimen interior de la empresa.

[24] La OGSHT, aún en este momento histórico, integra a los CSH en la estructura del Ministerio de Trabajo.

[25] En parecido sentido, J. Rivero Lamas: *Estructura de la empresa y participación obrera*, Editorial Ariel, 1969, p. 35. No se decanta totalmente por esta opción aunque lo cita A. Álvarez Montero: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 40.

técnico-participativo aunque predomine el carácter técnico. Este cambio se produce de forma inmediata porque a partir de la Transición política los órganos de representación unitaria van a elegir a los miembros del Comité que designaba el Jurado de Empresa.

Los sindicatos en la clandestinidad habían utilizado las formas de participación institucionalizadas (Jurados de Empresa y Enlaces Sindicales) para aprovechar los recovecos del sistema y actuar, en la medida de lo posible, como órganos de representación de intereses de los trabajadores. En el nuevo escenario, la Constitución Española y en el Estatuto de los Trabajadores reconocen y tutelan los derechos laborales colectivos impregnando la elección por los órganos de representación unitaria de los miembros de los CSH.

El CSH quedaba en una situación de «obligada» transitoriedad como tantas otras instituciones jurídicas en los albores de la democracia. Los principios constitucionales, a los que no se adaptaba plenamente, aconsejaban su conversión en un órgano de participación en la empresa paritario y dotado de unas competencias adecuadas a su nueva configuración. Más bien al contrario, el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores, en sorprendente pirueta, les encomendó competencias de las que antes no disponían [26] (al menos en su tenor literal, con preferencia respecto a los órganos de representación unitaria que actuarán subsidiariamente) sin variar un ápice la composición y filosofía establecida en la normativa preconstitucional [27]. La negociación colectiva trató de superar estas carencias pero, en numerosas ocasiones se topó con la aplicación del trasnochado Decreto 432/71 en defecto de pacto convencional (vgr.: la STCT de 21 de diciembre de 1987 acudió a este Decreto para determinar la designación del Presidente y al Secretario de un órgano de origen convencional y composición paritaria).

Muy al contrario que la regulación estatutaria, los órganos específicos en el ámbito de la minería pueden considerarse el único eslabón entre los órganos internos competentes en materia de seguridad y los órganos de participación y representación regulados en la LPRL. El Comité de Seguridad e Higiene es un órgano técnico-participativo paritario. El equilibrio se quiebra a favor de su carácter técnico porque el Estatuto del Minero (aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre) establece unos requisitos muy exigentes para ser elegible

---

[26] Cfr. nota 16. Probablemente la única explicación de la enjundiosa y equívoca redacción del artículo 19 pueda encontrarse en las circunstancias de gestación del ET y, en concreto, la aprobación mediante una enmienda transaccional.

[27] En parecida dirección, critica la regulación estatutaria S. González Ortega: «Seguridad y salud en el trabajo (en torno al art. 19)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 100, 2000, pp. 560-562 y 566-567.

como Vocal del Comité y un importante número de técnicos serán miembros natos. Sus competencias, aunque limitadas y vinculadas al artículo 19 ET, tienen una estructura parecida a la de los órganos creados por la LPRL.

Los requisitos de antigüedad, experiencia profesional y actitud psicofísica se extreman para la singular institución, fuera del ámbito minero, del Delegado Minero de Seguridad. Se eligen mediante votación secreta del personal de la explotación entre una terna propuesta por el comité de empresa (excepción a la habitual elección de segundo grado). Pese a elegirse directamente por los trabajadores no les representa sino que se asemeja por sus funciones a un *trabajador designado* ex LPRL.

4. *Las competencias, facultades y garantías de estos órganos vienen determinadas precisamente por su naturaleza. Sin embargo, las normas que construyen el nuevo marco normativo y los operadores jurídicos que las manejan responden a determinadas inercias generadas en el modelo anterior aunque difieran absolutamente sus principios orientadores.* Según nuestra apreciación, esto último le ha ocurrido a algunos de nuestros tribunales de justicia, y principalmente al Tribunal Supremo, cuando se han enfrentado a la nueva ordenación jurídica de la participación de los trabajadores en la empresa. Como ya se indicó en el primer epígrafe, la doctrina del Tribunal Supremo hace coincidir la naturaleza y fin último de un *Organismo* preconstitucional no paritario con la de un órgano paritario de participación institucional en la empresa al decidir sobre los criterios a utilizar por los órganos de representación unitaria para designar a los delegados de prevención. Creemos que se han dejado llevar por una rancia inercia, discutida de forma tenaz y reiterada por los Tribunales Superiores de Justicia, que les permite reafirmarse en una argumentación elaborada para un supuesto que consideran similar[28].

La relevancia de estos pronunciamientos tendría un alcance práctico limitado si esta cuestión afectara en exclusiva al criterio para designar a los delegados de prevención como miembros del comité de seguridad y salud[29]. Es mucho más preocupante la posible desnaturalización de los nuevos órganos específicos de representación y participación aunque en

---

[28] Atento a los argumentos esgrimidos en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia: M. A. Purcalla Bonilla: «Delgados de prevención y Comités de Seguridad y Salud: notas a propósito de pronunciamientos judiciales recientes», en *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 6, pp. 173-199, en especial 185 y ss.

[29] La afirmación no invita a restarle relevancia jurídica al asunto porque están presentes cuestiones de legalidad y de constitucionalidad. Estas situaciones plantean situaciones conflictivas enfrentadas a la libertad sindical. *Vid.* F. Ballester Laguna: «Cuestiones de legalidad y de constitucionalidad implicadas en la designación de los delegados de prevención», en *Revista de Derecho Social*, 2002, núm. 6, pp. 83-94.

modo alguno sea la intención ni el alcance de la doctrina jurisprudencial comentada.

Uno de los argumentos manejados por el Tribunal Supremo [30], reproducido por la STS de 30 de abril de 2001 dictada en unificación de doctrina (F.J. 3.º *in fine*), afirma: «Carecen los Comités referidos de capacidad negociadora, siendo sus funciones técnicas y de asesoramiento y consulta, como se desprende de los argumentos expuestos. Por ello la exclusión de un sindicato de su seno no atenta contra la libertad sindical».

Es de una obviedad supina que los delegados de prevención no están legitimados, en cuanto a tales, para negociar convenios colectivos pero sí reciben el encargo por la LPRL de desarrollar «la participación equilibrada» en el seno del comité de seguridad y salud. La directiva-marco se ocupa de los aspectos de consulta y participación de los trabajadores en el artículo 11 y parece configurar un derecho a la «participación equilibrada» como especificación de la obligación del empresario de permitir la participación: «1. Los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y permitirán su participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo. Ello implica: la consulta de los trabajadores; el derecho de los trabajadores y/o sus representantes a formular propuestas; la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o usos nacionales».

A la luz de lo establecido en el precepto, resulta igualmente obvia la imposibilidad de identificar el derecho a la participación equilibrada con el mero derecho a la consulta ni con el derecho a formular propuestas. La «participación equilibrada» del artículo 11 de la directiva-marco tendrá que ser necesariamente una posibilidad de intervención de mayor intensidad que las anteriores cuya concreción, respetando estas previsiones, corresponde a la legislación y/o usos nacionales. Sin necesidad de preguntar más podríamos pedir una respuesta intuitiva a la siguiente pregunta: ¿Desarrollaban los Comités de Seguridad e Higiene de 1971 esta «participación equilibrada» que debe superar a la obligación de consulta o a la capacidad de propuesta?

La incorporación al ordenamiento jurídico interno del concepto «participación equilibrada» podría localizarse básicamente en la siguiente competencia del comité de seguridad y salud: el comité participará «en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas

---

[30] Los cinco argumentos ordenados, criticados y acompañados de las propuestas de los países europeos: *vid.* M. Cardenal Carro: «La representación de los trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado. Un buen momento para "evaluar" la figura», en *Aranzadi Social,* núm. 22/2000, consultada en versión electrónica (BIB 2001/395, www.westlaw.es).

de prevención de riesgos en la empresa. A tal efecto, en su seno se **debatirán,** antes de su puesta en práctica» las decisiones del empresario con incidencia en la prevención de riesgos laborales [art. 39.1.a) LPRL]. El debate invita a la discusión pero también al acuerdo aunque se instrumente mediante una decisión del empresario que incorpore lo acordado por el órgano de participación institucional en la empresa.

En cualquier caso, el empresario está obligado, por tanto, a llevar ante el comité las decisiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo y asume un compromiso de debatirlas antes de su puesta en práctica.

El Comité no se configura como un verdadero órgano técnico porque el empresario podría designar libremente como sus representantes a personas que no tuvieran formación específica en materia de prevención de riesgos laborales. No se trata de un caso de laboratorio, podría entrar en los parámetros lógicos si los designados por la empresa son responsables de departamentos que pueden verse afectados por las decisiones empresariales en esta materia (vgr.: jefe de ventas). Si la LPRL hubiera querido otra conformación habría obligado al empresario a designar entre sus representantes a los responsables técnicos de la actividad preventiva en la empresa. La intención del legislador parece bien distinta al establecer una equiparación parcial de las garantías de los representantes de los trabajadores en favor de los trabajadores designados y los integrantes de los servicios de prevención [art. 30.4 LPRL remite a los arts. 68 a), b) y c) ET y 56.4 ET].

Por otra parte, la paridad de la composición sitúa frente a los representantes del empresario a los delegados de prevención que son fundamentalmente un órgano de representación de intereses (o una especie de comisión especializada, poco importa eso ahora). La LPRL no exige estar en posesión de una formación previa para ejercer sus funciones y, en su lugar, se obliga al empresario a proporcionársela (art. 37.2 LPRL). La LPRL no le dota de ese supuesto carácter técnico; hace prevalecer el carácter representativo. Por ejemplo, la competencia para paralizar la actividad en casos de riesgo grave e inminente se atribuye a los órganos de representación unitaria. Por tanto, los delegados de prevención, podrían perder una votación aunque estuvieran magníficamente formados; hubieran ejercido su competencia propia de proponer la paralización y estuvieran en posesión de la verdad (contra el parecer de la mayoría). Por desgracia, la tan ansiada formación técnica no se esgrime con esta rotundidad en la negociación colectiva porque, en la práctica, la formación de los delegados de prevención es insuficiente debido al silencio de la LPRL en la concreción de la obligación empresarial.

No puede afirmarse desde su articulación legal, combinada con un lectura en clave europea, que las funciones encomendadas al delegado de prevención deban ejercerlas «los más dispuestos» o «los mejores» en perjuicio de otros; sino los que sean elegidos como delegados de prevención. El argumento «técnico» es un velo más que conviene levantar inmediatamente.

5. *Su constitución obligatoria se reserva, por lo común, para las medianas y grandes empresas y se combina este criterio del tamaño de la empresa con la peligrosidad «objetiva» de la actividad productiva que realiza.* Las intervenciones normativas obligaban a la constitución de estos órganos internos en las medianas y grandes empresas [31]. Desde la LPRL todos los centros de trabajo en los que se elijan órganos de representación unitaria podrán tener un representante especializado en materia de prevención (art. 35.2 LPRL) y si superan los cincuenta trabajadores contarán con un órgano paritario y colegiado de participación en materia de prevención de riesgos (art. 38.2 LPRL).

Esta circunstancia choca con la conformación de nuestro tejido productivo formado mayoritariamente por empresas pequeñas y microempresas. Si no lo corrige la negociación colectiva, más del quince por ciento de los trabajadores no puede elegir órgano de representación unitaria (más de dos millones) y poco más de la mitad, aproximadamente un cincuenta y cinco por ciento, dispondrá de comité de seguridad y salud constituido en su empresa [32]. Los datos tomando como referencia a las empresas, según su tamaño, son mucho más impactantes, más del setenta y cinco por ciento de las empresas del estado tiene menos de seis trabajadores por lo que, en principio, no tendrá delegado de personal ni consecuentemente delegado de prevención. En menos del dos y medio por ciento de las empresas del estado se puede constituir un comité de seguridad y salud [33].

La negociación colectiva se empieza a ocupar de esta situación mediante la creación de figuras específicas identificadas genéricamente con la figura del «delegado de prevención territorial» que aprovechan

---

[31] Los Comités de Seguridad e Higiene de 1944, más de 250 o más de 500 trabajadores y excepcionalmente por encima de 100; Jurados de Empresa de 1953 a 1971, 1.000 o más en 1953, 500 o más en 1956, 250 o más en 1959 y 100 o más en 1960; Comités de Seguridad e Higiene de 1971 a 1995, centros de trabajo con más de 100 trabajadores salvo en actividades muy peligrosas; Comité de Seguridad y Salud LPRL, 50 o más trabajadores.

[32] Tabla «Trabajadores, según empresa», en «Empresas inscritas en la Seguridad Social», *Boletín de Estadísticas Laborales*, MTAS, marzo, 2006, publicación en formato electrónico (http://info.mtas.es/estadisticas/bel/EMP/index.htm).

[33] Tabla «Empresas, según empresa», en «Empresas inscritas en la Seguridad Social», *Boletín de Estadísticas Laborales*, MTAS, marzo, 2006, publicación en formato electrónico (http://info.mtas.es/estadisticas/bel/EMP/index.htm).

los contornos diseñados en el artículo 35.4 LPRL. Encontramos básicamente dos tipos de experiencias: a) las figuras generadas en el marco de la concertación social autonómica (como el muy reciente *Delegado Territorial de prevención en el Principado de Asturias)*[34] que se crean y regulan mediante acuerdos sobre materias concretas (art. 83.3 ET); b) los órganos recogidos en diversos convenios sectoriales provinciales[35]. Las organizaciones sindicales han apostado por la regulación normativa de estos órganos amparándose en las exitosas experiencias de algunos países europeos [36] y en el funcionamiento consolidado de las figuras creadas por de la negociación colectiva en España.

III. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Sin despreciar algunos matices, debe marcarse un punto y aparte entre los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad (Comités de Seguridad e Higiene) y los órganos de representación y participación en materia de prevención generados por la LPRL (Delegados de Prevención y Comités de Seguridad y Salud). Los primeros son, desde su inicio, «Organismos» de la empresa de carácter predominantemente técnico inspirados por las teorías armonicistas del Régimen de Franco y verdaderos equipos de trabajo más cercanos a nuestra actual organización empresarial de la actividad preventiva en la empresa (servicios de prevención).

Por su parte, los nuevos órganos de representación y «participación equilibrada» se inscriben en el reconocimiento legal del derecho de los trabajadores a una protección eficaz. La LPRL «opta técnicamente por construir el contenido del derecho de los trabajadores a partir del correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales»[37]. Indudablemente, el ordenamiento jurídico laboral

---

[34] Creación y regulación en BOPA, 26 de enero de 2005 y su Reglamento de Funcionamiento en el BOPA, 21 de enero de 2006.

[35] Artículo 55 del CC provincial del campo de Albacete (BOPA, 5 de octubre de 2005) o el artículo 26 del CC de Navarra para el sector de Empresas Instaladoras de Fontanería, Calefacción, Climatización, Prevención de Incendios, Gas y Afines (B.O. Navarra, 30 de agosto de 2004).

[36] Especial atención merece el caso sueco. Una revisión de las experiencias en los países de la UE, *vid.* L. VOGEL: «Delegados de prevención territoriales en Europa», en *Por experiencia,* núm. 26, 2004, publicación electrónica que contiene en el mismo número un completo dossier sobre este tema, http://www.porexperiencia.com/

[37] M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: «El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre», en *Derecho del Trabajo y razón crítica (Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático)*, Salamanca, 2004, pp. 446 a 450. Una de las especificaciones legales de este deber es «la intervención colectiva de los trabajadores en la realización

postconstitucional repudia las teorías armonicistas y reconoce la existencia del conflicto entre el capital y el trabajo por lo que la LPRL regula separadamente la obligación empresarial de organizar la actividad preventiva en la empresa (Capítulo IV, LPRL). Establece una evidente distinción entre los órganos de representación y participación y los servicios de prevención.

Sin dejar de lado esa primera lectura, el estudio ha generado algunas propuestas que formulo seguidamente de forma sincrética:

1) Deben propiciarse y delimitarse las relaciones entre los órganos de representación unitaria y órganos de representación y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Estimamos que no se han aprovechado todas sus potencialidades.

2) Es necesario reivindicar la verdadera naturaleza de los órganos de representación y participación creados por la LPRL para evitar que sean adulterados en su genética legal y constitucional. No desconocemos que va a resultar complicado variar el criterio de designación de los delegados de prevención (por causas vinculadas a la sociología jurídica) pero hay otros medios para frenar su desnaturalización.

3) Deben concretarse la duración y el contenido de la formación que el empresario debe proporcionar al delegado de prevención. En ese proceso pueden resultar útiles los siguientes criterios: el sector de actividad, el tamaño de la empresa, la realización de actividades especialmente peligrosas y las propias circunstancias personales del trabajador-representante. Este papel lo realiza actualmente la negociación colectiva y podría articularse desde una previsión normativa que estableciera una regulación de mínimos (como hizo con la formación de los técnicos de prevención).

4) Debe paliarse la no elección de órganos de representación especializada para todos los trabajadores. La creación y constitución de *Delegados de Prevención Territoriales*, propiciados desde la negociación colectiva, se ha revelado como un mecanismo eficaz a ese fin. Sería deseable establecer, también para este supuesto, una regulación legal de mínimos. Las características de estos *Delegados de Prevención* deberían aproximarse, en lo posible, a las que amparan al *Delegado de Prevención* ex LPRL.

---

de la prevención de riesgos laborales», ejemplificada en «una *representación específica* de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales» (delegados de prevención) y un «supuesto (...) de *participación institucional* de los trabajadores en la empresa» (comité de seguridad y salud).

Comunicación a la Ponencia General

LA POLIVALENCIA CONCEPTUAL DEL TÉRMINO PARTICIPACIÓN

MANUEL GARCÍA MUÑOZ
Profesor Doctor Asociado del Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN. 1. Referido a la propiedad de la empresa. 2. Referido a los beneficios de la empresa. 3. Referido a la gestión en la empresa. 3.1. La acepción o el sentido amplio de participación en la gestión de la empresa. 3.2. La acepción o el sentido estricto de participación en la gestión de la empresa. 3.3. Las formas directa e indirecta de ejercer la participación interna. 4. Referido a la gestión externa.—III. LA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL TERMINO PARTICIPACIÓN POR EL DE IMPLICACIÓN EN LA NORMATIVA COMUNITARIA.—IV. CONCLUSIÓN-RESUMEN.—BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, el término «participación» es uno de los que mayor polivalencia conceptual admite no sólo en la literatura científica, sino incluso en la propia norma positiva, pues, en principio, y sin mayores especificaciones, alude, como es sabido, a las posibilidades que tienen los trabajadores de compartir, de algún modo, con el empresario las clásicas grandes áreas que conforman la actividad empresarial, esto es, la propiedad, la gestión y los beneficios. Pero, además, ni siquiera cuando se utiliza referido a cada una de estas áreas, especialmente a la gestión (área en la que mayor frecuencia y repercusión ha tenido), el termino participación es univoco, sino que presenta diferentes acepciones, más amplias o más estrictas, dependiendo de las funciones que puedan ejercer los trabajadores para tomar parte en ella.

Asimismo, en este último caso, el hecho de que el ejercicio de las funciones que permiten a la los trabajadores compartir alguna o algunas de las tareas de gestión con el empresario, pueda desarrollarse directamente por los propios trabajadores o indirectamente mediante estructuras de representación, ha llevado a que, en ocasiones, se llegue a confundir la estructura de representación (como sí su mera constitución o presencia supusiera una suerte de participación en sí misma) con la propia participación (facultades que se ejercen para la consecución de un fin, que, como decimos, no es más que la posibilidad de tomar parte, de alguna manera, en la gestión de la empresa). Igualmente, la polivalencia del término participación se observa en que también expresa las posibilidades de los trabajadores de compartir, fuera del delimitado ámbito de la empresa, junto con otros sujetos e instituciones, la toma de decisiones y la ejecución de acciones en diferentes vertientes del amplio campo de las relaciones laborales.

La mencionada polivalencia es la que centra, por tanto, la presente comunicación, en la que se intenta indagar en los diversos significados

que ha ido adquiriendo o se le han ido asignando al término participación y, en la medida de lo posible, delimitar las acepciones que actualmente mejor definen la realidad que con él se pretende definir.

II. EL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN

El término participación, como sustantivo que evoca una institución específica del ordenamiento laboral, pude decirse que surge en el momento en que se produce el tránsito del régimen jurídico del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo respecto de la relación constituida entre el trabajador y el empresario, pues ello supuso, entre otros aspectos, el nacimiento de una intensa vinculación jurídica entre ambas partes, al dejar de ocupar, cada uno de ellas, una posición individual y netamente separada en el cumplimiento de las obligaciones respectivamente asumidas. Ciertamente, el empresario se convierte en un sujeto, cuyo deber hasta ese momento finalizaba al obtener los servicios encargados y abonar el precio pactado por ellos, responsable y garante de las condiciones en que se prestan los servicios por sus productores, y en cuyo establecimiento, por tanto, comienza a considerarse que no debe intervenir exclusivamente su voluntad unilateral, sino también, en cierta medida, la voluntad de la contraparte de la relación de trabajo. Igualmente, el trabajador deja de ser el sujeto que únicamente se compromete a prestar unos servicios productivos por una cantidad económica, para incorporarse como elemento esencial en una organización productiva que, si bien es titularidad de la persona a la que debe su esfuerzo productivo y de la que a cambio recibe una remuneración dineraria, no le es del todo ajena e independiente, pues las condiciones en que desarrollará su trabajo (tiempos, retribuciones, suspensiones, extinciones, etc.) dependerá, en buena medida, de la propiedad de la organización, de los beneficios que se obtengan y de la gestión que se realice, y en los que su intervención no podrá estar, por consiguiente, ausente en todo caso. Desde el origen del Derecho del trabajo, como parte autónoma del ordenamiento jurídico, esta presente, por tanto, el término participación, referido a estas grandes áreas en que se estructura la organización empresarial: la propiedad, los beneficios y la gestión; y en cada una de ellas ha ido asumiendo diferentes significados, aunque siempre en torno al contenido semántico que la define como la acción y efecto de tomar parte en una cosa o recibir una parte de algo.

1. Referido a la propiedad de la empresa

Efectivamente, en primer lugar, se ha utilizado y se sigue utilizando el término participación, respecto a la titularidad de la propiedad de la

empresa, para aludir al mecanismo o forma por la que el trabajador accede a ostentar, de alguna manera, la condición de propietario. Bien porque adquiere un número de títulos determinados de los que componen el capital social de la empresa, constituida en sociedad mercantil; bien porque comparte con otra u otras personas la propiedad de los elementos materiales e inmateriales sobre los que se asienta la organización productiva que conforma la empresa, constituida, en este caso, por el patrimonio económico e individual de varias personas físicas. En ambos supuestos, la vía por la que el trabajador pasa a convertirse en propietario parcial de la empresa (entrega onerosa o lucrativa de acciones o participaciones de la sociedad titular de la empresa, compraventa, permuta, retribución en especie por su prestación de servicios, transmisión «mortis causa» de parte de la propiedad de la empresa, etc.), es irrelevante, del mismo modo que es irrelevante este hecho para la calificación jurídica de su condición de trabajador por cuenta ajena, salvo que debido a la proporción del capital que pueda llegar a poseer se confunda esta condición con la de ser el propio empresario. Como, igualmente, es irrelevante el motivo que lleve al trabajador a ser titular de una parte mayor o menor de la propiedad de la empresa; aunque normalmente, si bien no siempre, suele ser un medio para conseguir una mayor integración del trabajador en la organización productiva, al sentirse especialmente vinculado con el proyecto empresarial, por reconocerse, de algún modo, titular o dueño de parte del mismo. En cualquier caso, lo realmente significativo es que el trabajador toma o recibe parte de la titularidad de la empresa y, en este sentido, se dice que participa en la propiedad de la misma, sin que ello plantee mayores problemas en la practica del desenvolvimiento práctico de la relación de trabajo, en particular, ni de las relaciones laborales, en general. Por lo que no puede decirse que esta forma de participación haya sido objeto de una especial atención por parte de la doctrina científica, ni de los tribunales de justicia en las resoluciones judiciales que han conocido sobre algunos de sus aspectos.

2. Referido a los beneficios de la empresa

El trabajador, en tanto sea propietario de una parte de la empresa, puede recibir, lógicamente, parte de los beneficios económicos de la misma; en proporción, normalmente, a la cuota de titularidad que ostente. Pero también puede recibirla sin ser propietario, al configurarse ésta, legal o convencionalmente o incluso pactada en el contrato de trabajo, como una modalidad de retribución de la prestación de servicios, dimanante de los resultados económicos positivos realmente obtenidos por la empresa o, directamente, por la intervención del trabajador en la mejoras de productividad colectiva. Así, en segundo lugar, suele utili-

zarse el término participación, referido a los beneficios de la empresa, para designar el derecho de los trabajadores a recibir parte de las ganancias empresariales, fijado, habitualmente, como un complemento más de los que integran la estructura salarial establecida por la normativa aplicable para cada sector, empresa o unidad inferior. Derecho que tiene, igualmente, la finalidad de buscar una mayor implicación de los asalariados en la viabilidad del proyecto empresarial, que garantice la consecución de la efectiva productividad necesaria para el manteniendo y progresión de la organización productiva; y de la que parte, recibida como salario en metálico o en especie, junto con otras dedicadas a inversiones, reparto de resultados económicos entre los propietarios, etc., se distribuye entre los asalariados que ven cómo su patrimonio experimenta un incremento, por recibir cantidades metálicas o en forma de títulos o participaciones de la propiedad de la empresa (siendo, en este último supuesto, una participación en beneficios que funciona, a su vez, como una forma de acceso a la participación en la propiedad) con lo que, seguramente, se encontrarán mejor integrados en una unidad técnica y económica que no les es del todo ajena ni, por tanto, indiferente. Tampoco puede decirse que esta forma de participación, utilizada irregularmente en los diferentes períodos históricos, quizás últimamente con más continuidad y extensión en la regulación de las condiciones económicas de los trabajadores en los diferentes sectores y empresas, a través de diversas fórmulas, como, por ejemplo, entrega de acciones, obligaciones en convertibles en acciones, stock options, entre otras, haya planteado problemas excesivamente destacables en, lo que hace a su delimitación conceptual.

3. Referido a la gestión de la empresa

Del mismo modo, la cualidad del trabajador de ser titular de parte de la propiedad de la empresa conlleva, como regla general, el derecho a intervenir en la gestión de la empresa. Sin embargo, tampoco es necesario, para que se genere este derecho de intervención en la gestión por parte de los trabajadores, que, al mismo tiempo, se ostente la titularidad de parte de la empresa, pues puede surgir de forma autónoma e independiente, como una facultad más que amplía el contenido jurídico inherente a la condición de trabajador por cuenta ajena. Y, es con relación a este derecho o facultad de intervención donde el término participación, referido, en tercer lugar, a la gestión de la empresa, suscita más cuestiones conflictivas y admite en su determinación conceptual, insistimos objeto que ahora únicamente atrae nuestra atención, diversas acepciones definitorias. Efectivamente, cuando en el ámbito de las relaciones laborales se utiliza el término participación sin especificación adicional alguna, generalmente, se suele conectar inmediatamente con la

posibilidad de los trabajadores de incidir, con mayor o menor intensidad y extensión, en las tareas de gestión, desde las más amplias a las más reducidas, imprescindibles para el desarrollo de la actividad empresarial. De esta forma, consecuentemente, el término participación adquiere una acepción conceptual, más amplia o más estricta, en atención a las facultades de gestión que, en cada momento, comprenda o a las que, particularmente, se esté refiriendo.

3.1. La acepción o el sentido amplio de participación en la gestión de la empresa

Así pues, en su acepción amplia o sentido amplio, el término participación alude a las facultades de los trabajadores para «asumir», para «limitar» y para «participar» en la gestión de la empresa. Con ello se quiere indicar, en primer lugar, como nivel máximo de participación, que los trabajadores están facultados para asumir la dirección de la empresa o de algún o algunos de los sectores diferenciados de la actividad empresarial, bien por sí solos, bien de forma compartida con el empresario. En el primer caso, los trabajadores, investidos de facultades de autogestión, ejercen directamente la gestión de la empresa o, al menos, de un sector de la actividad empresarial (generalmente del sector social), lo que supone, correlativamente, que los medios de producción pertenecen a los trabajadores que integran la organización empresarial (en este caso la participación se refiere tanto a la propiedad como a la gestión) o que sobre determinados recursos de la empresa ostentan un poder de dirección absoluto, al corresponderles en exclusiva la gestión de los mismos. No obstante, aparte de experiencias pretéritas —periodos posteriores a las grandes guerras en los que los trabajadores se hicieron cargo de la gestión de las empresas abandonadas por sus propietarios— las facultades de autogestión, salvo empresas cooperativas, se suelen extender sobre sectores adicionales, como el social (obras sociales, en definitiva: comedores, guarderías, etc.), de la actividad empresarial en general y no sobre sectores esenciales, como el económico, el técnico y el profesional. En el segundo caso, en cambio, aunque también las facultades de los trabajadores se concretan en asumir las tareas de dirección de la empresa, su rasgo diferencial estriba en que éstas se concretan, bien en compartir con el empresario la gestión de toda la actividad de la empresa, o de algún o algunos de sus sectores, en condiciones de igualdad paritaria, en cuyo caso se suele denominar «cogestión cualificada», bien en intervenir en la misma, sin que su aportación sea decisiva en la adopción de los acuerdos de dirección, en cuyo caso se suele denominar «cogestión simple», normalmente referida, en ambos supuestos, al sector económico (previsión e inversión, reparto de beneficios y reservas, sobre todo) y, en ocasiones, al sector

social (habitualmente respecto de las obras sociales que se estructuran en entes con personalidad jurídica: instalaciones deportivas, construcción de viviendas para los trabajadores, etc.).

En segundo lugar, el nivel medio de participación aparece delimitado por las facultad de negociación y por, su reverso, la facultad de conflicto que permiten a los trabajadores, mediante su ejercicio, limitar la gestión de la actividad empresarial que desarrolla el empresario. Mediante la negociación, los trabajadores elaboran conjuntamente con el empresario las reglas y las condiciones que rigen, en un ámbito concreto y durante un período determinado, la relación de trabajo. Es, en esencia, una facultad normativa que facilita a los trabajadores, a través del acuerdo con el empresario, regular de forma autónoma, bilateral y transaccional el contenido de su propia relación jurídica laboral. De este modo, el resultado de la negociación, plasmado normalmente por escrito en el convenio colectivo, se impone, pues, a lo fijado en los contratos de trabajo correspondientes a los asalariados incluidos en el ámbito de aplicación del convenio y sin que éstos puedan pactar individualmente unas condiciones de trabajo inferiores, como es sabido, por el efecto de la inderogabilidad relativa característica de las normas jurídicas. No obstante, la elevación del fruto de la negociación a la categoría de norma jurídica no está prevista en todos los ordenamientos jurídicos, ni siquiera en los que la prevén sucede en todo caso, ni afecta a todas la materias presentes en las relaciones de trabajo, sino sólo a aquellas que previamente han sido seleccionadas de antemano por la ley o, incluso, por un tipo de negociación colectiva de ámbito superior. Ciertamente, cada vez son más, como consecuencia de la paulatina desregulación de la normativa laboral, los aspectos de los distintos sectores de la actividad empresarial que son regulados por la negociación colectiva, constituyendo, hoy día, el medio más importante de determinación de las condiciones mínimas de trabajo y de empleo, e, incluso, de la protección social complementaria, sobre las que puede actuar el contrato de trabajo, así como también de las relaciones colectivas del sistema de relaciones laborales.

Por su parte, la facultad de conflicto constituye, como se señalaba, el reverso de la facultad de negociación, puesto que en la mayoría de las ocasiones se recurre a su ejercicio, bien porque no ha culminado con éxito la negociación iniciada, bien porque el empresario no atiende las reivindicaciones de los trabajadores, negándose incluso a comenzar un proceso de negociación. De modo que difícilmente puede desarrollarse la facultad de negociación, sin estar coadyuvada por la facultad de conflicto, al quedar sumamente debilitada si los trabajadores no cuentan con los medios precisos (la huelga, principalmente, así como los piquetes, la ocupación del lugar de trabajo, las concentraciones, los encierros, las campañas informativas, etc., aunque cada vez se promociona por la

ley el recurso a procedimientos de autocomposición de las partes, antes de acudir a éstas u otras medias tradicionales de efectos más drásticos, al estar, podría decirse, éstas en declive y aquellos en auge) para forzar a su principal interlocutor para que, al menos, muestre una actitud favorable hacia el proceso de negociación. Así, mientras que la facultad de negociación es básicamente normativa, la de conflicto es esencialmente reivindicativa de los intereses de los trabajadores, tanto en orden a mantener las condiciones y derechos obtenidos, como a fin de conseguir mejoras sobre los mismos o de implantar nuevas condiciones. Por ello, la controversia normalmente surge en el momento de aplicar o interpretar un aspecto de una regulación preexistente, contenida en cualquier tipo de norma jurídica (convenio, costumbre, etc.), bien porque se duda de su vigencia, bien porque se cuestiona su alcance, resultando de todo ello los denominados «conflictos de interpretación o aplicación» o «conflictos jurídicos». En el segundo caso, en cambio, la situación conflictiva se desencadena habitualmente por la negativa empresarial a establecer una regulación, a modificar la anterior o simplemente a dar solución a un enfrentamiento laboral, generalmente, con trasfondo económico, dando lugar a los llamados «conflictos de regulación o de reglamentación», «conflictos económicos» o «conflictos de intereses».

En tercer lugar, como nivel mínimo de participación, la acepción o sentido amplio —que, en este caso, como posteriormente se pone de manifiesto, coincide exactamente, al incluirla, con la acepción o sentido estricto del término participación— se refiere a las facultades de los trabajadores de recibir información sobre diferentes cuestiones y decisiones de la dirección de la empresa, a ser consultados antes de que determinadas decisiones sean tomadas y a que algunas de ellas sean alcanzadas entre la voluntad conjunta de ellos y la del empresario. Se trata, en síntesis, de facultades orientadas a conseguir una mayor o menor colaboración y cooperación con el empresario en el ejercicio habitual de las tareas directivas que, en los sistemas capitalistas, a este sujeto, por esencia, le corresponde realizar. La mayor o menor colaboración depende, pues, de las facultades concretas que los trabajadores tengan atribuidas, que no, en todo caso, son idénticas, ni se despliegan uniformemente sobre los mismos sectores y materias de la actividad empresarial. Efectivamente, la facultad de menor intensidad se configura, simultáneamente, como una obligación impuesta al empresario consistente en facilitar a los trabajadores la información relativa a determinadas materias que, por afectar, de un modo u otro, a la actividad empresarial, les pueden ser de interés. Es, por tanto, una facultad de ejercicio pasivo, que se materializa simplemente con la recepción de la información suministrada por el empresario, con la periodicidad, extensión y concreción que la normativa disponga. Como regla general, la información comprende aspectos relativos al sector técnico, por consi-

derarse un sector neutro y ajeno a los posibles conflictos de intereses de ambas partes de la relación laboral, aunque también, sobre todo en los últimos tiempos, a los restantes sectores de la actividad empresarial, como el económico, el profesional y el social, a fin de que los trabajadores puedan disponer de suficientes datos para poder ejercer un adecuado control y una efectiva vigilancia de la gestión de la empresa.

Con mayor intensidad en la colaboración y cooperación, la facultad de consulta, que también se configura, al mismo tiempo, como una obligación del empresario, se desarrolla mediante la emisión de la opinión de los trabajadores, previamente solicitada por aquél, ante y antes de la toma de una decisión que le corresponde adoptar, o simplemente recibiendo la información y solicitud del empresario sobre el extremo o extremos que tienen que pronunciarse, pero que, por el motivo que sea, declinan hacerlo. No obstante, aunque la opinión de los trabajadores no suele ser vinculante, ésta, de alguna manera, influye en la toma de las decisiones directivas que han sido consultadas, pues muestran el parecer de la otra parte de la relación laboral, del que no siempre, ni necesariamente quiere alejarse el empresario. Por este motivo, no es extraño que en el transcurso del ejercicio de la facultad de consulta se logre un acuerdo entre los trabajadores y la empresa sobre la cuestión sometida a opinión, transformándose así esta facultad en una facultad de codecisión. Pero, incluso, si no se lograra acuerdo alguno, la opinión de los trabajadores habrá influido en la decisión adoptada, aunque solamente sea de forma negativa, al tener el empresario conocimiento de la posición de los trabajadores ante una determinada cuestión, posición que podrá tener algún tipo de repercusión en el futuro. Asimismo, los sectores y las materias afectadas por la facultad de consulta suelen coincidir con las facultades de información y de codecisión, esto es, sector técnico, profesional y, en ocasiones, económico.

Por su parte, la facultad de codecisión, situada en la máxima intensidad de la colaboración y cooperación, permite que la decisión sobre un asunto concreto no se adopte solamente por la voluntad unilateral del empresario, sino por la voluntad formada conjuntamente entre éste y los trabajadores. El ejercicio de la codecisión supone, pues, que concretos aspectos de la gestión empresarial sean acordados por el empresario y los trabajadores, perdiendo con ello el empresario la exclusividad en la toma de determinadas decisiones que haya de adoptar en el desarrollo de la gestión empresarial. Generalmente, las materias que han de ser objeto de codecisión, aparte de aquellas que siendo de consulta en su transcurso son codecididas, suelen estar previstas por la normativa aplicable, por lo que no es difícil que, en ocasiones, se pueda confundir con la facultad de negociación colectiva, especialmente, con la de ámbito de empresa.

Sin embargo, y pese a su similitud, pues las dos, como se sabe, descansan sobre el consenso de las partes, existen diferencias entre una y otra facultad. Efectivamente, si en el ejercicio de la facultad de codecisión no se alcanza el acuerdo pretendido, la solución normalmente viene impuesta por una instancia externa a ambas partes, bien una autoridad neutral que ejerce a modo de árbitro, bien una comisión mixta compuesta por miembros pertenecientes a cada una de las dos partes e instituida específicamente para resolver las posibles situaciones de falta de acuerdo. Por el contrario, si el desarrollo de la facultad de negociación fracasa, el empresario y los trabajadores intentan imponer sus posiciones a través de medidas coercitivas o de presión, y solamente, en ocasiones, se recurre a una solución de tipo arbitral, aunque últimamente, cada vez con más frecuencia, como ya se ha indicado, se están articulando distintos medios par ello. Además, la negociación se enmarca mejor en el ámbito de la elaboración normativa que en el de su ejecución, mientras que la codecisión se identifica más plenamente con la ejecución de decisiones que con la regulación de su contenido, pues ésta, casi siempre, implica la búsqueda del consenso coyuntural necesario para resolver una cuestión relativa a la gestión de la empresa, por lo que su ámbito es más reducido que el de la negociación colectiva. Por ello, el sector que habitualmente acapara mayormente el ejercicio de la facultad de codecisión es el profesional, y no tanto el técnico y el económico.

3.2. La acepción o el sentido estricto de participación en la gestión de la empresa

Como anteriormente se ha mencionado, el nivel mínimo de la acepción o del concepto en sentido de amplio del término participación delimita perfectamente la acepción o el concepto estricto del término participación, pues, alude exclusivamente al ejercicio por los trabajadores de facultades concretas sobre la gestión de la empresa, y que, como se ha expuesto, son las facultades de información, consulta y codecisión. No obstante, esta acepción o concepto estricto, como muestra de la polivalencia del término participación, a veces, junto con las facultades de información, consulta y codecisión, también se utiliza para aludir a determinadas facultades de negociación, y de conflicto. Lo que ha contribuido a dotar al término participación de la cierta ambigüedad que le rodea, que, lejos de permitir que defina con exactitud una institución jurídica concreta, ha facilitado su relativa indeterminación. Por ello, quizás, en tiempos recientes, se esté observando una tendencia en el Derecho Comunitario —a la que posteriormente nos referiremos— a la sustitución del término participación por el de implicación, o solamente o junto a la razón anterior -lo más seguro- sea consecuencia de la necesidad de elegir

un sustantivo que, en la traducción de las diferentes lenguas de los países de la Unión Europea, evoque la misma realidad que se quiere expresar, añadiéndose con ello, probablemente, un elemento más que favorezca la falta de univocidad del término participación.

3.3. Las formas directa e indirecta de ejercer la participación interna

Las facultades que integran la acepción amplia o estricta pueden ser desarrolladas directamente por los trabajadores, en cuyo caso se denomina «participación directa», o, también, indirectamente (a diferencia de la participación referida a la propiedad y a los beneficios, que la experimenta directa y únicamente el propio trabajador) por las estructuras de representación de los trabajadores, denominándose «participación indirecta». Normalmente, se recurre al ejercicio por las estructuras de representación de los trabajadores en aquellos casos en los que no es operativa la forma de ejercicio directo, por ser un colectivo amplio al que corresponde la titularidad de las facultades de participación. Así pues, la forma de ejercicio indirecto, y nuevamente como expresión de la polivalencia aludida, ha determinado que la propia formación de las estructuras de representación se considere como un modo «per se» de participación, denominándose, en ocasiones, genéricamente, como estructuras u órganos de participación, independientemente de que tengan conferidas, legal o convencionalmente, exclusivamente o no, facultades de participación. Sin embargo, esta consideración no siempre ha redundado en beneficio de los intereses de la propia estructura de representación en su condición de sujeto colectivo, ni de los intereses de los trabajadores representados por ella, debido a que por su calificación, como estructuras de participación, se les ha aplicado un régimen jurídico que no comprende derechos y medidas de protección fundamentales, como son los correspondientes a la libertad sindical, al calificarse como estructuras de participación —entendida en su acepción estricta: información, consulta y, en su caso, codecisión— y no como estructuras sindicales —a pesar de que estén investidas de las facultades de negociación y conflicto.

Con ello, en nuestra opinión, se ha generado una cierta confusión entre la propia estructura de representación y las facultades que tiene atribuidas, como si se tratara de un todo inescindible, cuando, en realidad, se trata de dos cosas distintas: una cosa es la estructura de representación (el órgano) que se constituye para alcanzar un fin determinado (tomar parte en la gestión de la empresa), y otra cosa es el conjunto de facultades (de asunción, de limitación, y de participación) que tenga asignado la estructura para conseguir el fin propuesto. Así, solamente cuando el órgano de representación pueda desarrollar todas las faculta-

des delimitadas por la acepción amplia del termino participación podrá ser, en este sentido, calificado como órgano (de representación) de participación, suscitándose con ello la confusión antes señalada. En cambio, a nuestro modo de ver, las estructuras de representación no son *per se* un modo de representación, sino un medio para ejercerla, y, consecuentemente, deben ser calificadas jurídicamente, en atención a la facultadas que puedan realizar, en cada caso y en cada momento. De esta forma, las estructuras de representación en tanto tengan atribuidas o estén desarrollando facultades de información, de consulta y de codecisión, podrán ser consideradas estructuras (de representación) de participación, mientras que cuando estén investidas o estén realizando facultades de autogestión o cogestión, podrán ser contempladas como estructuras (de representación) de autogestión o cogestión y, en fin, como estructuras (de representación) de autotutela específica o sindicales, cuando están legitimadas para ejercer o estén ejerciendo facultades de negociación y conflicto. Se evitaría así, por una parte, la posibilidad de considerar que la mera constitución de órganos de representación sin más es una forma de participación y, por otra, la tendencia a que a estos órganos no se les aplique únicamente el régimen jurídico correspondiente al desarrollo de funciones de participación estricta (información, consulta y, en su caso, codecisión), sino que se rijan por la normativa prevista para el ejercicio de las funciones que tengan atribuidas o estén desarrollando en cada momento (junto con las de participación estricta, las de autogestión o cogestión y las de negociación y conflicto). Consecuentemente, tanto la propia estructura de representación como sus integrantes disfrutarían de los derechos y medidas de protección previstas para el ejercicio de facultades participativas —en tanto ejerzan funciones de participación estricta—, de autogestión o cogestión —siempre que ejerzan las funciones para gestionar plenamente la empresa o compartidamente con el empresario— y sindicales —si están legitimadas para negociar y plantear acciones de conflicto— adecuándose, de este modo, la normativa establecida a las funciones que realmente pueden realizar estas estructuras o realicen en cada caso.

4. La participación en la gestión externa

La forma de ejercicio indirecto de la participación, referida a la gestión de la empresa, y, por tanto, junto con la participación referida a la propiedad y a los beneficios de la empresa, adjetivada como interna, también se desarrolla —una señal más de polivalencia— fuera del delimitado ámbito de la empresa, dando lugar a la denominada participación externa o, también, «participación institucional» que no consiste más que en el derecho de los trabajadores, como colectivo particularmente interesado, a tomar parte en la adopción de decisiones y en la

ejecución de acciones en diferentes parcelas del amplio campo de las relaciones laborales, a través de la integración de representantes de los trabajadores, junto con representantes de otros colectivos, entidades o instituciones, en determinados órganos consultivos o directivos (codecisivos o cogestionarios). Se trata, en nuestra opinión, de una participación referida a la gestión en diversas vertientes de las relaciones laborales, que se materializa mediante el ejercicio de facultades de consulta y, por tanto, de información, pues, previamente para poder emitir una opinión se necesita tener la información oportuna, y, en ocasiones, de codecisión —incluso, de cogestión, en atención a lo anteriormente apuntado y a lo que más adelante se expresa sobre estas dos facultades— es decir, mediante las facultades que delimitan la acepción o el concepto estricto del termino participación en la gestión interna.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico español es un buen ejemplo de esta forma de participación indirecta y externa, al recoger, en primer lugar, el texto constitucional en su artículo 129.1 el mandato al legislador infraconstitucional de establecer *«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 vida o al bienestar general»*. En segundo lugar y en cumplimiento de este mandato, diversas normas jurídicas regulan el derecho de los trabajadores a incorporarse a órganos que tienen conferidas facultades, normalmente, de consulta (órganos consultivos) y de codecisión y cogestión (órganos de dirección y de vigilancia y control) en concretos sectores sociales, con objeto de poder emitir su parecer, de conformar las líneas de dirección o de adoptar las medidas de control necesarias para procurar una eficaz dirección y gestión de las materias que son de su interés. Esta incorporación del colectivo genérico de los trabajadores se realiza de forma indirecta, esto es, a través de sus estructuras de representación de ámbito superior a la empresa (sindicatos y, concretamente, aquellos que tienen la consideración de «más representativos»), que designan a las personas concretas que, en representación del colectivo de los trabajadores, integran estos órganos.

Así se prevé, entre otras, en la Ley de creación del Consejo Económico y Social, cuya principal función de este órgano es la emisión de dictámenes, preceptivos y no vinculantes, sobre los anteproyectos de leyes, textos refundidos y textos articulados en materias socioeconómicas y laborales, así como, discrecionalmente, sobre los proyectos de reglamentos en las mismas materias. En este caso, la participación de los trabajadores se desarrolla mediante la función de consulta, materializándose en la emisión de dictámenes por un órgano especializado en materia económica y social, en cuya formulación conjunta se concentra el parecer de los trabajadores y el de los restantes colectivos representados en dicho órgano sobre la regulación de una materia en la que

tienen un interés particular o, al menos, general. A pesar de tratase de una opinión no vinculante, su carácter técnico y la posición expresada por los colectivos representados en el Consejo Económico y Social, que trasluce su interés en la materia sometida a consulta, determina que el legislador le preste especial atención, tanto si la incorpora como si la rechaza en la redacción definitiva de la norma tramitada.

En términos similares, recientemente, el Anteproyecto de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia crea, como órgano asesor y consultivo, un Comité Consultivo formado por representantes de las organizaciones sindicales, de las organizaciones empresariales (probablemente, hay que entender aquellas tanto sindicales como empresariales que ostenten la condición de «más representativas», por ubicarse dentro del ámbito de la «participación institucional») y de las Administraciones públicas para que ejerzan las funciones de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias de especial interés para el funcionamiento del Sistema Nacional de Dependencia que la citada Ley pretende crear. Igual que en el supuesto anterior, se trata de un participación ejercida en su nivel mínimo, al desarrollarse fundamentalmente mediante la facultad de consulta, aunque intensificada, al estar el citado órgano legitimado para poder emitir propuestas sobre las materias de la dependencia que puedan ser de su interés. No obstante, la concreción de la función participativa, si bien dentro del nivel mínimo previsto por ley que está llamado a desarrollar, dependerá de su actuación práctica, de la incidencia que tengan en el propio Sistema de Dependencia y de la regulación reglamentaria que pueda establecerse.

En este mismo contexto, finalmente, la Ley General de la Seguridad Social y en su normativa reglamentaria de desarrollo disponen la integración por partes iguales de representantes de los sindicatos «más representativos», de las organizaciones empresariales más representativas y de la Administración pública en los Consejos Generales y a las Comisiones Ejecutivas, nacionales y provinciales, de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes del Sistema de Seguridad Social, órganos estos a los que, principal y respectivamente, les corresponde determinar los criterios de gestión de dichas Entidades y controlar y supervisar su aplicación. La participación, en este supuesto, excede las facultades de información y de consulta, aproximándose a las facultades de codecisión y de cogestión, en tanto que los Consejos se encargan, entre otras actividades, de elaborar los criterios de actuación de las Entidades Gestoras y las Comisiones Ejecutivas de velar por la aplicación de dichos criterios. No obstante, aunque, al menos, teóricamente las facultades alcanzan el máximo nivel de participación, al asumir la gestión de las Entidades Gestoras y el control de su actuación, en la practica estas facultades están muy limitadas, debido a que la actuación de estas En-

tidades viene determinada con gran detalle por la ley y la normativa reglamentaria que disciplinan su funcionamiento y el ejercicio de su actividad.

III. LA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL TERMINO PARTICIPACIÓN POR EL DE IMPLICACIÓN EN LA NORMATIVA COMUNITARIA

Se adelantaba, en un apartado anterior, que, con relación al término participación, quizás por su polivalencia no siempre exenta de confusiones y por buscar un termino que tenga un significado equivalente en los diversos idiomas de los países de la Unión Europea, se advierte una cierta tendencia a la sustitución de este término por el de «implicación». Así, al menos, parece desprenderse tanto de la doctrina italiana como de la española, pues se considera que los derechos de implicación a los que se refiere la Directiva 2001/86, de 8 de octubre de 2001, que completa el estatuto de la Sociedad Europea relativa a la implicación de los trabajadores, son los que se denominan bajo el término participación, puesto que se trata de los derechos de información y consulta y de los derechos que se atribuyen a los miembros de los consejos de administración y vigilancia.

Ciertamente, el articulado de la mencionada directiva recoge, respecto a los llamados derechos de implicación, por una parte, las disposiciones sobre las facultades de información y de consulta de los representantes de los trabajadores (forma indirecta de ejercicio por los trabajadores de estas facultades) y, por otra, las relativas a la facultad de los representantes de los trabajadores de incorporarse a los consejos de administración o vigilancia de las Sociedades Europeas, si bien, expresamente, sólo esta última facultad de implicación es definida por la norma como participación de los trabajadores. De ello, puede deducirse, en nuestra opinión, que la norma comunitaria califica directamente las facultades de información y consulta como facultades no de participación, sino de implicación, reservando el término participación únicamente para la facultad de los representantes de los trabajadores de incorporarse a los consejos de Administración o vigilancia, aunque también, a su vez, sea considerada como de implicación. Facultad esta última que, como en su lugar correspondiente se ha expuesto, permite a los trabajadores compartir con el empresario las tareas de gestión y que, por tanto, es calificada como facultad de cogestión, (cualificada o simple, dependiendo de su intensidad), o también, según se mire, de codecisión, pues la línea divisoria entre ambas no es siempre suficientemente nítida. No obstante, a nuestro modo de ver, parece que esta facultad pertenece más a la esfera de la cogestión —en la que un mismo

órgano formado por representantes de las dos partes adopta una decisión, fruto de una única voluntad, compuesta por la actuación conjunta de las distintas partes en él integradas— que a la de la codecisión —en la que la decisión normalmente es adoptada por el acuerdo alcanzado entra las voluntades de las distintas partes directamente o a través de sus correspondientes órganos—. Asimismo, también puede tratarse, seguramente, de una literalidad del texto sin más trascendencia conceptual que la de sustituir el término participación por el de implicación para referirse a diferentes facultades hasta ahora incluidas en la acepción o concepto amplio de participación, concretamente las de información, consulta, codecisión-cogestión. En cualquier caso, la utilización de un sustantivo distinto para aludir a todas o algunas de estas facultades puede incrementar más que reducir la polivalencia del concepto de participación; lo que no siempre es deseable ni conveniente, por la posibilidad de generar algún tipo de confusión jurídica.

IV. CONCLUSIÓN-RESUMEN

La polivalencia del término participación está presente desde el primer momento que es elegido para describir las posibilidades de los trabajadores de tomar parte en cada una las áreas que conforman la empresa: la propiedad, los beneficios y la gestión. Pero es, respecto a esta última, en la que, a su vez, cobra una mayor trascendencia, debido a que puede concebirse desde una perspectiva amplia o una perspectiva reducida. Desde una perspectiva amplia —inspirada, en gran parte, en la definición aceptada de participación, en el Seminario Patronal Internacional, OCDE; de 1975, según la cual, *«comprende todas las modalidades por medio de la cuales los trabajadores influyen en las decisiones que toma la dirección»*—, como se ha expuesto, se alude a las facultades que posibilitan a los trabajadores «asumir», «limitar» y «participar» la gestión de la empresa, directamente o a través de sus estructuras representativas. Con ello, se hace referencia, en definitiva, a un amplio número de facultades de contenido diverso que determinan el nivel máximo, el medio y el mínimo de participación, delimitado cada uno, respectivamente, por la facultades de autogestión o cogestión, de negociación y conflicto, y, en fin, de información, consulta y codecisión. Desde esta perspectiva, por tanto, se contempla la participación en la gestión interna de la empresa, como un género al que pertenecen diversas especies, y, solamente, desde este punto de vista, las estructuras de representación de los trabajadores que tengan atribuidas o ejerzan algunas de estas facultades podrán ser calificadas, genéricamente, como estructuras (de representación) de participación, sin que ello impida que, al mismo tiempo, puedan ser calificadas, en función de la facultades que específicamente tengan atribuidas o estén ejerciendo, como estructuras

(de representación) de autogestión o cogestión; de autotutela específica o sindicales, o de participación.

Desde una perspectiva reducida, en cambio, con el término participación se define una de estas especies, concretamente, aquella que incluye exclusivamente las facultades de información, consulta y codecisión; y, desde este punto de vista podrán ser calificadas, específicamente, las estructuras de representación de los trabajadores que tengan atribuidas estas funciones, como estructuras (de representación) de participación. Igualmente, el termino participación, referido a la gestión externa a la empresa, es concebido amplia o estrictamente, aunque, en la mayor parte de las ocasiones, se expresa en su sentido estricto y, en consecuencia, las estructuras o instancias que tengan atribuidas las facultades que lo definen pueden ser adjetivadas, en este sentido estricto, como estructuras o instancias de participación.

Por todo ello, quizás, el termino participación debería utilizarse en su acepción o sentido estricto; o, al menos, acompañado del adjetivo que determina la facultad que se puede ejercer (participación informativa; participación consultiva; participación condecisiva; Participación cogestora, etc.) a fin evitar de posibles confusiones. Sobre todo si se tiene en cuenta que existen, además, otros sustantivos para aludir a las demás facultades que integran el concepto amplio de participación (facultades de autogestión o cogestión; facultades sindicales o de autotutela específica).

Finalmente, la posible sustitución del término participación por el de implicación que parece estar operándose por la normativa comunitaria, aunque es prematuro saber realmente si se va a consolidar como sustitución completa o parcial —en tanto que solamente con este término se esté refiriendo las facultades de información y consulta, no así las de cogestión o codecisión que siguen denominándose facultades de participación—. Y puede suponer, quizás, un elemento más que contribuya a mantener la polivalencia del término participación. A no ser que el término implicación (aunque parece que se utiliza en el sentido amplio referido a la participación como genero y no como especie) se reserve, definitivamente, para identificar exclusivamente las facultades de información y consulta; y el término participación las facultades de codecisión e, incluso, cogestión.

Bibliografía consultada

ALONSO OLEA, M.: «Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues,* Madrid, 1971.

CAMPS RUIZ, L.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., SALA FRANCO, T.: *Fundamentos de Derecho Sindical,* Ediciones de la Torre, Madrid, 1977.

DE LA VILLA, L. E.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

GIANNI ARRIGO: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea», traducción de Gómez Álvarez, T., *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo,* Tecnos, Madrid, 2005.

MERCADER UGUINA, J.: «Las nuevas estructuras de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 57.

RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 84.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista de Política Social,* núm. 121.

STURMTHAL: *Consejos obreros,* Fontanella, Barcelona, 1971.

VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva,* La Sociedad Anónima Europea, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Comunicación a la Ponencia General

PARTICIPACIÓN FINANCIERA Y RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

ELÍAS GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

1. INTRODUCCION.—2. LA GOBERNANZA DE LA EMPRESA.—3. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA.—4. LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA.

1. INTRODUCCION

El título de la ponencia que sirve de justificación a la presente comunicación tiene la virtualidad de expresar de manera gráfica e indicativa el actual contexto en el que se inscribe la participación de los trabajadores. Dos aspectos básicos a subrayar: El gobierno de la empresa de un lado, y las nuevas formas institucionales. Todo en el escenario de los nuevos ámbitos productivos marcados por el postfordismo.

Desde la abolición del subsidio a los pobres en la Inglaterra de 1835, calificada por Karl Polanyi como la fecha del origen del mercado de trabajo, pasando por la revolución industrial, siguiendo por la influencia de Taylor y Ford en la demarcación de un modelo de organización productiva en el que trabajo (obrero masa) estaba sometido a la organización científica del trabajo y a la cadena de montaje, se pasa a la fase actual: Un contexto hegemonizado por un modelo de producción fijado por el consumo, donde los consumidores determinan el nivel y las características de la producción. En cada uno de los distintos episodios citados, la empresa ha alterado de forma significativa su organización y sus relaciones internas y externas perdiendo el trabajo su continuidad tradicional, haciéndose discontinuo, fragmentado y flexible.

En el más reciente, y aún vigente fordismo, las cosas parecían claras. Una realidad empresarial basada en otorgar relevancia a las competencias de los trabajadores, separar jerárquicamente el mundo de los que toman las decisiones y quienes las ejecutan, basar la eficacia en la parcelación y estandarización de las competencias, y como módulo de intercambio, habilitar la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Organizaciones rígidas y estables daban curso a acuerdos detallados, negociados y codificados como reglas estables.

El mundo seguro y estable pronto tuvo que enfrentarse a la variedad y dinamicidad de los mercados, a las nuevas tecnologías, a la competen-

cia y concurrencia de los mercados abiertos. La incertidumbre y el riesgo hicieron acto de presencia en la generalidad de las organizaciones productivas alterando su organización y la forma de ejecutar su trabajo. La propia naturaleza del conflicto y su solución sufrió una mutación, y de los juegos de suma cero en la promoción de la negociación entre empresa y sindicato, hubo de pasarse a la coincidencia de intereses y a la gestión eficaz y directa del trabajo.

Palabras como gobernanza, responsabilidad social de la empresa, o participación financiera, generalizaron su presencia en los circuitos del management político y empresarial. Dentro de la tradición anglosajona se partió desde un punto de vista pragmático, mientras que la tradición europea incorporó una nueva cultura formalizada a partir de una perspectiva moral e ideológica.

Lejos parecen estar las dos fórmulas magistrales acuñadas durante los años pasados: la democracia industrial y la democracia económica; la primera ubicada en el terreno de la participación sobre las decisiones relativas a la producción, la segunda dirigida a la distribución de los bienes sociales en la entera sociedad.

Más parece instalarse hoy una procedimentalización de las relaciones industriales, donde el Estado trata de promover la autonomía social de los sujetos, la capacidad de autorregulación, la canalización de los conflictos a través de esquemas neocorporativos de conciliación, desvitalizando la generalidad y abstracción de las normas, pasando del hard law al soft law, y abriendo nuevos canales entre poder y sociedad, todo ello en un nuevo proyecto que se instala entre el derecho de las posibilidades y el derecho de las necesidades [1]. En fin en el camino de una interiorización de los conflictos externos, que diría Teubner.

La vieja contraposición, ficticia a todas luces, entre participación y contratación colectiva, entendida la primera como asociación/integración y la segunda como cambio/autonomía, ha olvidado que la contratación es un método y la participación un objetivo.

2. LA GOBERNANZA DE LA EMPRESA

La teoría de la Gobernanza reconoce sus orígenes en el management anglosajón. Su construcción trata de dar respuesta, en fechas recientes, entre otras, a las condiciones específicas en que se desarrolla el capita-

---

[1] *Vid.* RODOTA, S.: «Diritto e diritti nell'era della globalizzacione», en S CARPONI, S.: *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali.* Guffré, Milan, 2001.

lismo estadounidense, donde los escándalos financieros, configuraron la necesidad de articular mecanismos de control para la protección de los accionistas. El vínculo jurídico del accionista con la empresa se resume desde hace tiempo, de manera sencilla en una serie de relaciones de naturaleza mercantil, cuyo formalismo se casa mal con la capacidad de decisión con que cuentan los gestores empresariales, por no hablar de la asimetría informativa con que cuentan unos y otros. Lograr asegurar la adecuación entre los objetivos perseguidos por los directivos empresariales y los intereses de los accionistas constituye el origen de las primeras reglas aplicativas sobre la gobernanza. Primero como formas soft law al estilo de la Ley Sarbannes-Oxley en Estados Unidos en 2002, más tarde y al hilo de casos como Credit Lyonnais, Enron, Vivendi y otros se ve acelerada la definición de reglas de conducta.

El ejercicio del poder y la gestión política de la empresa, entendida ésta como equilibrio de poderes entre aquellos que cuentan con el interés de su permanencia, llega a articular una forma tácita de asociación entre accionistas, ejecutivos, y trabajadores, así como otros sectores interesados a quienes se califica como stakeholders cuyo sentido es buscar una abierta colaboración para afrontar los riesgos económicos, sociales, financieros, políticos o de medio ambiente que implica toda actividad empresarial. Desaparecido el crecimiento sostenido y la estabilidad de la época fordista, incorporada a la lógica actual la fenomenología de las reestructuraciones y deslocalizaciones, aparecido el riesgo, se hace imprescindible su gestión, y en tal espacio la figura del trabajador cuenta con un espacio definido. Tal argumento genera una conexión disciplinar que vincula al Derecho del Trabajo, al Derecho Mercantil, así como otras ramas de las ciencias jurídicas y económicas, cuando no extrajurídicas, coadyuvando todas al éxito de la gobernanza.

En todo caso, dos versiones pueden deducirse, una normativa y otra instrumental. La versión normativa, tiene como objetivo los diversos tipos de portadores de intereses constituidos al logro de los fines de la empresa; la instrumental busca la tutela del valor del accionista, y de forma mas general la maximización del beneficio.

En el escenario de la gobernanza de la empresa, con relación a la figura del trabajador, conviene recordar que uno de sus instrumentos ha sido articular y potenciar las instituciones representativas del personal o su participación en los consejos de administración o vigilancia, hoy la cuestión del diálogo social encuentra una presencia específica, y unas de las versiones más ambiciosas a la par que menos desarrollada es la del método abierto de coordinación impulsado por la Unión Europea. También en el escenario citado cabe incluir la participación financiera en la empresa, si bien con perfiles más particularizados que exigen una especial explicación.

3. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

La polémica suscitada en los años cincuenta y sesenta sobre la responsabilidad social de las empresas parece haberse desvanecido definitivamente. Posiciones como la de Milton Friedman considerando como subversiva la doctrina de la responsabilidad social empresarial, al entender que ello supondría una restricción a su libertad de acción, incompatible con la finalidad de la maximización del beneficio, fue ya corregida por Daniel Bell al precisar que la empresa se define como una institución al servicio de la sociedad, de manera que ésta debe satisfacer las exigencias no sólo de los accionistas, sino también de los trabajadores y proveedores, así como de todos aquellos grupos sociales que se encuentren en continua interacción con la misma.

La empresa es hoy por su propia naturaleza una institución social, y consecuentemente sujeta a los cambios que se produzcan en la sociedad, asumiendo responsabilidades sociales frente a ella.

Se viene confirmando desde los últimos años que las acciones socialmente responsables que lleven a cabo los empresarios, reciben una contraprestación por parte de la sociedad en términos de mejora sustancial de la imagen pública de la empresa, e incremento del número de compradores de los productos o servicios que esta provee. En la actualidad, las empresas no sólo deben alcanzar el beneficio necesario para mantenerse dentro del mercado sino que también deben satisfacer una serie de presupuestos éticos en su comportamiento, cada vez más valorados por inversores y consumidores.

El Consejo Europeo de Lisboa celebrado en marzo de 2000 apeló a la responsabilidad social de las empresas, publicándose en Julio de 2001 un libro verde con el objeto de su fomento. En el estudio citado se llega a la consideración de que en la medida en que las empresas se enfrentan a los retos de un entorno en mutación se incrementa el convencimiento de que la responsabilidad social puede tener un valor económico directo, adquiriendo la condición de inversión y no de gasto, tal y como ha ocurrido con la gestión de la calidad.

Puede entenderse la responsabilidad social de las empresas como la voluntaria integración de las preocupaciones sociales en el conjunto de actividades, operaciones comerciales, y relaciones con sus interlocutores que se desarrollan en toda actividad empresarial. La responsabilidad supone ir más allá del cumplimiento de las obligaciones jurídicas, invirtiendo más en capital humano. Los efectos más evidentes de tal práctica son no sólo la posibilidad de una mejor administración de los cambios en la empresa, sino una mejora de la productividad.

Dos dimensiones pueden apreciarse en el desarrollo de la responsabilidad social: una externa, sustanciada en la integración de las empresas en su entorno, colaborando con los socios comerciales, proveedores, consumidores, garantizando el cumplimiento de las normas laborales y la lucha contra la corrupción; otra interna, relativa a la salud y seguridad, las prácticas responsables de contratación, y el aprendizaje permanente. Como mecanismo necesario en el desarrollo de la responsabilidad social resulta imprescindible realizar informes y auditorias sobre su ejecución como ya ocurre en algunas empresas multinacionales.

No parece que pueda desestimarse que la concepción armónica de la empresa sea ajena a la figura de la responsabilidad social de la empresa, lejos por tanto de la naturaleza conflictiva de la misma, pero ambas posiciones nunca han dejado de estar presente, con distintas variables, en la propia historia del Derecho del Trabajo. No obstante lo anterior conviene perfilar algunas de sus pecularíedades atendiendo a su origen y evolución más reciente.

La integración de todos los factores que intervienen en el interés sobre la empresa, otorgándoles una finalidad común tuvo su origen en el mundo anglosajón proyectándose con posterioridad a la vieja Europa. En uno y otro caso con fundamentos diferentes, pero con finalidades sustancialmente próximas. Una combinación de las teorías neoinstitucionalistas de la empresa, la aplicación de la teoría de los juegos, y el contractualismo de matriz rawlsoniano, la reducción de la presencia del estado en la economía, el fracaso de la ingeniería social, son entre otras las causas de la aceptación de incorporar la gobernanza en la empresa, todo ello con el objeto de hacerla eficiente en el proceso de transición de la economía y la empresa. Un nuevo contrato social en la empresa, un nuevo equilibrio cooperativo buscado en un nuevo marco competitivo donde la extensión de los intercambios supera los espacios nacionales abriendo la competencia entre distintos sistemas y modos de producción de empresa.

Las experiencias más recientes en Europa pueden calificarse como desiguales. Dinamarca, el Reino Unido, Francia o Alemania han incorporado distintas variables de la misma y con distinto peso como contenido. Ejemplos como la obligatoriedad del balance social en las grandes y medianas empresas que la legislación francesa contempla, o la obligación de dar cuenta de la política inversora de los fondos de pensiones que se hace necesario en Gran Bretaña y Alemania, hasta la creación de un Ministerio de la Responsabilidad Social en el Reino Unido expresan el interés real sobre el fenómeno.

De otro lado, a escala internacional, la ONU, OIT, y OCDE han adoptado distintas iniciativas: en el año 2000 la ONU «Global Com-

pact», la declaración tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social de la OIT en sus versiones de 1977 y 2000, así como los principios directivos para las empresas multinacionales declarados por la OCDE en 1976, 2000 y 2004. A todo ello cabe añadir la multitud de Códigos éticos existentes.

En otro orden de consideraciones, y referido al ámbito europeo, conviene recordar que el Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 24 de marzo de 2006 ha destacado asimismo la contribución potencial de las empresas mediante la responsabilidad social corporativa, y acogiendo con satisfacción las recientes comunicaciones de la Comisión sobre este particular.

La responsabilidad social de la empresa en su formulación jurídica entraña la aceptación de su voluntariedad, es decir no comporta obligaciones jurídicas concretas, formalizándose pues a través de códigos de conductas y protocolos, pudiendo en muchos casos ser considerados como complementos de las normas mismas. La apreciación anterior permite habilitar a la contratación colectiva como espacio idóneo para su materialización estrictamente jurídica, y por tanto normativa. La contractualización de la responsabilidad social de la empresa desnaturalizaría pues la versión primigenia de su origen, convirtiéndose en un sistema formalizado del gobierno de la empresa.

4. LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA

La tradicional conexión entre la cuantía del salario y el tiempo de trabajo parece haberse fracturado. La veterana fórmula mediante la que jornada y categoría profesional determinaban el nivel de remuneración en las distintas formas de organización productiva de la empresa, no encuentran ya acomodo en las nuevas unidades productivas [2].

---

[2] Aun no existiendo ni Reglamentos ni Directivas que contemplen de manera precisa la cuestión, sí existen indicaciones sobre la misma. Tal es el caso de la recomendación del Consejo de 1992 (n. 92/443), así como varios estudios oficiales y Comunicaciones: La primera comunicación es de 20 de junio de 2001 [Política social y del mercado de trabajo: una estrategia de inversión en la calidad, COM (2001) 313]; la segunda es de 5 de julio de 2002 [Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Región: Marco para la promoción de la participación financiera de los trabajadores dependientes, Bruselas, COM (2002) 364]. Dos informes más han de ser tenidos en cuenta: PENDLETON, A.; POUTSMA, E.; OMMEREN, J., BREWSTER C.: *Employee share ownership and profit-sharing in the European Union, European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions,* Office For Official Publications Of The European Communities, Luxembourg, 2001, y también por parte de la European Foundation for the Improvement of Living and Working conditions, Recent trends in employee financial participation in the Eu, Office for Official Publications of the

Bien es cierto que la organización tradicional de la empresa supo modificarse hace años al incorporar como se ha dicho los métodos de producción tayloristas y fordistas, descomponiendo y fragmentando el trabajo en distintas unidades, para después hacer lo mismo con el salario. La retribución asumió así una estructura compleja, donde los complementos por cantidad, calidad, o productividad, entre otros, encontraron su asiento.

No obstante, la noción tradicional de la duración de la jornada, tanto en su dimensión diaria, como semanal o anual, ha mantenido su vigencia hasta fechas relativamente recientes. La sirena de la fábrica definió el tiempo del trabajo y del descanso, como en otro tiempo lo hicieron las campanas marcando el tiempo de oración y el de trabajo. En el momento presente contratos a tiempo parcial, distribución irregular de la jornada anual de trabajo, así como distintas fórmulas contractuales han venido a dar una vuelta más de tuerca a la estructura salarial nacida en los años sesenta y setenta, donde tiempo de trabajo y producción se conciliaban en determinar la cuantía salarial.

El tiempo de trabajo en el contexto indicado, constituyó paradójicamente un mecanismo tradicional de flexibilidad del salario: la suspensión o reducción de la jornada para las situaciones de crisis adaptaban los costes a las exigencias de la producción, y las horas extraordinarias servían como modo de incrementar la retribución ante la exigencia de una mayor producción, ajustándose en ambos casos costes y manufactura.

En la organización científica del trabajo proclamada por el taylorismo, el sistema de remuneración se basó en el salario diferencial por piezas, penalizándose o premiándose según llegaran a alcanzarse o no los niveles de rendimientos considerados como normales. Se producía así una individualización del rendimiento, donde el trabajo en equipo quedaba marginado. Con el sistema implantado por Ford, vino a establecerse un incremento salarial por la hora de trabajo en concepto de participación en las ganancias de las que eran acreedores los asalariados que tanto con sus conductas en el interior o en el exterior de la empresa se hicieran merecedores de ella. Se configuraba así la tendencia hacia una retribución según el rendimiento individual programado, de acuerdo con un determinado ritmo laboral en el puesto de trabajo, y ello en aras de un modelo organizativo basado en la producción en masa.

El anterior reinado entró en crisis cuando fueron constatadas las limitaciones del modelo de desarrollo industrial, y como alternativa vino a proponerse la especialización flexible. Si la producción en masa requi-

---

European Communities, Luxembourg, 2001. Añadir igualmente de la Comisión Europea: Commission staff working paper: Financial participation of employees in the European Union, Brussels, 26-7-2001, SEC (2001) 1308.

rió trabajadores semicalificados en la producción de bienes estandarizados; la flexible, se basaría en trabajadores calificados y plurifuncionales que elaborarían una variedad de productos diferenciados, utilizando para ello maquinaria, también flexible, de contenido microelectrónico.

Producción masiva en grandes series y especialización flexible se convierten así en los modelos de referencia. Frente a la producción en serie, la alternativa vino a ser la producción diversificada, con lo cual resultaba necesario incorporar a la empresa una especialización dúctil, que pudiera adaptarse a las tendencias del mercado.

La empresa había de ser capaz por tanto de utilizar maquinaria y equipos plurifuncionales. La especialización flexible, significaría: sustituir las economías de escala por las economías donde se abandonará la producción de bienes estandarizados, buscándose una variación cada vez mayor de los productos, produciéndose pequeñas tiradas, en unidades productivas flexibles, y dedicadas en cada caso a la creciente diversidad de los círculos de clientes.

Había de utilizarse por ello nueva tecnología, contratar trabajadores que aportaran inteligencia a los procesos productivos, utilizar los mecanismos de subcontratación de mano de obra para aquellas actividades consideradas parte no esenciales del negocio principal del contratista, y materializar la reunión de empresas en redes, como mecanismo para obtener un valor añadido a través de la cooperación tecnológica.

Las exigencias del mercado y la competencia en el mismo, van a producir a tenor de lo expresado con anterioridad, y entre otras cosas, la fragmentación de jornadas, y horarios, así como la distribución de la actividad productiva a lo largo del año. De la estandarización de las jornadas se pasará a la heterogeneidad y segmentación de las mismas, ocurriendo que la programación tradicional de los tiempos de trabajo tendería a su desaparición.

Quebrantada la vinculación de la jornada con el tiempo de trabajo, sobre todo en el emergente sector servicios, y marcada la tendencia a la reducción del peso del trabajador semicalificado en los procesos productivos más dinámicos, sustituyéndole por personal cualificado, llega desintegrarse la correlación mediante la cual, jornada y categoría profesional determinaban el nivel de remuneración.

Desaparecida la noción de que el tiempo de trabajo es el elemento determinante de la retribución, puesta en entredicho la práctica mediante la cual la productividad en el trabajo llegaba a imponerse a trabajadores cualificados mediante la aplicación de las reglas disciplinarias; y que los ritmos de trabajo, en la organización científica, se incrementaban mediante la contratación especifica por resultados, o los acuerdos sobre

destajo, se abrieron toda una serie de experiencias sobre el modo de remuneración.

Un breve y sintético esquema evolutivo permite apreciar los cambios en las técnicas de retribución a las que con anterioridad nos hemos referido:

1.º Retribución por tiempo de trabajo.

2.º Retribución a destajo. Representa el modelo más tradicional de remuneración con incentivos en el contexto del trabajo manual. En su estado puro, hoy queda reservado a unidades productivas con baja intensidad de capital y limitado valor añadido. Sin embargo puede constatarse en la actualidad un destajo multifactorial, donde llegan a integrarse variables tradicionales y otras nuevas, como es el caso más reciente del acuerdo obtenido en la planta central de Volkswagen en Wolfsburg (Alemania).

3.º Retribución por rendimiento, introducida por la organización científica del trabajo, mediante ella se incorporan salarios variables según el puesto de trabajo, y tomando en consideración la cantidad producida.

4.º Retribución según el mérito, midiendo la aportación del individuo y la calidad aportada por él.

5.º Retribución por objetivos, valorando el rendimiento, así como la motivación del individuo, y asignando a él, o al grupo respectivo, la remuneración que le pudiera corresponder al conseguir la finalidad determinada.

6.º Retribución según las competencias, tomando en consideración la formación, las responsabilidades y las tareas, pretendiendo con ello compensar fundamentalmente el valor de la persona contratada.

7.º Retribución mediante la asunción de los riesgos de la empresa en el mercado por parte del trabajador, ya sea en la fórmula de participación en beneficios, o en el capital de la empresa.

Toda la evolución anterior tiene sus raíces: de un lado, en la necesidad de utilizar distintas técnicas motivadoras del trabajo, evitando la utilización de criterios autoritarios, de difícil aplicación a trabajadores con alto nivel de formación y responsabilidad; y de otro, debido a las transformaciones sufridas en la organización de la empresa donde muchas de las operaciones que se realizan comportan diversos grados de responsabilidad y capacitación.

Sin embargo tanto en el presente como en el pasado, la cuestión ha sido dilucidar el precio del trabajo, o quizás su valor, aspirándose en la

actualidad unirlo al de la empresa. Sabemos que hoy día el valor determinante de una organización productiva no es sólo su productividad, sino su rentabilidad y que ésta no es una variable dependiente de la productividad.

No todo crecimiento de la productividad lleva necesariamente a incrementar la rentabilidad. Sólo cuando el mercado atrae toda la producción, y por tiempo indefinido, puede hablarse de una relación directa entre productividad y rentabilidad, en caso contrario, ocurrirá que a mayor productividad menor será la rentabilidad. En todo caso en un contexto ideal donde la situación financiera es permanentemente estable y saneada, con expectativas igualmente estables del mercado, la mejora de la productividad sí puede generar mayor rentabilidad.

Las razones aducidas permiten considerar por lo tanto que ante escenarios donde priman mercados altamente competitivos y fluctuantes, las organizaciones productivas, en todos y cada uno de los elementos que la componen, deben de contar con la elasticidad necesaria para su adaptación inmediata a los cambios, y tanto el salario como la jornada de trabajo no escapan a las consideraciones hechas con anterioridad.

Los nuevos modelos organizativos en una dirección opuesta a los requerimientos tayloristas, han valorado significativamente la calificación y competencia profesional en su vertiente individual y colectiva, los conocimientos, y por tanto la autonomía en el trabajo. Se trata así de adaptarse a un mercado globalizado, donde gran parte de los presupuestos empresariales y sindicales tradicionales han de modificarse con el objeto de poder mantener estructuras productivas con capacidad de competencia.

En tal situación se han venido abriendo distintas fórmulas que tratan de establecer la más eficaz forma de contrapartida remuneradora del trabajo, o del producto realizado por los trabajadores, contextualizadas todas ellas en lo que se denomina empresa flexible.

La declaración mediante la cual se afirma que el salario retribuye el trabajo, no deja de ser una sencilla formulación donde puede apreciarse la omisión de la pluralidad de perfiles que dan cuenta de la institución salarial. El salario puede representar el valor que el mercado determina para la fuerza de trabajo, o asimismo puede aceptarse que en su valor mínimo, se corresponde con el nivel básico de subsistencia, articulándose tradicionalmente los sucesivos y mayores niveles retributivos sobre la primaria cuantía salarial.

En la empresa flexible, ya sea ésta de grandes, medianas, o pequeñas dimensiones, se tiende a una más amplia extensión de las funciones que corresponden a cada uno de los puestos de trabajo, vinculando tal

esquema a una reducción del número de tramos salariales. Se trata de incentivar pues la adquisición de cualificaciones suplementarias, así como nuevas exigencias profesionales como puede ser el espíritu de colaboración, el sentido de la responsabilidad, o las aptitudes en el proceso de toma de decisiones, tratándose igualmente de establecer suplementos salariales sobre la base de los resultados o las mejoras incorporadas con el trabajo.

No se trata consecuentemente de relacionar el salario con la jornada, la calidad, o la cantidad de trabajo individual, sino con la productividad, rentabilidad, y competitividad de la empresa, retribuyendo la colaboración de los asalariados en tal sentido. El interés así es consolidar la eficiencia y los resultados empresariales como cultura de la empresa, sometiendo todos los parámetros de actuación a la propia precariedad de la actividad empresarial en el mercado. La precariedad en tal contexto debe entenderse no como la incertidumbre sino como estímulo constante para consolidar las posiciones presentes y proyectar los nuevos objetivos en el futuro.

En la empresa flexible se trata de romper con la estructura salarial tradicional caracterizada por su uniformidad, y determinada en función de la categoría profesional, incorporando sistemas retributivos basados en un componente fijo basado en las competencias y conocimientos, y un componente salarial variable relacionado con el rendimiento logrado por el trabajador, tratando con ello de vincular los costes salariales a lo aportado en la actividad productiva.

Es sabido que la estructura salarial más habitual cuenta con una parte fija y otra variable. La retribución fija es aquella parte de la retribución percibida de manera constante durante la vigencia del contrato de trabajo y que sirve como referente de la retribución variable.

La retribución variable asume distintas funciones: Acomodar la retribución a las condiciones del mercado, o diferenciar los distintos niveles de la organización así como las distintas funciones atribuidas en cada uno de ellos.

Se entiende por retribución variable aquella parte de la retribución que se modifica de acuerdo con el rendimiento o el resultado.

La retribución variable responde a un doble objetivo: de una parte, establecer una parte de la retribución liberada de dependencias y vinculaciones jurídicas que consoliden la estabilidad salarial; de otra, introducir una cuota salarial vinculada a la productividad y funcionalidad de la empresa. Sirve en consecuencia para integrar los distintos intereses existentes en la organización, para fortalecer la colaboración en la organización, para restringir la consolidación de las retribuciones percibidas,

para flexibilizar y adaptar el salario al mercado, y para organizar la empresa por centros de beneficios.

Sus modalidades son varias: Por acto único y en función de resultados extraordinarios, según ventas comerciales, según actividad producida o unidades producidas, según rendimiento, por objetivos individuales o colectivos, por participación en beneficios, por participación en una mejora productiva colectiva a partir de unos mínimos establecidos (Gaing Sharing), o por retribución variable a largo plazo (Stok Options), donde se puede favorecer la retención de profesionales y su adhesión a intereses empresariales.

Un sistema retributivo flexible puede ser instaurado a partir de la propia cultura de la empresa y de sus cualidades. Si la empresa se concibe como un espacio de convergencia de intereses, los modelos participativos dirigidos a valorizar los recursos humanos en la gestión de la empresa, constituyen el mejor mecanismo de retribución. En caso contrario resulta más oportuno establecer modelos retributivos atendiendo al resultado, e incentivando por tanto los comportamientos individuales.

En cualquier caso el sistema retributivo puede ser innovativo o defensivo: el primero, tratará de establecer una aproximación de las posiciones individuales o del grupo en el sentido de la dirección, y con la finalidad de proceder a una eficiencia organizativa que redunde en una mejor posición competitiva de la empresa, mediante su capacidad de adaptación a los cambios internos y externos, habiéndose de tener en cuenta que para ello se requiere la participación, compartiendo los asalariados el destino de la empresa, así como el riesgo, lo que exige transparencia y políticas salariales que tiendan a la transformación de la parte fija del salario en variable, siempre basadas en objetivos claros.

El modelo defensivo, trata de buscar la contención del precio del trabajo de acuerdo con la posición de la empresa en el mercado, para ello los mecanismos salariales aplicables han de lograr la recuperación de niveles de productividad mediante incentivos de tipo monetario de naturaleza individual o colectiva, si bien en otros casos se trata de vincular la remuneración a los resultados económicos, o en fin, establecer sistemas remuneratorios reversibles de acuerdo con las capacidades de la empresa.

Otra fórmula puede tratar de introducir un sistema retributivo flexible optando por estimular la participación en la empresa, o tener como finalidad ser un instrumento para la obtención de resultados. Ambas opciones responden a fundamentos diversos, y atienden a planteamientos estratégicos diferenciados de la empresa. En uno de los casos la flexibilidad salarial se dirige a la consecución de un robustecimiento del capital humano, en el otro lo que se pretende es la obtención de mejor

posición competitiva sobre la base de la disminución del precio del salario por unidad de producto, mejorándose así la competencia en el mercado.

Estimular la participación significa, en las empresas más innovadoras, asignar al factor humano, al conocimiento, y a su capacidad de aprendizaje y adaptación, el elemento fundamental de la competitividad y de la creación de riqueza.

Desde otra perspectiva, cuando lo que se pretende es exclusivamente la consecución de resultados, la práctica anglosajona ha venido configurando varios modelos de flexibilidad salarial:

1.º Premiar el incremento de la prestación, o la consecución de objetivos mediante incentivos de naturaleza individual o colectiva. (productividad). Tal es el caso de:

a) La retribución por objetivos, que trata de integrar las necesidades de la empresa con las del individuo, beneficiando a ambos y creciendo según las necesidades de cada uno. Los objetivos pueden ser globales, sectoriales, o individuales, o integrar a todos, siendo necesaria su evaluación. Se genera así, una dirección participada donde la colaboración es esencial, un estímulo personal, se faculta una organización descentralizada mejorando el control, y en fin se permite una mayor permeabilidad en los ascensos aclarando los distintos potenciales existentes en la organización.

b) Gaing Sharing, concebido como un modo de participación en las mejoras de la productividad colectiva, al constituirse una bolsa para su reparto entre la empresa y sus empleados, integrada con los ahorros obtenidos a causa de la mejora de la productividad, y según estándares previamente pactados. Con tal técnica se genera un entorno cooperativo, se prima a la organización y al grupo, favoreciendo el trabajo en equipo, se hacen transparentes las ventajas, y se estimula la mejora continuada.

2.º Premiar mediante el otorgamiento de una determinada cuantía salarial en función de los beneficios empresariales (compartir riesgo).

a) Profit Sharing como forma de participación en los beneficios mediante la distribución de un porcentaje del beneficio empresarial, en tal caso se genera la reducción de los costes salariales fijos, se facilita las transiciones organizativas, se produce una identificación con la empresa, estimulándose el trabajo en equipo.

3.º Cabe premiar, pero en una consideración distinta a la indicada en el número anterior, según la rentabilidad de la empresa, y de acuerdo con criterios variables, entre los cuales destacan las vías de participación financiera.

La participación financiera genera especiales ventajas y funciones, entre otras: Incentiva la productividad y refuerza la vinculación a la empresa, complementa o sustituye el sistema de protección social, flexibiliza los cambios en la titularidad de la empresa ante situaciones de crisis, privatizaciones o simples alteraciones en los intereses de los accionistas (Compañías aéreas), es un instrumento incentivador para asumir la copropiedad de la empresa por parte de los trabajadores con carácter preferencial a la venta a competidores que tienen como objetivo el cierre de la empresa, o la localización en otro espacio geográfico, es un sistema mediante el cual dentro de las empresas carentes de accionistas mayoritarios, pueda resistirse la compra hostil de acciones, se configura como técnica de distribución del mercado frente a acusaciones de posiciones de monopolio, siendo sus variedades múltiples, algunas de ellas son:

a) Stock appreciation rights/SAR, concebido como derecho a la apreciación de acciones mediante una gratificación periódica vinculada a la evolución del precio de la acción.

b) Phantom stock awards, que toma la forma de gratificación periódica establecida de acuerdo con una fórmula que contempla la evolución del valor de la empresa y que resulta preferentemente aplicables a trabajadores cuya capacidad productiva tenga reflejo en el incremento de valor de las acciones en bolsa. En todo caso se exigen mercados de bolsa donde la trasparencia y la estabilidad incentiven la inversión.

c) Profit Related Pay, para el presente supuesto la cuota flexible de retribución es liquidada en metálico. Concebido como un premio a la producción, unido a los resultados del balance. Dos pueden ser las variedades: una sobre una cuota porcentual de los beneficios; otra, mediante el establecimiento de una paga extraordinaria si se supera una cuota de beneficios previstos.

d) Stock options (opciones de adquisición). Las conocidas opciones sobre acciones otorgan a su titular el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender una determinada cantidad de acciones a un precio establecido antes de, o en, una fecha determinada. Entendidas las opciones de adquisición en la vertiente de participación del trabajador en la empresa, las mismas suponen conceder al tenedor el privilegio de comprar acciones de la empresa antes de una fecha especifica y a determinado precio, o bien ceder al tenedor acciones propias, o ajenas a la empresa, sólo liquidables a partir de determinada fecha.

La crítica que cabe realizar en el presente caso es que dado que el valor de las acciones no depende del esfuerzo de los trabajadores, sino del precio de las acciones, los beneficios obtenidos quedan al juego del mercado bursátil. Se encuadra por tanto el beneficio en el escenario

financiero, y no en el mercado en que se sitúa la empresa. Asimismo se generan plusvalías y no minusvalías, valorándose casi siempre el corto plazo, del mismo modo la fidelización que se pretende obtener se ubica en el plazo de compra, ocurriendo que transcurrido el mismo los tenedores de las acciones pueden aceptar OPAs hostiles también se dirigen en general mas al enriquecimiento de los directivos que al de los accionistas, pudiéndose producir por ello tensiones accionariales, y por último añadir, y por lo que se refiere a España, el régimen fiscal aplicable no favorece la utilización de las opciones sobre acciones.

e) Restricted stock, son estas acciones restringidas, percibidas en número variable cuando se cumplen condiciones preestablecidas. De similar contenido la Performance share awards, o acciones por desempeño, percibidas según los resultados periódicos de la empresa.

f) Tax reduction Act stock ownership plan (TRASOP). Las mismas posibilitan la distribución de un porcentaje de acciones de grandes sociedades. Como variedad, cabe referirse a la payroll-based stock ownership plan (PYSOP), donde puede contar la empresa, previa autorización de la Administración Financiera, con un crédito de impuestos proporcionado al valor de las acciones transferidas a los trabajadores.

g) Employee Stock Ownership Plants (ESOPs) (transferencia de acciones). En el presente caso se constituye un Trust que solicita un empréstito a la empresa o a una entidad financiera. El Trust, actuando como depositante o fideicomisario, emplea los fondos en adquirir y gestionar acciones de la sociedad por cuenta de los trabajadores, a quiénes se transfieren las mismas transcurrido un determinado número de años. El pago del empréstito, si hubiere existido, se puede realizar por la empresa, los trabajadores, o por ambas partes, pudiendo determinarse los porcentajes según tablas de productividad o rentabilidades.

h) Company Share Options o Save As You Earn Share Option. Se trata de un sistema mediante el cual la parte variable del salario se devenga en opciones.

Como se ha advertido, la retribución ha pasado de ser un instrumento exclusivo de pago del trabajo contratado para convertirse en un mecanismo que sirve para aliviar las tensiones de poder, organizar la empresa y los procesos productivos, introducir innovaciones tecnológicas, o configurar las políticas de personal, cuando no influir sobre el mercado de la contratación.

Desde tal perspectiva conviene distinguir siempre lo que es la cuantía del salario de lo que constituye la estructura el mismo, debiéndose de diferenciar los niveles contractuales donde se fijan cada uno de ellos, así como los distintos elementos que componen la estructura.

Asimismo es necesario determinar una política salarial con relación a los incrementos retributivos, ya que si tradicionalmente los aumentos del salario se veían condicionados por los niveles percibidos con anterioridad, atendiendo básicamente a la inflación, y adquiriendo su revisión una naturaleza automática, conviene subrayar para el caso de las primas, como éstas pueden ser puestas en cuestión en cada ejercicio según lo que puede fijarse en convenio colectivo.

No obstante ni los riesgos ni los beneficios deben afectar con la misma intensidad a todos los asalariados, debiendo existir fluctuaciones según el nivel de responsabilidad, de manera que según se baja en la escala la parte variable del salario será menor.

De igual modo no debe olvidarse la existencia de otras compensaciones con un valor monetario, pudiendo concretarse al respecto dos categorías, unas sometidas a los impuestos y a la cotización de Seguridad Social, y otras no; es éste el caso de las primas establecidas en forma de capital en la empresa, ya sea por la posibilidad de adquirir acciones a precio preferencial, contar con distintas fórmulas de participación financiera, bonos, o una serie de mejoras en la adquisición de productos de la casa o de sus colaboradores. También como es bien conocido existen fórmulas claramente extrasalariales: coche, tarjeta crédito, viajes, planes de pensiones, comidas, asistencia sanitaria, y otras.

Es sabida la tradicional tesis que proclama la tendencia a la centralización de la contratación colectiva en todos los episodios en que se constata una crisis económica u ocupacional, produciéndose el fenómeno inverso en las situaciones de alta coyuntura económica. Sin embargo desde hace más de una década, las innovaciones tecnológicas y organizativas que se han venido produciendo en la empresa, han erosionado la formulación líneas arriba mantenida, de forma que con independencia de la situación económica nacional la directriz fundamental reside en ubicar la negociación en el marco empresarial.

Las políticas salariales, las organizativas, y todas las que acompañan a la gestión empresarial, tratan de afincarse con la mayor autonomía posible en el escenario básico de la unidad productiva, tratando de convenirse, en la medida de lo posible mediante micro concertaciones en los centros de trabajo.

Como corolario de lo anterior, debe decirse que las experiencias mediante las cuales se tratan de incorporar nuevos criterio de remuneración en las empresas, eligen a éstas como ámbito exclusivo de aplicación.

Comunicación a la Ponencia General

EL ALCANCE DE LA PROMOCIÓN SINDICAL DE ELECCIONES (A REPRESENTANTES UNITARIOS) EN LAS EMPRESAS DE PEQUEÑAS DIMENSIONES

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RELEVANCIA DE LA PLANTILLA DE LAS EMPRESAS.—3. LA PROMOCIÓN ELECTORAL, PARTE INTEGRANTE DEL CONTENIDO ADICIONAL DE LIBERTAD SINDICAL.—4. DUDAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGITIMIDAD SINDICAL PARA LA CONVOCATORIA DE ELECCIONES EN LA EMPRESA DE TAMAÑO REDUCIDO.—5. LA SOLUCIÓN ARMÓNICA. LAUDOS ARBITRALES, RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—6. APUNTES SOBRE OTROS PROBLEMAS EN ATENCIÓN A LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA.—7. REFLEXIÓN CRÍTICA DEL ALCANCE REAL DE LA PROMOCIÓN SINDICAL EN LA MICROEMPRESA.

Resumen

Tradicionalmente se ha discutido la facultad de los sindicatos para promover elecciones a representantes unitarios en empresas de muy pequeñas dimensiones, debido a que la redacción del artículo 62.1 del TRET parecía cerrar todas las posibilidades de iniciación del proceso electoral a cualquier sujeto que no fuera los propios trabajadores y sólo *«si así lo decidían éstos por mayoría».* Son suficientemente conocidos algunos de los puntos débiles de nuestra legislación en la promoción de elecciones a representantes unitarios en empresas de entre 6 y 10 trabajadores, pues a ellos se ha referido la doctrina, las resoluciones judiciales, así como nos ha aportado recientes soluciones el Tribunal Constitucional. La comunicación que se presenta analiza aquellos supuestos, hoy solventados en sede judicial, pero también recoge otros, aun pendientes de resolver.

Esta cuestión permite también estudiar en el plano de la representación de los trabajadores los lazos existentes entre la representación unitaria y el derecho fundamental a la libertad sindical. No se puede olvidar que las llamadas *elecciones sindicales* son el único instrumento validado por la legislación española para medir el grado de representatividad de los sindicatos, de ahí el interés del sindicato en promover elecciones en este tipo de empresas de reducida plantilla, que representan un elevado porcentaje del tejido empresarial español.

1. INTRODUCCIÓN

La representación de los trabajadores en la empresa responde a una doble vía de representatividad, de un lado la sindical (también llamada externa) y de otro la electiva (conocida como interna). Esta división ya aparece en las normas de la OIT (Convenios núm. 135, 154 y Recomendación núm. 143), en ellas se muestra una clara inclinación a favor de los representantes sindicales frente a los electos. Dicha dualidad es trasladada con cierto paralelismo a las legislaciones internas, aunque con desigual intensidad. La participación de los trabajadores en la empresa, encuentra su asidero constitucional en un ambiguo artículo 129.2 de la CE. El le-

gislador ordinario concibe la elección de representantes de los trabajadores como una forma de participación a través de sus órganos (delegados de personal y comités de empresa), así lo expresa en el artículo 4.1.g) del ET y reitera a través del artículo 61 del ET sin perjuicio de otras formas. Es, por tanto, la representación unitaria un desarrollo parcial e incompleto del mandato constitucional que coexiste con la sindical u otras [1].

El predominio sindical que se da en otros países no presenta idéntica extensión en España, donde, por razones históricas y de otra índole, la representación unitaria ha ganado en los últimos cincuenta años un importante respaldo tanto de los trabajadores como de la legislación, que ha restado (en palabras de algunos autores) protagonismo a la representación sindical en el sistema de relaciones laborales diseñado. De todos es suficientemente conocida la figura del *jurado de empresa*, que a la postre supuso la primera apuesta en la empresa por incorporar una representación unitaria de los trabajadores, en aplicación del Reglamento de 1953 [2], así como la prohibición durante años de la presencia sindical en el seno de la empresa y en nuestro país, añadiríamos, la ignominia del sindicato libre.

Los vínculos históricos y el arraigo de los comités de empresa y delegados personal ha fraguado en un modelo en el que la representación del sindicato se liga con la representación electiva. Recordemos que la mayor representatividad del sindicato, o la simple representatividad, se mide tomando como parámetro el número de representantes unitarios o a los órganos de representación de las Administraciones públicas que obtuvo el sindicato en cuestión (arts. 6.2 y 7 de la LOLS).

Ello ha supuesto, de un lado, que las representaciones electivas se presenten fuertemente sindicalizadas, pues el sindicato, para medir su fuerza, necesita de la implantación en los comités de empresa y delegados de personal. No en vano su representatividad real se determina a través del criterio de la audiencia electoral (en atención a los representantes electos y no a los votos emitidos). De otro, que el disfrute de ciertas garantías y derechos que facilitan la acción sindical como el crédito horario en las pequeñas y medianas empresas sólo es posible si el sindicato alcanza puestos de la representación unitaria [3] (recuerde el

---

[1] A pesar de que el TC haya entendido que la representación unitaria es de creación legal, si se busca su sostén constitucional éste únicamente puede encontrarse en el mencionado artículo 129.2 de la CE.

[2] Aun habiendo precedentes legales anteriores en la época de la segunda República, éstos no fueron nunca operativos. Por otro lado, el Reglamento aludido era el desarrollo del Decreto de 18 de agosto de 1947.

[3] O, también, el disfrute de un local para reuniones en los términos del artículo 81 del ET, ya que la LOLS sólo se lo reconoce a empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores [art. 8.2.c)].

lector que para obtener un delegado sindical en la empresa o el centro de trabajo, se necesita que aquél ocupe a más de 250 trabajadores [4]).

El complejo engarce entre ambos canales representativos, derivado de la ligazón legal que refleja el ET así como la LOSL, ha supuesto que el avance de la representación sindical no pueda ser valorado por el incremento de sus competencias de las que, simultáneamente, fueran progresivamente desposeídos los órganos electivos. Este descenso será inferior en España [5] que en otros países que también han optado por el doble canal de representatividad como Francia, Italia, Portugal y en menor medida el alemán, debido a su fuerte sindicalización *ab origine* de la representación electiva [6]. El sindicato español precisa para su reconocimiento público de la representación unitaria, queda avalado a través de la elección y, consiguientemente, de su implantación en las representaciones unitarias de las empresas. Su presencia en dichos órganos resulta imprescindible para obtener la singular posición jurídica que las leyes confieren al sindicato de mayor representatividad. Desde otra lectura, en su mayoría los delegados de personal y comités de empresa son órganos que, necesariamente, están intensamente sindicalizados [7]. Lo que no deja de generar algunas disfunciones del proceso electoral debido a la subordinación, legalmente querida, entre representantes unitarios y representatividad sindical [8].

---

[4] Artículo 10 de la LOLS. Según los datos del Directorio Central de Empresas —DIRCE— en 2005 tan sólo un 0,18% de las empresas españolas cuentan con 200 o más asalariados, que en términos absolutos suman 5.498 empresas de los 3.064.129 que existían a principios de aquel año.

[5] Por ejemplo, la negociación colectiva o la gestión del conflicto (huelga) son actividades que en el seno de la empresa tienen reconocidas las representaciones unitarias sin que éstas hayan sido transferidas en exclusiva al sindicato o incluso, en otro orden de cosas, la concurrencia con el sindicato pero también con la propia Administración para la vigilancia y el control del cumplimiento de la normativa laboral. Ello supone para algún autor el reconocimiento legal de una *competición y emulación* entre representaciones electivas y sindicales, superponiéndose las competencias atribuidas a ambas, así OJEDA AVILÉS, A.: «La representación unitaria: el *faux ami*», en *RMTAS,* núm. 58, 2005, pp. 347 y 361. Quien critica esta situación proponiendo, además, la reordenación de las competencias entre los dos canales representativos, priorizando el sindical en detrimento de los delegados de personal y comités de empresa.

[6] El otro modelo, el de canal único, con monopolio sindical, es propio de los Estados de tradición anglosajona y junto con ellos podríamos incluir a los países escandinavos, en particular a Suecia. Por otro lado los países de la Europa oriental, recientemente integrados en la Unión Europea carecían de representaciones electivas.

[7] Hasta el punto que la sindicalización de la representación electiva, en ocasiones, se transluce en el propio *subconsciente* del legislador, por ejemplo, cuando el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores al referirse al comité intercentros (órgano de creación convencional) exige que se guarde la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.

[8] Así lo puso de manifiesto, entre otros, VALDÉS DE LA VEGA, B.: «Promoción de elecciones sindicales: un punto negro en el proceso electoral», en *La Ley-RL,* tomo I, 1992, pp. 437 y 449.

Sumado a ello la diferente intensidad de recursos, sobre todo personales[9], e instrumentos que el legislador pone en manos de unas y otras representaciones.

Sin embargo la representación unitaria al ser electiva es ajena al fenómeno de la afiliación sindical y se fundamenta en el derecho de todos los trabajadores a la elección de sus representantes. Representantes a los que se les reconocen derechos de información y consulta e incluso participación en la toma de determinadas decisiones, además de la negociación colectiva en el ámbito empresarial.

2. LA RELEVANCIA DE LA PLANTILLA DE LAS EMPRESAS

La existencia o no de representantes unitarios, así como el volumen de miembros del órgano electivo depende directamente del tamaño de la empresa o el centro de trabajo. También algunas de sus atribuciones como el crédito horario es proporcional, en número, a las dimensiones del centro de trabajo, al entender el legislador que serán distintas sus necesidades de dedicación. El resto de garantías así como sus competencias, no mensurables, son idénticas, sin importar la concreta plantilla de la empresa.

Configura una opción de política legislativa la decisión de elegir representantes sólo a partir de 11 trabajadores, y en su caso, con carácter voluntario, entre 6 y 10 trabajadores, dejando a las empresas de 5 o menos trabajadores fuera del modelo de representación unitaria. Las críticas doctrinales a esta decisión han existido (sobre todo si contrastamos nuestra norma con otros derechos comparados), otros autores, sin embargo, han justificado esta elección en cuanto la cercanía evita la necesidad de designar un representante, cuando el trabajador puede defender *vis a vis* sus posiciones, en directa confrontación con la empresa; la jurisprudencia interpreta que no se trata de un colectivo de cierta envergadura, argumentando que los problemas que surgen en los establecimientos de plantilla reducida están normalmente individualizados, sin necesidad de un representante. Algunos otros han defendido que el número mínimo es rebajable[10], si así lo habilitase el convenio colectivo,

---

[9] Sería suficiente con recordar que a partir de seis trabajadores es posible tener un delegado sindical (art. 62.1 ET), que con 50 trabajadores los miembros del comité de empresa serán al menos cinco (art. 66.1 ET), mientras que para la elección de un representante sindical la Ley exige que el centro de trabajo cuente al menos con 251 trabajadores (art. 10 LOLS).

[10] En contraposición con la mayoría —también apoyada por opinión la judicial, mantenida por el Tribunal Central de Trabajo— que interpretaba que la norma es de naturaleza imperativa absoluta y, consiguientemente, innegociable por convenio colectivo.

hasta cuatro trabajadores [11]. Finalmente hay quien propone que el espacio baldío provocado por la ausencia de delegados de personal sea cubierto por nuevas representaciones sindicales y por tanto externas, articuladas en torno al territorio [12] (probablemente la provincia).

La evolución del mercado y por ende de las empresas en las últimas dos décadas tienden a reducir sus plantillas, probablemente ello se deba a la descentralización productiva o a la externalización, pero no sólo y en exclusiva a este fenómeno. Únicamente la industria conserva, proporcionalmente, un tejido de empresas de dimensiones medianas que superan los 20 asalariados (si bien, en términos porcentuales la cifra representa el 9,3% de las empresas de este sector de actividad), mientras en el sector servicios y comercio predomina la empresa de menos de dos trabajadores.

Al acercarnos a los datos estadísticos de las empresas españolas contemplamos la intensidad de la empresa de muy pocos asalariados, la suma de empresas sin asalariados y con algún trabajador (hasta dos) roza el 80% del tejido empresarial español. Si a estas empresas sumásemos las empresas con 3 a 5 trabajadores y entre 6 a 9 asalariados descubriríamos que reúne un 94 % del total de nuestras empresas. En fin, si sólo nos referimos a las empresas con asalariados, las que emplean entre 1 y 2 trabajadores suponen el 57%, añadiendo a aquéllas las empresas de hasta 9 asalariados representan el 87,7% de empleadores que dan trabajo por cuenta ajena. Además en las últimas décadas crece significativamente el número de *microempresas*; por ejemplo, desde 1999 a 2005, hemos pasado de 101.717 a 145.443 empresas de 6 a 9 trabajadores, de 235.131 a 310.784 empresas de entre 3 y 5 asalariados, por último en ese periodo han aumentado de 648.771 a 850.367 las empresas con 1 ó 2 trabajadores [13].

---

[11] Con esta opinión, Rodríguez Ramos, M. J. y Pérez Borrego, G.: «Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios», Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 90, también en «Elecciones sindicales doctrina de los tribunales y jurisprudencia tras la reforma de 1994: nada nuevo bajo el sol», en *AS,* vol. V, 1998, pp. 1207 a 1232, así como en «Las elecciones sindicales en la empresa y el centro de trabajo», Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 40.

[12] Algunos convenios colectivos han incorporado a las federaciones sindicales como garantes del convenio o atribuyéndoles otras competencias propias de la representación de los trabajadores, sustituyendo a la representación unitaria de los trabajadores donde ésta no exista, *vid.* Sáez Lara, C.: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 58, 2005, p. 326 y ss.

[13] Se trata de datos suministrados por el INE, que forman parte del DIRCE, pueden consultarse en http://www.ine.es/inebase/. De 1999 a 2005 el censo empresarial crece de 2.518.801 a 3.064.129. Si observamos las cifras referidas a las empresas que no tienen trabajadores a su cargo, descubriremos que se trata de la mitad de las empresas españolas, de ellas se calcula que entre un tercio y la mitad podrían ser autónomos dependientes (económicamente). Para la figura ya se está iniciando la redacción de un proyecto de Ley

3. LA PROMOCIÓN ELECTORAL, PARTE INTEGRANTE DEL CONTENIDO ADICIONAL DE LIBERTAD SINDICAL

La iniciación del proceso electoral a representantes unitarios en principio estaría reservada a los sujetos que menciona el artículo 67.1 del ET y con las limitaciones que aquel precepto contiene. Sin embargo, el desarrollo legal del derecho de libertad sindical que reconoce la promoción de elecciones como medida de acción sindical forma parte del llamado *contenido adicional* del derecho constitucional del artículo 28.1 de la CE [14].

Por otro lado, la mencionada facultad no se otorga a cualquier sindicato sino sólo a unos determinados sindicatos, quiénes ostenten la condición de representativos, bien por que lo sean en su condición de sindicatos más representativos [arts. 6.3.e) y 7.1 de la LOLS], bien en atención a su representatividad en un ámbito territorial y funcional específico, siempre que alcance, al menos, el 10% de representantes unitarios u órganos correspondientes de las Administraciones Públicas [art. 7.2 de la LOLS]. El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre ese reconocimiento sólo a algunos sindicatos y en sus sentencias 39/1986, de 31 de marzo, 104/1987, de 17 de junio, 9/1988, de 25 de enero, 57/1989, de 16 de marzo, 164/1993, de 18 de mayo, 1/1994, de 17 de enero, 95/1996, de 29 de mayo o 76/2001, de 26 de marzo, ratificó la decisión del legislador de limitar la promoción de elecciones a los sindicatos representativos. Con anterioridad ya había sentado los criterios para que si se fijaban posibles diferencias entre sindicatos éstas se sustentasen en razones objetivas, proporcionadas y razonables; no permitiendo distinciones de carácter arbitrario [15].

(mandato de la DA 69.ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, que aprueba los PGE para 2006), sobre la representación colectiva, los criterios de medición de la representatividad de las asociaciones de autónomos en atención a la implantación suficiente en un ámbito territorial determinado que apunta el borrador son: la afiliación, la actividad de desarrollada, los pactos colectivos en que participen, la presencia de sedes en su ámbito de actuación, los recursos económicos disponibles a efectos del desarrollo de su actividad y cuales quiera otros criterios de naturaleza similar de carácter objetivo. Otros problemas adyacentes consistirán en deslindar las funciones del sindicato, plantear una reforma LOLS que incluya a esta nueva categoría del trabajador autónomo dependiente dentro de su ámbito sin restricción de derechos o, quizá, la preferencia por asociaciones constituidas para la defensa de sus intereses.

[14] Son muchas las resoluciones en las que el Alto Tribunal nos recuerda que dentro del contenido adicional de la Libertad Sindical (que completa el texto constitucional mediante los convenios internacionales y la legalidad interna infraconstitucional que configura aquel derecho) se enmarca la promoción de elecciones. Ver, por todas, SSTC 51/1988, de 22 de marzo, 30/1992, de 18 de marzo o 76/2001, de 26 de marzo.

[15] Por todas, las SSTC 98/1985, de 29 de julio, doctrina reiterada en SSTC 32/1990, de 26 de febrero y 228/1992, de 14 de diciembre. La LOLS recoge determinadas facultades y competencias sólo al sindicato más representativo, en el artículo 6.3, que son

Se valida así la decisión de la LOLS de que el derecho a promover elecciones sea un derecho restringido a determinadas organizaciones sindicales, los sindicatos que ostenten (mayor o suficiente) representatividad, pues se trata de un criterio objetivo de diferenciación entre organizaciones sindicales, y lo compatibiliza con el derecho fundamental a la libertad sindical. Ya que sólo el contenido *esencial* de la libertad sindical (que comprende el reconocimiento a la negociación colectiva, el derecho de huelga y el planteamiento de conflictos colectivos) resulta inalterable, mínimo e indisponible, para cualquier sindicato. No sucede lo mismo con el contenido *adicional*, de configuración legal, que podrá modularse en atención a principios de representatividad siempre que se aparte de consideraciones discriminatorias, no sea desproporcionado e irrazonable. Por ello el Tribunal recuerda que limitar a unas organizaciones sindicales la legitimación promocional de las elecciones no puede significar alterar el derecho de cualquier sindicato a presentar candidaturas en el proceso que se abre, de modo que para estos sindicatos su presencia activa se reduciría a la participación en el desarrollo electoral.

En fin, que la decisión de la promoción de elecciones se atribuya, entre otros sujetos —como luego veremos—, al sindicato representativo ha sido una opción de política legislativa. El legislador quiso encastrar la mencionada ventaja dentro del derecho de libertad sindical, debido, probablemente, a que el grado de representatividad sindical se obtiene directamente del criterio de audiencia electoral.

4. DUDAS INTERPRETATIVAS DE LA LEGITIMIDAD SINDICAL PARA LA CONVOCATORIA DE ELECCIONES EN LA EMPRESA DE TAMAÑO REDUCIDO

Las empresas o centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores elegirán a sus representantes de acuerdo con los criterios que marca el artículo 62.1 del ET, de modo que la figura del delegado de personal aparecerá o no en atención a la propia decisión mayoritaria de los trabajadores [16]. Desde su primera redacción el artículo 62.1 del ET permitió la

---

extendidas al sindicato simplemente representativo, por el artículo 7.2, en atención a sus umbrales de representatividad en un ámbito funcional y territorial específico. Entre ellas la promoción de elecciones. Un análisis temprano de esta cuestión de la diferenciación sindical y la concesión de privilegios en atención a la representatividad del sindicato en CASAS BAAMONDE, M. E.: «La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión», en *La Ley-RL,* tomo II, Madrid, 1988, pp. 345 a 353.

[16] Nótese la diferencia de esa redacción con la que aparece en 1995 en el artículo 34 de la LPRL, que viene a entender, implícitamente, que las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores poseen representantes. Pues atribuye a éstos los

elección de un delegado de personal a partir de seis trabajadores en los términos arriba expuestos, si bien hasta 1984 se exigió que se tratase de trabajadores fijos. Con palabras muy similares, la legislación funcionarial permite la presencia de un delegado de personal, para las entidades locales, en aquellos centros que cuenten entre 6 y 10 funcionarios si éstos lo decidieran por mayoría (art. 5 LORAP).

Cosa distinta es conocer quiénes están legitimados para convocar el proceso electoral, su inicio. Conviene analizar detenidamente si existen especialidades, adheridas a dichas facultades de promoción, en las empresas de entre seis y diez trabajadores [17] o, lo que es mismo, integrar las previsiones de aquel artículo 62.1 con el 67.1 del ET (y con la LOLS). Para estudiar estos extremos habrá que acudir al último precepto mencionado. Precisamente la reforma del Estatuto de los Trabajadores operada mediante la Ley 32/1984, de 2 de agosto, incidió en el proceso de promoción de elecciones, para cubrir la laguna normativa existente en la redacción originaria del texto de 1980 que ni tan siquiera se refería a los promotores [18]. En aquel año se modificaba el artículo 67, incorporando el requisito de publicidad a la promoción de elecciones como una garantía indispensable; el precepto estableció, en concordancia con la LOLS, la facultad de promover elecciones a los sindicatos más representativos, garantizando el derecho de los trabajadores no afiliados. Como vemos la nueva redacción se produjo al hilo de la remisión simultánea en aquella fecha, a las Cortes, de la Ley Orgánica de desarrollo normativo del artículo 28.1 de la CE, porque era indispensable una adaptación normativa de determinados preceptos del Título II del Estatuto de los Trabajadores, «*en orden a hacer coherente un sistema de representatividad sindical basado en la audiencia de los sindicatos en los centros de trabajo, con los sistemas de elecciones de representantes de los trabajadores en esos centros»;* cuestiones, éstas últimas, que son materia propia de la regulación del Estatuto de los Trabajadores.

Desde entonces se relaciona directamente la promoción de elecciones con el sindicato como sujeto legitimado para iniciar el proceso electoral, debido a su capacidad representativa. De alguna manera la reforma de 1984 intensificó las interconexiones entre los dos canales de representación de los trabajadores, electivo y sindical. Lo hizo subrayando las singulares señas del modelo autóctono implantado, pues al

---

derechos de participación en cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo.

[17] Sobre esta cuestión, *vid. in extenso* López Balaguer, M.: «La legitimación de los sindicatos más representativos para promover elecciones en empresas que ocupen entre seis y diez trabajadores», en *AS,* núm. 21, 2002, versión electrónica.

[18] La propia exposición de motivos recordaba que con esa modificación se cubría el vacío normativo hasta entonces existente.

tiempo que mantenía la importancia de la representación unitaria aumentaba la *indispensable* presencia del sindicato en aquellos órganos [19] (con el método de medición de la representatividad sindical mediante el criterio de la audiencia electoral).

La actual redacción del artículo 67.1 del ET, en lo que nos interesa, ha permanecido inalterable desde aquella modificación normativa de 1984 [20], en su texto permite la promoción de elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa a las organizaciones sindicales más representativas, a las que cuenten con un mínimo de un 10% de representantes en la empresa o a los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario.

Los estudiosos del precepto han vanagloriado la adaptación al reconocimiento del derecho de promoción al sindicato más representativo, sin embargo no han visto en él ninguna exigencia exorbitante para el sindicato simplemente representativo, introducida como una cortapisa legal (que de existir violarían su derecho fundamental de libertad sindical). Dos son las interpretaciones posibles ante la literalidad de la disposición, dada la imprecisa redacción de la Ley en el artículo 67.1 ET. La primera: que cuando se refiere al sindicato más representativo ha de englobar no sólo al sindicato más representativo a nivel estatal (art. 6.2 LOLS) junto con el más representativo de Comunidad Autónoma (art. 7.1 LOLS) sino también a las organizaciones sindicales que en el ámbito territorial y funcional específico hayan obtenido el 10% o más de las representaciones electivas (art. 7.2 LOLS), aún no teniendo la consideración de sindicato más representativo. A todos ellos, sin requisitos adicionales, la LOLS reconoce su capacidad para promover elecciones a delegados de personal y comités de empresa así como hacerlo en los órganos equivalentes de las Administraciones públicas. La segunda interpretación, que nosotros descartamos porque supone alterar el contenido adicional del derecho fundamental a la Libertad sindical, sería aquella que exige al sindicato simplemente representativo en el ámbito funcional y territorial haber alcanzado un mínimo de representación en esa empresa, de al menos el 10% de los miembros de la representación; de forma que gravaría a este sindicato con la necesidad, por un lado, de que para que existan representantes ya se hayan celebrado previamente procesos electorales en la empresa y, por el otro, que en ellos haya obtenido un resultado (en electos) que acredite su representatividad en

[19] Por otro lado, las peculiaridades que presenta el aludido modelo español de representación unitaria, del Título II del ET, van íntimamente unidas a la confección a través del Título III del ET de una negociación colectiva de eficacia personal general o *erga omnes*.

[20] Si bien la última modificación se produjo con la Ley 11/1994, fecha en la que cambia la rúbrica del artículo 67 del ET, incluyendo la *promoción de elecciones* al lado del mandato electoral, la anterior fue: *elección y mandato*.

ese ámbito. Descendiendo a la *microempresa*, lo dicho anteriormente supondría que en las empresas de entre seis y diez trabajadores la promoción para estos últimos sujetos sindicales quedaría constreñida a que el sindicato poseyese el delegado de personal.

De lo descrito podríamos concluir cuáles son, a nuestro juicio, los sujetos llamados a promover elecciones a representantes unitarios:

1.º Derivado de su derecho fundamental a la Libertad sindical (vertiente colectiva), el sindicato más representativo y el simplemente representativo, tal y como se reconoce en la LOLS. Sería recomendable una nueva redacción del primer párrafo del artículo 67.1 del ET que evite cualquier atisbo de duda sobre la facultad de promoción electoral al sindicato suficientemente representativo (en un ámbito funcional y territorial específico).

2.º Condicionado legalmente a cumplir los requisitos marcados por el legislador ordinario en el texto estatutario, el sindicato ya implantado en la representación unitaria de la empresa donde se celebrarán elecciones, siempre que alcance los mínimos que le marca la ley (al menos cuente con el 10% de la representación). Esta capacidad de convocatoria supone un añadido de la ley ordinaria, o, en su caso, una mera enumeración del ámbito territorial y funcional específico (la empresa [21]) que no agota todas las posibilidades.

3.º E, igualmente condicionado, los propios trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario. Hubo quien vio el requisito excesivamente exigente (la mitad más uno de los trabajadores), deduciendo que el legislador hacía de esta iniciación un hecho excepcional. Si bien en la *microempresa* no parece que constituya un medio de promoción tan extraordinario, sobre todo si se tiene en cuenta que durante mucho tiempo buena parte de las interpretaciones, doctrinales y judiciales, entendieron que en centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores sólo cabría la apertura del proceso si éste partía de la iniciativa de los trabajadores, exigiendo que el acuerdo fuera tomado en un momento anterior y previo al inicio del proceso electoral (este aspecto lo analizamos con mayor detenimiento en el epígrafe siguiente).

Por último, conviene recordar cómo la doctrina criticó, en su día, la ausencia de la representación unitaria saliente como entidad promotora de las elecciones [22].

---

[21] O también en una interpretación flexible del precepto el centro de trabajo si es esa la unidad electoral elegida, como ha interpretado la doctrina, así B LASCO PELLICER, C.: *El nuevo procedimiento de «elecciones sindicales»: aspectos críticos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 36 y ss.

[22] Por todos, CRUZ VILLALÓN, J.: «El desarrollo del proceso electoral "sindical" a través de las resoluciones judiciales», en *TL,* núms. 10 y 11, 1987, p. 30 y ss.

La vigente redacción del artículo 67.1 del ET puede ser contrastada con lo que recoge el artículo 13 de la LORAP en cuanto a la promoción de elecciones[23], este último precepto es más explícito (y mucho más preciso) al enumerar los sujetos que pueden convocar elecciones a Delegados y Juntas de Personal. Se reconoce esta facultad al sindicato más representativo a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como al sindicato que, sin ser más representativo, sea representativo en el conjunto de las Administraciones Públicas, por haber conseguido el 10% de los representantes. Del mismo modo se legitima al sindicato que obtuvo un 10% en la unidad electoral en la que se pretende promover elecciones y, en último lugar, por el acuerdo mayoritario de los funcionarios de la unidad electoral. A nuestro juicio, en el peculiar supuesto de la Administración la Ley olvida admitir ese derecho de convocatoria también para aquellos sindicatos que hubieran obtenido al menos el 10% de los representantes en el ámbito o sector correspondiente (representatividad que se detecta, por ejemplo, en la educación o sanidad pública, o, también, en algunos de los organismos autónomos dependientes de las distintas Administraciones).

En conclusión, los llamados a convocar este tipo de elecciones son, en primer lugar, las organizaciones sindicales con diferentes grados de representatividad: mayor suficiente o en la empresa, en segundo y último lugar, de forma asamblearia, a través de la decisión mayoritaria, los trabajadores del centro de trabajo.

Como estudiamos en el punto siguiente, finalmente, los juzgadores han optado por diferenciar el hecho de la promoción electoral, en los términos que contiene y legitima el artículo 6 de la LOLS y 67.1 del ET, del *momento* y *modo* de contrastar la presencia de la decisión mayoritaria de los trabajadores en empresas de entre seis y diez trabajadores. Supuesto al que se reconduce la necesidad, según fija el artículo 62.1 ET, de acordarse por mayoría la creación del órgano unitario, que puede abarcar desde el inicio electoral hasta la propia elección e, incluso, ser o no manifestado de forma expresa. Precepto este último que, conviene aclarar, en ningún caso se está refiriendo al supuesto del anuncio o preaviso electoral.

---

[23] Precepto modificado por la Ley 18/1994, de 30 de junio, que altera la regulación referida a la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Posteriormente el Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, aprobó el Reglamento de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de la AGE.

5. LA SOLUCIÓN ARMÓNICA. LAUDOS *ARBITRALES, RESOLUCIONES JUDICIALES Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

Las primeras respuestas a la supuesta inadecuación entre los artículos 62.1 y 67.1 ET vinieron de la mano de reclamaciones promovidas por organizaciones sindicales más representativas y resueltas en laudos arbitrales. Laudos que en ocasiones respondían al propio proceso arbitral que instituye en el artículo 76 del ET, si bien la doctrina ha estado dividida al considerar si la promoción de elecciones como fase previa del proceso electoral era, o no, competencia del árbitro [24]. También, en ocasiones, se atendió al momento que se impugna el proceso, pues si fue en una fase posterior o ya celebrado el acto de la votación, el árbitro podría, sin ninguna duda, valorar la capacidad del promotor electoral al hilo de otras impugnaciones. Otros laudos eran fruto de planteamientos de carácter colectivo para la resolución extrajudicial de estos conflictos, diferentes del especial proceso electoral. En la práctica se han utilizado el proceso especial en materia electoral, el ordinario o el de conflicto colectivo, según los casos, y no se descarta el recurso a la protección especial de derecho fundamentales —cuando esté en juego la libertad sindical.

No obstante esa discusión es formal o de competencia adjetiva para resolver. A nosotros nos interesa aquí la solución dada al fondo de la cuestión suscitada, esto es, si el sindicato más representativo goza de iniciativa para promover, por sí, elecciones en empresas pequeñas, que no superan los 10 trabajadores, sin necesidad del aval anterior de los propios trabajadores. Las repuestas de los laudos fueron en numerosas ocasiones a favor de ese reconocimiento [25], sin embargo no todas las sentencias judiciales compartieron el criterio de los árbitros o la decisión de presentación del preaviso por parte del sindicato legitimado, manteniendo, en sede judicial, que era imprescindible el acuerdo mayoritario de los trabajadores en empresas o centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores, tampoco reconocieron la iniciación del proceso electoral por convocatoria sindical cuando no se constataba la anterior aceptación (en forma de acuerdo mayoritario y expreso, así recogido en acta [26]) de

---

[24] Sobre esta cuestión y la adecuación del cauce procedimental seguido, véase R íos Mestre, J. M.ª: «Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8-3-2004 (Recurso de Amparo 5994/2001) sobre libertad sindical y promoción de elecciones sindicales en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores», en *RDS,* núm. 25, 2004, pp. 151 y 158 y ss.

[25] Cabe destacar el pronunciado por el Tribunal Arbitral Laboral de Valencia, siendo árbitros: Sala Franco, T., A lfonso Mellado, L. A. y B lasco Pellicer, A., el 11 de septiembre de 2002, publicado en *La Ley-RL,* tomo II, 2002, pp. 1255 a 1260.

[26] En los términos que figuran en el artículo 2.2.º del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, en el supuesto de que el anuncio de las elecciones se efectuase por acuerdo mayoritario de los trabajadores.

los trabajadores[27]. Estas decisiones contrastaban con otras, que eximieron de cualquier formalismo al requisito del acuerdo mayoritario de los trabajadores, admitiendo el acto de la votación como elemento válido que confirma la expresión de voluntad de los trabajadores para que se elija un representante unitario[28]. Desvinculando, en fin, el artículo 62.1 del ET de la promoción electoral.

El cierre definitivo a estas dudas ha venido mediante sucesivos pronunciamientos al más alto nivel jurisdiccional, primero en forma de Auto del TC 1036/1988, de 26 de septiembre, años después con simultáneas sentencias, SSTC 36/2004, de 8 de marzo[29], 62/2004, 64/2004 y 66/2004 todas ellas de 19 de abril, 103/2004, de 2 de junio, 175/2004, de 18 de octubre y 60/2005, de 14 de marzo. El Tribunal Constitucional interpreta que el requisito volitivo al que alude el artículo 62 del ET (podrá haber un delegado si así lo decidieran por mayoría los trabajadores —en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez—), no enerva la facultad de promover elecciones por parte de los sujetos que la tienen reconocida y en particular al sindicato más representativo (que era el supuesto con-

---

[27] Si bien en alguna de estas resoluciones la situación no es tan simple ya que el sindicato preavisante no reunía el requisito de representatividad legalmente requerido. Con la interpretación aparentemente restrictiva pueden consultarse, por ejemplo, las SSTSJ de Navarra, de 15 de marzo de 1991 (Ar. 2123); de Castilla y León —Valladolid—, de 27 de mayo, del mismo año 1991 (Ar. 3350), o SSJS, núm. 2 de Pamplona, de 27 de julio de 1998 (Ar. 3102); núm. 1 de Valencia, de 4 de octubre de 2001; núm. 4 de Granada, de 11 de septiembre de 2001; núm. 15 de Valencia, de 25 de octubre de 2001; núm. 14 de Valencia, de 8 de noviembre de 2001; núm. 8 de Valencia, de 25 de enero de 2002; núm. 6 de Valencia, de 12 de junio de 2002; núm. 10 de Valencia, de 23 de mayo de 2002, y STSJ de Valencia, de 17 de octubre de 2002. En contra de esta idea estuvieron quienes la veían como una exigencia excesiva e ineficiente en ese momento, pues si hasta la iniciación del proceso, no se elabora el censo laboral, no puede conocerse con antelación al preaviso si la empresa o el centro de trabajo cuenta o no con el número mínimo de seis *trabajadores computables* que exige la Ley (de acuerdo con las reglas del art. 72 del ET), para obtener un delegado de personal. Alguna resolución llegó a exigir el acuerdo expreso en un momento posterior al anuncio de elecciones pero, en todo caso, anterior al inicio del proceso electoral, esto es, a la constitución de la mesa, así SJS núm. 1 de Castellón, de 29 de enero de 2002 (Ar. 410). Un análisis detallado de estas resoluciones que siguen la interpretación restringida, así como de sus opuestas, en M ORENO CÁLIZ, S.: «Impugnación del preaviso de elecciones. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 6 de Alicante de 2 de junio de 2002», en *AS,* núm. 15, 2002, versión electrónica.

[28] Por ejemplo, hasta cinco sentencias, todas ellas de 23 de diciembre de 1986 de la antigua Magistratura de Trabajo, núm. 2 de Huelva, según nos señala C RUZ VILLALÓN, J.: *El desarrollo del proceso...,* cit., p. 31 y ss.; o, más recientemente, las SSJS núm. 4 de Valencia, de 21 de marzo de 2002 (Ar. 1377); núm. 6 de Alicante, de 6 de junio de 2002 (Ar. 2584) y STS de 10 de marzo de 2004 (Ar. 2595).

[29] Que ha merecido la glosa de L A HERA FORTEZA, J.: «Promoción electoral por los sindicatos más representativos en empresas o centros que cuenten entre 6 y 10 trabajadores (Comentarios a la STS de 10 de marzo de 2004 y STC 36/2004 de 8 de marzo)», en *La Ley-RL,* tomo I, 2005, pp. 643 a 649, y R ÍOS MESTRE, J. M., *Comentario de la sentencia...,* cit., pp. 151 a 159.

creto que se planteaba en las distintas *litis*). La obstaculización o restricción de dicha promoción electoral puede ser constitutiva de una violación del derecho a la Libertad sindical [30], le alcanza, consiguientemente, el amparo constitucional en vía de recurso, si bien su protección se ceñirá a la amplitud con que fue reconocida esa actuación promotora. El precepto no puede constituir una excepción a la facultad promotora del sindicato representativo reconocida en el artículo 6.3.e) de la LOLS y reiterada por el artículo 67.1 del ET (que sin duda deriva del reconocimiento constitucional al sindicato de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores). Pese a lo manifestado, el Tribunal no aparta al sindicato más representativo de la exigencia que contempla el artículo 62.1 del ET, en caso de empresas de muy pequeñas dimensiones, sino que expresamente dice que han de respetar la regla del apoyo de la mayoría de los trabajadores, pero ésta necesita de una interpretación amplia, no ceñida al momento de la promoción, ni tampoco a especiales requisitos formales o modales. No se exige que deba ser anterior a la promoción de las elecciones, pudiendo ser manifestada la voluntad mayoritaria antes o después de aquélla, admitiendo formulaciones expresas o tácitas y reconociendo como una manifestación de esta última, la participación mayoritaria de los trabajadores en la votación [31]. Con ello se consigue una *conciliación interpretativa* del artículo 62.1 del ET (salvando también su constitucionalidad) en relación con el derecho de libertad sindical, la LOLS y el artículo 67.1 del ET.

En conclusión, la voluntad de la mayoría, obviamente, puede manifestarse después de preavisado el inicio del proceso electoral, en fases intermedias de éste o con el acto de la votación, al ejercerse el derecho al sufragio activo por parte de los trabajadores. Pero inequívocamente, porque así lo ha querido el legislador, en cualquiera de esos momentos ha de ser la mayoría de los trabajadores quienes apoyen la constitución del órgano unitario. El matiz legal para la empresa de entre 6 y 10 trabajadores en su plantilla, será que no es suficiente con el impulso sindical (promotor) sino que es condición *sine qua non* (de eficacia y

---

[30] Los derechos adicionales al mínimo esencial atribuidos por normas legales o reglamentarias pasan a engrosar el contenido del derecho fundamental y, por tanto, los actos contrarios a tales derechos adicionales, aunque no afectan a su contenido esencial, son susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo por incidir en ese contenido más pleno. Impedir a un sindicato, con el grado de representatividad que señala la LOLS, la promoción electoral supondría, como hemos visto, la vulneración del derecho de libertad sindical, aun tratándose de una facultad adicional de aquélla atribuida por las normas internas o convenios colectivos. La tutela del derecho en caso de resultar lesionado se establece en el artículo 13 de la LOLS.

[31] Con lo que se separa de la exigencia temporal y formal, atendiendo a la sutil distinción entre promoción y celebración que realizó el TS en su sentencia de 10 de marzo de 2004; con esta opinión, calificando dicha exigencia como *subrepticia* y criticable, que compartimos, Ríos Mestre, J. M.ª: *Comentario de la sentencia...,* cit., p. 157.

validez[32]) la voluntad de los trabajadores de tener un representante o la contraria, esto es, preferir el contacto directo con el empresario sin representación colectiva[33]. Lo que algunos han interpretado que en estas pequeñas empresas el legislador cuida que la presencia del elemento sindical (así se denomina a la representación unitaria) no sea forzada sino deseada por los trabajadores, y además lo sea de manera mayoritaria. Ello nos lleva a concluir que los artículos 62.1 y 67.1 del ET abordan cuestiones distintas, aunque estén íntimamente relacionadas, una cosa son los sujetos legitimados para promover elecciones y otra distinta que se exija, en empresas o centros de trabajo que cuenten entre 6 y 10 trabajadores, el respeto a la voluntad mayoritaria de los trabajadores al decidir finalmente la constitución o no del órgano representativo.

6. APUNTES SOBRE OTROS PROBLEMAS EN ATENCIÓN A LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA

El arranque del proceso electoral a representantes unitarios, se reserva en todo caso a actores sindicales, y en el supuesto de un proceso limitado al centro de trabajo a la decisión de los trabajadores tomada por acuerdo mayoritario[34]. Es decir, que cuando la promoción parte de la iniciativa asamblearia de los propios trabajadores, la ley circunscribe esta facultad sólo al centro de trabajo, no a la empresa. De forma que la promoción de elecciones en unidades mayores, sea la empresa u otras, queda en exclusiva en manos del sindicato con algún grado de representatividad (implantación en la empresa, suficiente o mayor) según las reglas del artículo 67.1 del ET y 6.3.e) y 7 de la LOLS.

Cuestión distinta es discernir si puede haber un delegado de personal tomando como referencia electoral la empresa y no el centro de trabajo. O, en otros términos, si existe una total y absoluta imposibilidad de celebración de elecciones en centros de trabajo con hasta cinco trabajadores cuando el conjunto de la empresa supera esa plantilla.

---

[32] El TC destaca que la voluntad mayoritaria opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad, STC 36/2004, de 8 de marzo.

[33] La falta de ese acuerdo mayoritario supondría la nulidad del proceso electoral y, por lo tanto, del representante electo sin una participación mayoritaria, no importando tanto el resultado alcanzado si la asistencia a las urnas sí es mayoritaria, así L ÓPEZ BALAGUER, M.: *La legitimación de los sindicatos...,* cit. Obviamente, si hubo acuerdo previo, el índice de participación, ya no será relevante, así SALA FRANCO, T., *et al., Laudo arbitral de 11 de septiembre de 2002*, cit., p. 1260.

[34] En este punto es clarificador el artículo 2.1 del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones, al designar los sujetos que pueden promover elecciones: las organizaciones sindicales o los propios trabajadores en los términos que establece el artículo 67.1 del ET.

Aunque no hay, a la vista del lector, un criterio preferencial por el centro de trabajo frente a la empresa en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, tradicionalmente se viene interpretando que es en el centro de trabajo donde se elige y constituye la representación unitaria (dando continuidad al criterio que fijó la legislación franquista [35]), dejando para la empresa órganos de representación compartida *ad hoc* (como el comité de empresa conjunto). Esto significa que en las empresas de pequeñas dimensiones deberían al menos contar con seis trabajadores en cada uno de sus diferentes centros de trabajo para poder elegir a un representante, que sería, en caso de ser elegido, nombrado su delegado de personal. Mediante esta interpretación caen en letra muerta las repetidas referencias a la empresa que figuran en diversos preceptos del Título II del ET (y del Reglamento de elecciones, aprobado por Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre). A pesar de que, cada vez más, la empresa cobra una relevancia de especial interés como órgano de imputación de la realidad empresarial desplazando al centro de trabajo (como unidad organizativa de producción), e, incluso, a veces las decisiones superan a la empresa y son acordadas en estructuras empresariales complejas. Por otro lado, si se fija la representación unitaria en la empresa ésta se interpreta que deberá atender a una demarcación provincial o, para otros, sólo tiene cabida la referencia legal a la empresa en aquélla que cuenta con un solo centro de trabajo pues el legislador está pensando en esa organización [36].

La realidad empresarial de hoy es bien distinta, ya que hay multitud empresas dispersas por la geografía nacional, las provincias o el propio municipio, que en muchos de sus centros de trabajo (donde no radica el núcleo administrativo o gestor) cuenta con 2, 3, 4 o incluso 5 trabajadores, no más. El centro de trabajo puede ser la unidad electoral pero no debe ser entendida siempre como la única circunscripción electoral para la elección del órgano representativo, que ha de poder ser, a elección del promotor, el centro de trabajo o la empresa cuando no se alcancen los umbrales mínimos legalmente exigidos en aquél. Confundir el ámbito electivo y reducirlo en todo caso al centro de trabajo, sin sumar el total de la plantilla de la empresa, limita, más si cabe, la presencia de representación de los trabajadores en la *microempresa* así como merma notablemente el derecho de participación de los trabajadores. Además parece irrespetuoso con la dicción del artículo 62.1 del ET que, recordemos, se refiere a las empresas o centros de trabajo. Es extraña a esta opinión la interpretación de muchos de nuestros juzgadores, que no permiten la elección de representantes unitarios en empresas

---

[35] Decreto de 18 de agosto de 1947, al instituir los jurados de empresa.

[36] *Vid.* las referencias a esta problemática, así como la solución ofrecida en sede judicial primando el centro de trabajo en Sáez Lara, C.: *La representación colectiva...*, cit., pp. 321 a 324.

con centros de trabajo de menos de 6 trabajadores, así las SSAN de 20 de julio de 1995, 7 de abril de 1999 [37] y 27 de enero de 2000 (Ars. 3693, 1784 y 1319) y SSTS de 31 de enero y de 19 de marzo de 2001 (Ars. 2138 y 3385), al interpretar que el artículo 62 del ET no permite la elección global en la empresa, considerando que el legislador no ha optado por la empresa como unidad electoral básica sino por el centro de trabajo, aunque la plantilla total fuera muy numerosa. Sin embargo sí se tolera, en algunas ocasiones e incluso por algunas resoluciones judiciales, la figura del *delegado de empresa conjunto* [38], emulando la figura que diseña el artículo 63.2 ET para empresas de mayor tamaño.

Yendo más allá del debate habido hasta la fecha, el único problema que para nosotros presenta esta figura del delegado de empresa conjunto es la limitación territorial, ceñida a la provincia, pues son muchas las pequeñas empresas dispersas por el espacio nacional que se verían privadas de esta representación colectiva. El inconveniente formal se apoya en la división territorial de la administración laboral, debido a que las oficinas públicas encargadas del registro de las actas electorales tienen su demarcación en la provincia, para solucionarlo bastaría con generar, para estos casos, un distrito más amplio.

Otro aspecto importante, a la vista del imparable proceso de descentralización junto con la progresiva disminución de las dimensiones de las empresas, recogido en el último párrafo del artículo 67.1, serían los ajustes de la representación por disminución *significativa* de la plantilla. La ley encomendó al Convenio Colectivo regular esta cuestión, sin embargo, hasta la fecha, la negociación colectiva no ha atendido a esta llamada. Es posible que el vacío convencional se sustituya, pues así lo contempla el legislador, por el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin embargo es difícil pensar que en una empresa de tamaño muy reducido donde existe un delegado de personal,

---

[37] Comentada y criticada por ROJO TORRECILLA, E.: «Elecciones provinciales de delegados de personal», en *AS,* vol. V, 1999, pp. 873 a 878. En contra de la decisión de la Audiencia Nacional, el autor cita como ejemplo las SSJS núm. 1 de Salamanca, de 14 de julio de 1995 (pero ciñéndose al ámbito municipal); núm. 1 de Gerona, de 6 de mayo de 1995, o núm. 6 de Zaragoza, de 29 de enero de 1999.

[38] Ya lo apuntó ALBIOL MONTESINOS, I.: *Comités de empresa y delegados de personal,* Deusto, Bilbao, 1992, p. 22; también ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Sobre el concepto de unidad electoral y la posibilidad de agrupación de centros de trabajo en la doctrina del Tribunal Supremo», en *RDS,* núm. 17, 2002, p. 170; más recientemente, SÁEZ LARA, C.: *La representación colectiva...,* cit., p. 323. Así lo consideró la SJS, núm. 2 de Pamplona, de 6 de junio de 2001 (Ar. 2545), comentada por AYALA DEL PINO, C.: «Impugnación del proceso electoral: alcance de los artículo 4.g), 62.1, 63.2, 75.6 del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 25.i), 26.1 y 38.3 del Real Decreto 1844/1994», en *AS,* núm. 13, 2001, versión electrónica. Si bien la autora del comentario critica la solución judicial, pues niega que pueda darse la analogía en los términos del artículo 4.1 del Código Civil, al no detectar vacío legal alguno.

éste acuerde la desaparición del órgano de representación unitaria cuando la plantilla del centro no alcance los cinco trabajadores.

En ocasiones esa disminución se produce como elemento desencadenado por un fenómeno descentralizador, lo que produce la paradoja de que la empresa pierde plantilla «en nómina», pero continúa con igual volumen de trabajadores prestándole sus servicios. Sería el supuesto del recurso *paraexternalizador* a través de una ETT que suministra trabajadores en misión [39], donde los representantes de la empresa usuaria se erigen *ope legis* en representación de los trabajadores en misión para algunas de sus reclamaciones (véase el art. 17 LETT, art. 28.5 LPRL, y RD 4/1995) o, en segundo término, en las descentralizaciones basadas en cadenas de contratas y subcontratas. Las reformas normativas acaecidas a partir de los años noventa tímidamente comienzan a incluir determinadas competencias, casi siempre en forma de derechos de información y consulta, derivados de la necesaria transposición de la normativa comunitaria al ordenamiento interno. Igualmente en aras a la protección a la seguridad y salud laboral se crearon representaciones especializadas. Sin embargo, las nuevas representaciones normalmente no alcanzan a las *microempresas*; por eso es hora de plantear una reforma que facilite, al menos en determinadas situaciones, crear otros órganos que permitan acondicionar la regulación legal a la actual situación económica y productiva, y al tamaño real de las empresas frente a la espacial dispersión de la empresa (lo que para la pequeña empresa importa más).

Algunas propuestas apuntan a la necesidad de reunir y elegir una representación conjunta de los trabajadores de varias empresas unidas temporal o circunstancialmente, tratándose de estructuras complejas e interdependientes (ya sea por constituir una agrupación, UTE, se vinculen por una subcontrata, etc.) o ante el fenómeno de la concentración empresarial y los grupos de empresas (con representaciones de los trabajadores allí donde se tomen las decisiones) evocando las figuras de la legislación francesa de *delegados de lugar* o *unidades económicas y sociales* [40]. Por otro lado, el papel de la negociación colectiva en la creación de órganos electivos, cubriendo lagunas legales, es aún muy reducido; asimismo las posibilidades para su expansión están bastante condicionadas y limitadas por la propia regulación legal.

---

[39] Sobre los problemas *desestructuradores* de estas relaciones triangulares en las relaciones colectivas y representación de los trabajadores, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Empresarios sin empresas y empresas sin empresarios: los problemas de la representación y negociación colectiva de los trabajadores de las ETT», en *RL*, núm. 6, marzo, 2006, versión electrónica.

[40] En estos términos la propuesta de reforma inexcusable del Título II del ET ya ha sido demanda, entre otros, por OJEDA AVILÉS, A.: *La representación unitaria...,* cit., p. 363, o SÁEZ LARA, C.: *La representación colectiva...,* pp. 316 y 341.

Probablemente nuestro derecho debería atender, con mayor dedicación, a la irrupción de estas situaciones, evaluar si se trata o no de disminuciones significativas de plantilla, si los descensos lo son formales y no reales en cuanto al centro de imputación y toma de decisiones (todo ello nos conduce a problemas que desbordan las pretensiones de este estudio).

Una última cuestión, digna de ser destacada, es analizar cómo afecta la reciente aclaración del Tribunal Constitucional (reconociendo sin trabas el derecho de convocatoria de elecciones al sindicato representativo en empresas con plantilla reducida) en relación con la promoción de elecciones por la vía del artículo 67.1, párrafo 3.º del ET. Convendría no descartar la posible celebración de elecciones de manera generalizada, a la que se refiere el citado párrafo, mediante la técnica del preaviso de los sindicatos más representativos o representativos, por acuerdo mayoritario. Si se efectuara una convocatoria de este tipo en un ámbito territorial o funcional específico, el proceso estaría también abierto a las empresas de entre seis y diez trabajadores [41] (o al menos a los centros de trabajo que tuvieran esta plantilla). Con toda probabilidad, a la vista de la ordenación del tejido productivo en España, el impacto de una decisión de estas características, convocando de manera generalizada elecciones, acrecentaría notablemente el número de representantes electos.

7. REFLEXIÓN CRÍTICA DEL ALCANCE REAL DE LA PROMOCIÓN SINDICAL EN LA MICROEMPRESA

La relevancia dada a la representación unitaria es vital para el acercamiento sindical a la pequeña empresa, de alguna manera de ello era consciente el legislador al diseñar las interconexiones de los dos canales de representación de los trabajadores. Es más fácil integrarse mediante los órganos electivos que hacerlo desde fuera. El trabajador se siente más representado por aquél a quien elige directamente con su voto (aun siendo una lista sindicalizada) que por una organización a la que puede o no estar afiliado. Además el delegado de personal representa a todos los trabajadores y hasta puede serle revocado su mandato por decisión de la asamblea (art. 67.3 del ET).

También el sindicato debe tener presente que alcanzar el grado representatividad marcado por la ley (sea el más representativo o suficientemente representativo siguiendo el criterio de la audiencia electoral en

---

[41] También comparten esta idea Sala Franco, T., *et al.,* en su laudo de 11 de septiembre de 2002, cit., p. 1259 (para quienes los trabajadores de la empresa de pequeño tamaño no podrían vetar ese derecho de convocatoria generalizada), así como L a Hera Forteza, J.: *Promoción electoral...,* cit., p. 647.

función de los representantes obtenidos), es mucho más ventajoso, porque exige menor número de votos, en este tipo de empresas que en otras de mayores dimensiones, donde para elegir un representante son necesarios más sufragios. Por lo que la promoción masiva de elecciones en la *microempresa*, como estrategia electoral válida, podría mejorar las condiciones de representatividad de determinadas organizaciones sindicales, si éstas se introducen en las representaciones de los trabajadores de la pequeña empresa. Incluso podría cambiar el actual mapa de la representatividad (mayor[42] y suficiente). Pero, sobre todo, ampliaría el basamento de trabajadores asalariados que sustenta la columna de la representatividad sindical, acoplando el índice de representatividad a un mayor número de población trabajadora o, lo que es lo mismo, ensanchando el censo de votantes —hoy algo reducido [43]—, lo cual sería un factor que democratizaría más, si cabe, el sistema de medición de la representatividad utilizado en España.

Desde otra perspectiva, al sindicato le interesa afianzar su representatividad en un terreno movedizo, donde el abultado (e imparable) crecimiento de empresas de tamaño reducido le puede expulsar a él y a las representaciones unitarias de determinados sectores, subsectores o empresas. Lo ha de hacer anticipándose a este fenómeno o, cuando ya se ha producido, reduciéndolo. En una lectura más pragmática, los cambios de los últimos veinte años invitan a la representación de los trabajadores (unitarios y sindicales) a integrarse, de una vez por todas, en la realidad empresarial mayoritaria, que es la de la pequeña empresa. Es una llamada de atención a la representación colectiva para que se acople a la dimensión de la empresa media española. De algún modo esta decisión supondría adaptarse a la flexibilidad que demanda no sólo el mercado sino, principalmente, la realidad de nuestro tejido empresarial sin que ello supusiera un debilitamiento del modelo de representación colectiva (que sin duda ofrece seguridad, tutela y protección al trabajador).

Si el anuncio de elecciones integra el derecho a la libertad sindical por formar parte de su contenido adicional, una vez detectados algunos desajustes de lo que señala el ET, en su artículo 67.1, con respecto al sindicato suficientemente representativo en un ámbito funcional y territorial determinado, debería aclararse su redacción para alejar toda sospecha de duda sobre cualquier limitación a su facultad promotora. Es igualmente necesario que la representación unitaria se adapte a la empresa, arrinconando la idea de ser una representación del centro de tra-

---

[42] En algunos lugares, en particular a nivel autonómico.

[43] Podríamos preguntarnos: De los quince millones de asalariados ¿cuántos están llamados a elegir representaciones unitarias y por ende a determinar la mayor representatividad del sindicato? De las unidades electorales en las cuales se pueden celebrar elecciones a representantes unitarios ¿en cuántas se convocan?

bajo. Al acto de la promoción se vincula la extensión de la unidad electoral, por ello es responsabilidad de los sujetos habilitados, los sindicatos representativos en las empresas de pequeño tamaño, si éstas son multicentros, para que en ellas se elija como referente electoral la empresa en su totalidad y no el centro de trabajo. Atendiendo a la estructura empresarial, la solución a este debate debe permitir que sea la empresa (en atención a sus magnitudes y dispersión geográfica) el punto de referencia de la representación de los trabajadores. Ello no supone alteración alguna del texto de la Ley sino de las interpretaciones que han construido el pivote de la elección en el centro de trabajo, despreciando a la pequeña empresa como circunscripción electoral de referencia. Sería la única manera de evitar que queden sin representaciones electivas las empresas a partir de seis trabajadores que, aun superando en su conjunto el mínimo legal exigido, encuentran diseminada su plantilla en diferentes centros de trabajo.

Debido a las insuficiencias, lagunas e incongruencias del modelo electivo de representación, éste necesita la introducción de reformas que miren a una realidad empresarial dispersa, compleja, pero no tan nueva como algunos estiman. Por otro lado, cabe recordar que, entre sus funciones, la negociación colectiva podría anticiparse e instaurar órganos de representación colectiva acomodados a la organización empresarial actual, así como dotarles de las competencias indispensables.

Consiguientemente se hace necesaria la reforma de la representación unitaria, la actual regulación no puede permanecer inerme a los importantes cambios que se han producido en los últimos años y afectan de lleno a esta materia. Las opciones del legislador pueden ser variadas: mantener el modelo actual, modificar los canales de representación colectiva o incorporar nuevos órganos representativos que convivan con los existentes. Probablemente la conjunción de todo ello sea la respuesta más acertada. Si realmente se busca la adecuación de las fórmulas representativas al tejido productivo español y no se quiere dejar caer en el olvido la oportunidad que brinda el momento actual para incluir estos cambios se deben abordar en los próximos años las modificaciones normativas precisas, ya sea mediante la transposición de determinadas directivas comunitarias al ordenamiento interno, la nueva regulación del Título II del ET o a través de la anunciada reforma laboral en el marco del diálogo social. En este caso, así como en otros que no han sido analizados en las páginas precedentes, la adaptación del modelo de representación de los trabajadores a los cambios sociales y económicos producidos en los mercados a escala nacional y mundial es fundamental, no sólo para su mera supervivencia sino para dar continuidad a las funciones y competencias que, por Ley o la vía convencional, le son asignadas.

La realidad de las empresas, sus pequeñas dimensiones, exige que el derecho colectivo atienda a este extenso tejido *micro*, si el tamaño es relevante (como así lo pone de manifiesto el derecho comunitario al producir normativa que atiende a la llamada dimensión europea de la empresa [44]) el derecho nacional debería tomar nota, persuadirse por esta realidad, mirando hacia sus adentros, y no desatender a la estructura de la empresa en la España de hoy.

[44] Mediante sus Directivas al introducir canales de representación unitarios o mixtos, donde se recogen derechos de información y consulta a los trabajadores y crean comités u otros órganos para empresas de dimensión europea, así las Directivas 94/45/CE, 2001/86/CE y 2003/72/CE. Reflejo de ellas en la legislación interna son la Ley 10/1997, de 24 de abril, o el Proyecto de Ley que actualmente se tramita en las Cortes Generales sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas.

Comunicación a la Ponencia General

LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna.
Profesor-tutor del centro asociado de la UNED en Tenerife

SUMARIO:

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS.—II. LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN DIVERSOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS EN RÉGIMEN LABORAL.—III. LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS. 1. Configuración de los órganos de selección de empleados públicos. 2. La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos: normativa y fundamento. 3. La difícil y plural articulación de la implicación de los representantes de los trabajadores en la normativa estatal, autonómica y convencional.—ANEXO DE CONVENIOS COLECTIVOS.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

La selección de empleados públicos en régimen laboral no se acomoda al principio constitucional de libertad de empresa —art. 38 CE—, que rige sólo para los empresarios privados, sino a los principios, también constitucionales, de igualdad de oportunidades, mérito, capacidad y publicidad, los mismos que presiden la selección de funcionarios públicos —arts. 23.2 y 103.3 CE—.

El empresario privado a la hora de seleccionar a los trabajadores goza de una amplísima libertad, que puede perfectamente ser interpretada en términos de no intervención jurídica, sin perjuicio de que no pueda incurrir en discriminaciones prohibidas constitucional y legalmente —arts. 14 CE y 17 ET—. Las decisiones empresariales privadas se mueven en el terreno económico: si realizar o no proceso de selección; en caso afirmativo, si hacerlo directamente y con arreglo a qué pruebas, más o menos objetivas, o si recurrir a una empresa especializada y confiar en sus métodos y pruebas, etc. El empresario privado tiene tanto interés como el público, si no más, en utilizar parámetros de selección objetivos y lograr así captar a los candidatos más idóneos. Lo que sucede es que esa objetividad en la selección no se impone jurídicamente, al menos desde las normas estatales porque por convenio colectivo podría resultar obligada.

La selección de los trabajadores por parte de la Administración y del resto de poderes públicos debe responder necesariamente, por imperativo jurídico-constitucional, a criterios objetivos. Esa objetividad, impuesta por el Derecho, pretende en última instancia algo no muy diferente de lo que sucede en las empresas privadas bien gestionadas y competitivas, a saber, seleccionar al candidato objetivamente más idóneo para cada puesto de trabajo. En la empresa privada el candidato más

idóneo se supone que incrementa el valor de la empresa y las posibilidades de éxito económico. En la Administración el candidato más idóneo contribuye a que ésta pueda cumplir satisfactoriamente su función constitucional de servir con objetividad y eficacia los intereses generales —art. 103.1 CE— [1]. Además de lo anterior, en el caso de la Administración la selección de los trabajadores con arreglo a criterios objetivos —mérito y capacidad— que garanticen el principio de igualdad de oportunidades es una exigencia ineludible del propio sistema democrático y del Estado de Derecho. Para que los ciudadanos tengan confianza en el sistema democrático, en lo público y en la política es indispensable que los poderes públicos a la hora de seleccionar a su personal den oportunidad a todos los ciudadanos y seleccionen a los mejores de manera objetiva [2]. De ahí que la Constitución atribuya a los ciudadanos el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos —arts. 14, 23.2 y 103.3 CE— [3]. Derecho fundamental de configuración legal cuya articulación en abstracto y aplicación en concreto son especialmente problemáticas y litigiosas. Por si hubiera alguna duda, el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Me-

---

[1] En este sentido, M. SÁNCHEZ MORÓN: «Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos», en *Comentarios a la Constitución española de 1978,* T. II, dirigida por O. Alzaga Villamil, Edersa, Madrid, 1997, *op. cit.,* pp. 667-669, si bien en relación con el acceso al empleo público en general. El mismo autor en *Derecho de la…*, *op. cit.,* pp. 123-124. Igualmente, F. PUERTA SEGUIDO: *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 20.

[2] Para la STC 71/1989, F. J. 3, el derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones públicas es una vertiente más del principio de representación política. En cuanto a la doctrina, por todos, J. A. SANTAMARÍA PASTOR: «Comentario al artículo 23 de la Constitución», en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución,* Civitas, Madrid, 1980, p. 62.

[3] Para la STC 281/1993, F. J. 2, el artículo 23.2 CE no es aplicable al empleo público en régimen laboral. De todos modos, esa misma sentencia establece que el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos en régimen laboral deriva del artículo 14 CE, que debe conectarse también con el artículo 103.3 CE.

Cfr., entre otros muchos, SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública,* MAP, Madrid, 1989; E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: «¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas? Comentario a la sentencia 281/1993, de 27 de septiembre», en M. A LONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XI 1993,* Civitas, Madrid, 1994, pp. 681 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas,* Civitas, Madrid, 1995, pp. 98 y ss.; M. GODINO REYES: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 127 y ss.; M.ª L. MOLERO MARAÑÓN: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 38 y ss.; M. MOLINA GARCÍA: *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000, p. 139; E. ROJO TORRECILLA: «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas,* vol. I, MTAS, Madrid, 2001, p. 87; M. SÁNCHEZ MORÓN: *Artículo 23.2..., op. cit.,* pp. 673-674; F. PUERTA SEGUIDO: *La consolidación del…, op. cit.,* pp. 55-56; y J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005, p. 144.

didas de Reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP), trata por igual en materia de selección a los funcionarios públicos y a los empleados públicos en régimen laboral [4].

II. LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN DIVERSOS ASPECTOS RELACIONADOS CON LA SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS EN RÉGIMEN LABORAL

Una de las funciones desempeñadas por los representantes de los trabajadores, tanto por los sindicatos como por los órganos de representación unitaria y sindical en la empresa, menos conocidas es la implicación en la selección de empleados públicos en general y particularmente en los de régimen laboral. Implicación poco conocida seguramente por no venir prevista ni en la LOLS ni en el Estatuto de los Trabajadores. Adviértase que se emplea el término implicación, de origen comunitario europeo [5], en vez de participación por la confusión conceptual que rodea a este último [6].

Implicación que presenta múltiples manifestaciones, siendo las menos conocidas las que tienen que ver con la selección de empleados públicos de nuevo ingreso. Más conocidas son, en cambio, las distintas actuaciones que tanto en abstracto como en concreto llevan a cabo los representantes de los trabajadores en relación con la provisión de puestos de trabajo, los traslados, la promoción interna, la movilidad funcional y geográfica, etc. No es casual en este sentido que el artículo 28.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, de reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios

---

[4] Dice así: «Las Administraciones Públicas seleccionan su personal ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad». Téngase en cuenta que este precepto legal tiene carácter básico y se aplica por tanto a todas las administraciones públicas.

[5] Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Y Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

[6] Imprescindible resulta a este respecto la obra de Palomeque López, M. C.: «La participación de los trabajadores en la empresa (Una revisión institucional», en AA.VV.: *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, AEDTSS-Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 13 y ss. Se trata de la ponencia general presentada en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la AEDTSS, celebrado en Salamanca en mayo de 2006.

civiles de la Administración General del Estado (en adelante RGI), remita la regulación de estas cuestiones a la negociación colectiva [7].

La manifestación más importante, y también más controvertida, de la implicación de los representantes de los trabajadores en la selección de empleados públicos de nuevo ingreso tiene que ver con la propia negociación colectiva, con la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas que regulan múltiples aspectos de dicha selección: requisitos de los aspirantes, convocatorias, procedimientos selectivos, órganos de selección, etc. No está nada claro que la negociación colectiva pueda ocuparse de esos aspectos, pues, a diferencia de los señalados más arriba, no afectan a empleados públicos sino a ciudadanos titulares del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos y a la Administración Pública, titular de la potestad administrativa de autoorganización. Más que cuestiones laborales son administrativas y la inclusión en los convenios colectivos con carácter verdaderamente normativo es discutible [8]. En todo caso, y mientras los tribunales no digan lo contrario, en la práctica los convenios colectivos están desplegando en este terreno un papel de enorme importancia [9], en parte facilitado por la escasa regulación legal y reglamentaria.

Además de la negociación colectiva de alcance general los representantes de los trabajadores desempeñan también funciones de información y consulta e incluso de negociación puntual de determinados aspectos. Cuestiones tan importantes para la selección de empleados públicos de nuevo ingreso como la relación de puestos de trabajo, la plantilla presupuestaria de personal, la oferta anual de empleo público, las bases de cada convocatoria pública, la distribución de vacantes entre el turno de promoción interna y el turno libre suelen ser negociadas con la representación de los trabajadores o, al menos, objeto de información y consulta. Los convenios colectivos reconocen estos derechos de los

---

[7] Literalmente: «La promoción interna o de cobertura de vacantes del personal laboral que no sea de nuevo ingreso se regirá por sus convenios colectivos o normativa específica. Las correspondientes convocatorias precisarán del informe favorable de la Dirección General de la Función Pública».

[8] Cfr., con distintas posturas, P. Olivera Masso: «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública», en *RL*, 1991 I, p. 300; M.ª L. Molero Marañón: *Acceso y clasificación…*, *op. cit.,* pp. 52 y ss.; M. Molina García: *El contrato de…*, *op. cit.,* pp. 198 y ss.; y J. J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano: *El acceso al…*, *op. cit.*, pp. 57 y 153-154.

[9] *Vid.* Anexo de convenios colectivos. Sólo se han incluido en dicho Anexo los convenios colectivos de la Administración General del Estado y de las administraciones de las 17 comunidades autónomas y de las dos ciudades autónomas. Por supuesto, dentro del sector público estatal, autonómico y local hay muchísimos más convenios colectivos.

representantes de los trabajadores que suponen una clara limitación de la potestad administrativa de autoorganización [10].

Y para concluir, la manifestación de la implicación de los representantes de los trabajadores en la selección de empleados públicos de nuevo ingreso que va a ser objeto de esta comunicación es la propuesta vinculante de algunos miembros de los órganos de selección. Se trata de una función tan poco conocida como importante, de difícil articulación, controvertida y además en el punto de mira del borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público.

III. LA IMPLICACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS

1. Configuración de los órganos de selección de empleados públicos

La configuración y actuación de los órganos de selección, órganos administrativos *ad hoc* de carácter colegiado [11], forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público. Para que los ciudadanos realmente estén en condiciones de igualdad a la hora de acceder a los empleos públicos es absolutamente necesario que los órganos administrativos encargados de la selección objetiva, de la valoración del mérito y/o capacidad de los aspirantes, estén configurados de un determinado modo y actúen de una determinada manera. Modo de configuración y manera de actuación que aseguren que sólo el mérito y la capacidad determinen la selección de los empleados públicos.

En cuanto al modo de configuración del órgano de selección, tan importante o más que la propia actuación al ser más fácil de determinar y controlar, dos son las exigencias o principios fundamentales, de relevancia constitucional además: la configuración técnica o especializada y la imparcialidad de origen. Una tercera exigencia, mucho más reciente

---

[10] Por poner como ejemplo sólo el convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, son varios los preceptos que reconocen derechos de negociación y de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores, en el caso de este convenio de los sindicatos firmantes y presentes en la comisión paritaria o CIVEA. Así, los artículos 5.1.d) y 10, se ocupan de las relaciones de puestos de trabajo; el artículo 14 de los planes de ordenación de recursos humanos; el artículo 35 de las convocatorias públicas, etc.

[11] Así, J. I. Calvo Sáinz: «El procedimiento selectivo en la Administración Local», en F. A. Castillo Blanco (coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española,* Comares, Granada, 1998, p. 234.

en el tiempo que las anteriores, de relevancia sólo ordinaria y de alcance limitado por el momento, es la paridad de sexos [12].

A la configuración técnica o especializada se ha referido el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: «*Será preciso que* el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas y que *su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora*» (mías las cursivas) (STC 85/1983, F. J. 8). O dicho de otra forma: «{…} el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo» (STC 85/1983, F. J. 8) [13].

Como no podía ser de otro modo la legalidad ordinaria recoge esta exigencia constitucional en el artículo 19.2 LMRFP, que dice así: «El Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad». En realidad, este precepto legal remite a la regulación reglamentaria —lo que a juicio del Tribunal Constitucional no vulnera la garantía de la reserva de ley [14]—, si bien le impone como condición fundamental la necesaria especialización técnica de los integrantes del órgano de selección, lo que ya se ha dicho forma parte del contenido esencial del derecho constitucional a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público.

Aunque el artículo 19.2 LMRFP no tenga carácter básico y por tanto no se aplique en principio en las administraciones autonómicas y

---

[12] En la actualidad este principio viene recogido en el Real Decreto 96/2006, de 3 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2006 {art. 4. f)}. En el inmediato futuro este principio seguramente sea objeto de reconocimiento legal y con carácter básico además, a tenor del artículo 60.1 del borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público (segunda versión negociada con los sindicatos). También está previsto en el artículo 47 del anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres.

Algunas leyes autonómicas de la función pública ya lo recogen. El caso, por ejemplo, del artículo 31.3 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de funcionarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

[13] Posteriormente, y en el mismo sentido, las SSTC 215/1991, FF. JJ. 3, 4 y 5 y 174/1996, F. J. 2.

[14] Literalmente: «(tanto los medios de acreditación de los méritos que pueden aducirse en los concursos), como la composición de las Comisiones o Tribunales de valoración, no son cuestiones que necesariamente hayan de venir previstas en norma con rango de ley, constituyendo, por el contrario, materia típica de la ordenación reglamentaria {…}» (STC 174/1996, F. J. 2). Anteriormente, las SSTC 85/1983, F. J. 8 y 99/1987, F. J. 5 b).

locales, lo que dicho sea de paso no parece muy coherente [15], no hay la menor duda de que cualquier órgano de selección de empleados públicos, del ámbito territorial o funcional que sea, debe configurarse a partir de la ineludible exigencia constitucional de capacitación técnica de sus integrantes [16]. El borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público es inequívoco al respecto [17].

La otra exigencia constitucional relativa a la configuración de los órganos de selección es la imparcialidad. A la misma se ha referido también el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: «*Será preciso que el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas* y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora» (mías las cursivas) (STC 85/1983, F. J. 8).

Imparcialidad apriorística o de origen frente a imparcialidad funcional o de actuación [18]. Imparcialidad de origen de los respectivos miembros del órgano de selección que como el Tribunal Constitucional señala tiene que ver con la capacidad para emitir juicios libres, exentos de injerencias externas. La imparcialidad como independencia de criterio requiere sobre todo que los miembros del órgano de selección tengan la suficiente capacidad técnica o especialización. De esta manera, la suficiencia técnica es a la vez exigencia constitucional y legal de configuración del órgano de selección y premisa fundamental de la imparcialidad de sus miembros. A menor profesionalidad o especialización de los integrantes del órgano de selección mayor posibilidad de seguir consignas externas, ajenas a la valoración objetiva del mérito y la capacidad.

Empero, la suficiencia técnica o especialización de los miembros del órgano de selección no asegura por completo su imparcialidad apriorística. A este respecto, es adicionalmente necesario que el procedimiento de designación de los miembros del órgano de selección esté funda-

---

[15] El artículo 1.3 LMRFP establece el carácter básico de los apartados 1.º y 3.º del artículo 19, pero no así del apartado 2.º Por otro lado, el artículo 1.5 LMRFP otorga carácter supletorio a los preceptos no básicos como el 19.2 LMRFP.

[16] La STSJ de Baleares, c-a, 2-11-1998, Aa. 4247, F. J. 3, declara la nulidad de las actuaciones de un órgano de selección por no reunir sus miembros la suficiente capacitación técnica.

[17] El artículo 60.1 del borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público (segunda versión negociada con los sindicatos) configura los órganos de selección a partir de los principios de profesionalidad, imparcialidad y, en la medida de lo posible, paridad de sexos.

[18] Para M. Férez Fernández: «El procedimiento selectivo: Reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas», en AA.VV.: *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, IVAP, Oñate, 1997, p. 60, el principio de imparcialidad debe presidir tanto la configuración como la actuación de los órganos de selección.

mentalmente basado en el necesario perfil técnico o especializado de los juzgadores y no en otro tipo de consideraciones, sobre todo de naturaleza política, sindical o de cualesquiera otros corporativismos. Igualmente, es indispensable un adecuado sistema de abstención y recusación de los juzgadores.

La regulación legal de la configuración imparcial de los órganos de selección deja mucho que desear. En efecto, el artículo 19.2 LMRFP se limita a remitir a la regulación reglamentaria con la vaga e innecesaria imposición en este punto de que el proceso selectivo sea objetivo, es decir, que el órgano de selección sea imparcial [19]. Mucho más tajante es el borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público [20].

2. La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos: normativa y fundamento

La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos de nuevo ingreso mediante la correspondiente propuesta vinculante de evaluadores es especialmente problemática [21]. Problemas que tienen que ver con la dispersa y heterogénea regulación normativa, con la justificación de dicha implicación, con su compatibilidad o no con la exigencia constitucional de imparcialidad y, por último, con la articulación misma de la implicación.

La implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección tiene su principal bastión normativo en el artículo 30 RGI, que dice así: «Los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores». Dicho precepto en tanto que desarrollo reglamentario del artículo 19.2 LMRFP carece de carácter básico.

---

[19] Más criticable todavía es la regulación reglamentaria, pues el artículo 30 RGI se limita a remitir a las bases de cada convocatoria y sólo exige que el número de miembros del órgano de selección sea impar y que al menos uno de los miembros haya sido propuesto por la representación de los trabajadores, es decir, nada en relación con la exigencia de imparcialidad.

[20] El artículo 60.1 del borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público (segunda versión negociada con los sindicatos) configura los órganos de selección a partir de los principios de profesionalidad, imparcialidad y, en la medida de lo posible, paridad de sexos.

[21] La STSJ de Baleares, c-a, 2-11-1998, Aa. 4247, F. J. 3, declara la nulidad de las actuaciones de un órgano de selección constituido sin al menos un miembro designado a propuesta de la representación de los trabajadores.

Se aplica, en consecuencia, en la Administración General del Estado y en sus organismos autónomos y sólo supletoriamente en el resto de administraciones públicas [22].

En las comunidades autónomas las normativas legales y/o reglamentarias sobre función pública reconocen también la implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos de nuevo ingreso en régimen laboral, si bien en términos variables. En la mayor parte de las comunidades autónomas dicha implicación se ha extendido además a los órganos de selección de funcionarios públicos, unificando a estos efectos a los empleados públicos [23].

Por si lo anterior no bastara, los convenios colectivos, tanto el convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado como los convenios de ámbito autonómico, así como los de ámbito local, y otros más que no vienen al caso, reconocen y regulan la implicación de la que se viene hablando con arreglo a fórmulas dispares. Regulación convencional que, al margen de las dudas sobre su licitud o no, sobre su carácter jurídico o meramente buen intencionado, no siempre se relaciona de manera pacífica con la correspondiente normativa legal o reglamentaria. Hay en este sentido relaciones de complementariedad [24]

---

[22] Particularmente compleja es la situación de las administraciones locales. Por lo pronto, el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, de reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el proceso de selección de empleados de las corporaciones locales, no se ocupa de los órganos de selección de empleados públicos en régimen laboral. En cambio, buena parte de las normativas autonómicas sobre función pública, que sí regulan los órganos de selección, resultan aplicables también a las administraciones locales. De todos modos, en algunas comunidades autónomas hay normas específicas para la función pública local. A lo anterior habría que añadir las normas propias de algunas corporaciones locales de gran tamaño y, por supuesto, los convenios colectivos del personal laboral de las corporaciones locales.

[23] *Vid.* F. Puerta Seguido: *La consolidación del...*, *op. cit.,* p. 292, nota 63.

En casi todas las comunidades autónomas las normas sobre función pública que regulan los órganos de selección de funcionarios públicos dan entrada a miembros designados por la representación de los funcionarios, siendo las fórmulas muy variadas. Es el caso, por lo que a las normas de rango legal se refiere, de Extremadura (art. 22.2); Asturias (art. 43.3); Castilla y León (art. 47.1); Madrid (art. 23.1); Aragón (art. 26.2); Cantabria (art. 41.4); Canarias (art. 74.4); Castilla-La Mancha (art. 6.4); Baleares (art. 54); y País Vasco (art. 31.2). Y, a nivel de normativa reglamentaria, el caso de Valencia (art. 8.2); Navarra (art. 21); Galicia (art. 7.1) y Murcia.

[24] Hay relación de complementariedad, por poner algunos ejemplos, entre el artículo 30 RGI, que habla de manera imprecisa de la representación de los trabajadores y el artículo 36 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, que de manera más precisa se refiere a los sindicatos presentes en la comisión paritaria o CIVEA. Entre el artículo 11 del Decreto 68/1989, de 4 de mayo, del Consejo de Gobierno de Asturias, que otorga la competencia de propuesta a la representación sindical y el artículo 44 del convenio colectivo del personal laboral del Principado de Asturias, que concreta dicha representación en los sindicatos firmantes del convenio colectivo. Entre el artículo 22 del Decreto del Consejo de Gobierno de Cantabria 47/1987,

y de suplementariedad[25] y, en menor medida, de subsidiariedad[26], pero no faltan supuestos de colisión entre la normativa convencional y la legal o reglamentaria[27]. También son muy abundantes las normas convencionales que se limitan a reproducir, seguramente por motivos pedagógicos y de mayor accesibilidad para los trabajadores, las correspondientes normas legales y/o reglamentarias.

En definitiva, el panorama normativo es plural en cuanto a las fuentes y todavía más plural en cuanto a las soluciones normativas, lo cual evidentemente no hace sino complicar adicionalmente un asunto de por sí complejo.

La justificación o fundamento del papel que el artículo 30 RGI y otros muchos preceptos normativos legales, reglamentarios y convencionales atribuyen a la representación de los trabajadores en la designación material, que no formal, de parte de los miembros de los órganos

---

de 2 de julio, de procedimiento de ingreso, que otorga la competencia de propuesta a la representación sindical de los trabajadores y el artículo 27 del convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, que atribuye esa competencia a los sindicatos firmantes del convenio. Entre el artículo 24 del Decreto de la Junta de Galicia 95/1991, de 20 de marzo, de reglamento de selección de personal, que otorga la competencia de propuesta a la representación de los trabajadores y el artículo 46.6.c) del convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Galicia que atribuye la competencia al comité intercentros.

[25] Hay relación de suplementariedad, por poner algunos ejemplos, entre el artículo 30 RGI, que garantiza sólo un miembro del órgano de selección para la representación de los trabajadores y el artículo 36 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, que garantiza tres. Entre el artículo 11 del Decreto 68/1989, de 4 de mayo, del Consejo de Gobierno de Asturias, que sólo garantiza para la representación sindical de los trabajadores un vocal y el artículo 44 del convenio colectivo del personal laboral del Principado de Asturias, que lo amplía a dos. Entre el artículo 22 del Decreto del Consejo de Gobierno de Cantabria 47/1987, de 2 de julio, de procedimiento de ingreso, que garantiza sólo la designación de un miembro por parte de la representación sindical de los trabajadores y el artículo 27 del convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, que garantiza dos.

[26] El caso del artículo 4 de la Orden 1285/1999, de 11 de mayo, que aprueba instrucciones relativas al funcionamiento y actuación de los Tribunales de selección en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, que remite a la negociación colectiva pero con carácter supletorio establece algunas previsiones sobre la composición de los órganos de selección.

[27] El caso, por poner sólo un par de ejemplos, del artículo 26.2 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de Aragón, que atribuye la competencia de propuesta a los sindicatos con representación en la Diputación General, y el artículo 41.2, en relación con el 64.6.d), del convenio colectivo para el personal laboral de la Diputación de Aragón, que atribuye esa misma competencia al comité intercentros. O del artículo 26.3 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Baleares, que exime a los miembros designados por la representación de los trabajadores del principio de especialización, lo cual contradice abiertamente el artículo 54 de la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de ordenación de la función pública de las Islas Baleares, que no efectúa distinción alguna entre los miembros de los órganos de selección a la hora de exigirles la necesaria especialización.

de selección no resulta sencilla. Desde luego, no se trata de una manifestación genuina de la representación y defensa institucional de los intereses de los trabajadores que el artículo 7 CE atribuye a los sindicatos, pues los aspirantes a empleados públicos en régimen laboral no son trabajadores en activo y ni siquiera pueden ser considerados a estos efectos como potenciales trabajadores, debiendo prevalecer su condición de ciudadanos titulares del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos *ex* artículos 14 y 23.2 CE. Muy distinta, a este respecto, es la situación de quienes ya tienen la condición de empleados públicos y participan en procesos de provisión de puestos de trabajo, promoción interna, traslados, etc. En estos supuestos cobra plenamente sentido la implicación de la representación de los trabajadores en los correspondientes órganos de selección, ya que está en juego el interés colectivo de los trabajadores. La regulación convencional, además de la legal y reglamentaria, de estos procesos de provisión de vacantes *ad intra* es muy abundante y detallada, y daría de sobra para otra comunicación.

Tampoco se trata de una manifestación de la cada vez más importante participación institucional de los sindicatos *ex* artículo 6.3.a) LOLS, ya que no hay aquí labor sindical de defensa de los intereses de los trabajadores ante los poderes públicos [28]. Se insiste en el hecho de que en los procesos de selección de empleados públicos de nuevo ingreso, a diferencia de los de promoción, traslado, provisión, etc., los aspirantes no son trabajadores sino ciudadanos y la defensa de los ciudadanos en tanto que tales no corresponde ni constitucional ni legalmente ni a los sindicatos ni a otras formas de representación colectiva de los trabajadores. Por otro lado, la participación institucional de los sindicatos más representativos en materia de empleo público se canaliza a través de los correspondientes órganos públicos: el caso, en la Administración General del Estado, del Consejo Superior de la Función Pública [29].

---

[28] Se muestra dubitativo en este punto J. M. LÓPEZ GÓMEZ: *El régimen jurídico..., op. cit.*, pp. 183-184. *Vid.*, igualmente, la opinión de M. FÉREZ FERNÁNDEZ: «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», en *Documentación Administrativa*, 1995, núms. 241-242, p. 69.

La conexión que, *obiter dicta*, efectúa la STS, 4.ª, 10-6-1991, Ar. 5140, F. J. 3, entre la participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección y la participación institucional de los sindicatos más representativos ante determinados organismos públicos no es más que un recurso para justificar que las bases de la correspondiente convocatoria pública otorgaran la competencia de propuesta a los sindicatos más representativos del personal laboral de la Administración Pública en general, aunque la convocatoria en cuestión tuviera un ámbito mucho más restringido: la Administración de la Seguridad Social.

[29] Artículos 6 y 7 LMRFP.

Figuras similares existen en todas las Comunidades Autónomas.

Más bien se trata de un elemento de transparencia y control, de contrapeso del perfil preponderantemente político de los miembros de los órganos de selección designados por los órganos administrativos competentes, casi siempre en manos de cargos políticos. Como acertadamente ha señalado algún autor todo arranca del Reglamento General de Ingreso de 1984, derogado por el vigente RGI de 1995, conforme al cual la selección de los trabajadores se efectuaba por concurso y la de los funcionarios públicos en general por oposición, de modo que, ante las fundadas suspicacias que siempre han despertado los concursos, se introdujo la implicación de la representación de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos en régimen laboral como elemento de transparencia y objetividad [30]. De ahí que no se utilizara este mismo mecanismo en la selección de los funcionarios públicos y que todavía hoy siga sin utilizarse, al menos en el ámbito de la Administración General del Estado [31].

Ahora bien, si la justificación fuera realmente la mayor transparencia del proceso selectivo bastaría con dar entrada a la representación de los trabajadores en calidad de observadores, con voz pero sin voto, y evitar así posibles problemas de clientelismo sindical, de falta de imparcialidad en definitiva [32]. Eso es precisamente lo que hace el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Extremadura, de acuerdo con la normativa autonómica extremeña sobre función pública [33], y en parte también el convenio colectivo de las Islas Baleares [34]. También parece el caso de la normativa legal canaria, si bien en relación con los órganos de

---

[30] M. Férez Fernández: *El procedimiento selectivo..., op. cit.,* p. 62.

[31] Para la provisión de puestos de trabajo mediante concurso en el ámbito de la función pública *stricto sensu* el artículo 46.1 RGI ofrece algún papel a la representación sindical de los funcionarios públicos. Para M. Sánchez Morón: *Derecho de la función pública,* Tecnos, Madrid, 2004, p. 163, los miembros de los sindicatos más representativos deben limitarse a labores de supervisión para evitar tentaciones, nada teóricas, de clientelismo sindical. Para L. M. Arroyo Yanes: «Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local», en F. A. C astillo Blanco (coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española,* Comares, Granada, 1998, p. 289, la presencia de los representantes sindicales debería ser testimonial, a lo sumo un solo miembro, como instrumento de transparencia y sin que pueda dar lugar al clientelismo sindical.

[32] En esta línea se sitúa M. Molina García: *El contrato de..., op. cit.,* p. 203.

[33] Artículo 15.3, que establece lo siguiente: «Podrán, a iniciativa de cada Central Sindical, estar presentes en los Tribunales durante la totalidad del proceso selectivo en calidad de observadores, un representante de cada una de las Centrales Sindicales firmantes del presente Convenio». Téngase en cuenta que los sindicatos firmantes del convenio son tres: UGT, CC.OO. y CSI-CSIF. El artículo 24 del Decreto del Consejo de Gobierno de Extremadura 201/1995, de 26 de diciembre, de reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración de la Comunidad, utiliza los mismos términos si bien en lugar de referirse a los sindicatos firmantes del convenio se alude a los sindicatos con representación en el ámbito del personal laboral de la Administración extremeña.

[34] El artículo 26.3 establece que de los cinco miembros uno lo elige directamente el órgano administrativo competente, otro el comité intercentros, y los otros tres se eligen mediante sorteo con participación del comité intercentros. Esta última participación de

selección de funcionarios públicos [35], y de la normativa legal valenciana, igualmente respecto de la selección de funcionarios públicos [36].

Por polémico que esto pueda resultar, desde el punto de vista de la necesaria imparcialidad del órgano de selección la presencia de miembros de pleno derecho, con voz y voto, designados a propuesta vinculante de la representación de los trabajadores no parece de recibo [37]. Como tampoco sería admisible la designación de miembros a propuesta de los partidos políticos. Si la designación de todos los miembros del órgano de selección debe responder sólo a criterios técnicos y evitar así injerencias externas, como tiene establecido el Tribunal Constitucional [38], no se comprende muy bien por qué conforme al artículo 30 RGI, y a otros muchos preceptos legales, reglamentarios y convencionales, algunos miembros son materialmente designados por el órgano administrativo competente y el resto por la representación de los trabajadores. Esta duplicidad no hace más que incrementar las posibilidades de parcialidad sumando al clientelismo político, que tantas veces está detrás de los nombramientos efectuados por los órganos administrativos competentes, en manos de los cargos políticos, el clientelismo sindical. Para luchar contra el clientelismo político y contra el corporativismo y amiguismo de la elite de los empleados públicos pueden y deben introducirse mecanismos de transparencia, de vigilancia y control, pero no añadir nuevos clientelismos que menoscaben todavía más la ya de por sí precaria imparcialidad de los órganos de selección.

---

alguna manera constituye una labor de vigilancia y control, de observación de la transparente composición del órgano de selección.

[35] El artículo 74.4 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, establece lo siguiente: «Ante los tribunales tendrán representación las centrales sindicales de mayor implantación y representatividad en el territorio de la Comunidad Autónoma. Los representantes sindicales, cuyo número no será en ningún caso superior a tres, podrán recabar información de los Tribunales y hacer constar, en su caso, cualquier cuestión que afecte al procedimiento de selección».

[36] Artículo 9.2 del Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Valencia, que dice así: «La Administración de la Generalitat Valenciana garantizará la transparencia de los procedimientos de acceso a la función pública. A tal efecto, en el marco de lo previsto en la Ley 9/1987, de 12 de junio, la Administración dispondrá las medidas oportunas para que los sindicatos mayoritarios tengan conocimiento del desarrollo de las pruebas y de las actuaciones de los tribunales».

[37] En este sentido, M. MOLINA GARCÍA: *El contrato de…*, *op. cit.,* pp. 202-203, sobre todo en relación con los sindicatos y, en menor medida, con los representantes unitarios. Igualmente, J. J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO: *El acceso al…*, *op. cit.,* pp. 57 y 156-157, y F. PUERTA SEGUIDO: *La consolidación del…*, *op. cit.,* p. 211. También, M. SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho de la…*, *op. cit.,* pp. 137-138, pero en relación con los órganos de selección de funcionarios públicos en los ámbitos autonómico y local. Este mismo autor, pero ya en relación con el artículo 30 RGI plantea su posible inconstitucionalidad (p. 146).

[38] STC 85/1983, F. J. 8.

Respecto del denominado clientelismo sindical lo más llamativo y criticable seguramente sea la defensa a ultranza en los procesos selectivos libres de los muchos aspirantes ya incorporados a las administraciones públicas con carácter temporal, que no sólo parten con ventaja en la fase de concurso, a través de la valoración de los servicios prestados, sino que además cuentan con el apoyo incondicional de determinados miembros de los órganos de selección, designados a propuesta de la representación de los trabajadores, a la hora de valorar las pruebas teóricas o prácticas de conocimientos. La perspectiva de la representación sindical o unitaria de los trabajadores las más de las veces está mucho más cerca de la defensa de quienes ya integran el empleo público, de manera precaria eso sí, que del principio constitucional de igualdad de oportunidades de todos los aspirantes, los de dentro y los de fuera, o dicho en términos electorales, los electores presentes y pretéritos y los electores potenciales.

Se explica de esta manera que el informe de la comisión de expertos sobre el Estatuto Básico del Empleado Público recomendara acabar con los diversos tipos de clientelismo, incluido el sindical, de modo que los órganos de selección respondieran exclusivamente a parámetros técnicos, y para ello aconsejara prohibir la designación de miembros por parte de los sindicatos u otras formas de organización colectiva de los trabajadores, como también la designación de cargos políticos electivos o de mera designación, incluido el personal funcionario eventual [39]. Recomendación aparentemente recogida por la primera versión del borrador de anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Empleado Público [40]. Sin embargo, la segunda versión, producto de la negociación con los sindicatos más representativos, se aparta de la recomendación de la comisión de expertos y sólo establece que los miembros de los órganos de selección intervendrán a título individual, de manera que no se prohíbe en realidad la designa-

---

[39] Dice así: «Por ello, la Comisión propone que el Estatuto Básico establezca de manera expresa que la composición de los órganos de selección de empleados públicos de todo tipo debe ajustarse a estrictos criterios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, excluyéndose en todo caso de formar parte de ellos el personal de elección o designación política, comprendido el personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, {…}» (p. 99 del Informe). El artículo 39.2: «No podrán formar parte de los órganos de selección el personal de elección o de designación política, incluido el personal eventual, en representación de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones de representación de los empleados públicos».

[40] Decía el artículo 39.2: «No podrán formar parte de los órganos de selección el personal de elección o de designación política, incluido el personal eventual, en representación de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones de representación de los empleados públicos».

ción de parte de los miembros por parte de la representación de los trabajadores [41].

De todos modos, en el Derecho vigente y por lo que al menoscabo de la imparcialidad se refiere, el verdadero problema se plantea en aquellos supuestos en los que la representación de los trabajadores designa a más de un miembro del órgano de selección y especialmente cuando dicha designación alcanza a la mitad menos uno de los miembros, como establecen algunas normas legales y reglamentarias autonómicas y sobre todo muchos convenios colectivos, con el del personal laboral de la Administración General del Estado a la cabeza [42]. Cuando sólo se designa a un miembro, aunque sea de pleno derecho y tenga voz y voto, puede fácilmente justificarse como elemento de transparencia, de vigilancia y control, pero cuando el número y el poder de los miembros designados por la representación de los trabajadores aumentan el riesgo de clientelismo sindical y de falta de imparcialidad es más que evidente [43].

Por si hubiera alguna duda, cualesquiera miembros designados a propuesta de la representación de los trabajadores deben reunir la necesaria cualificación técnica o especialización, la que en cada momento y convocatoria exija la normativa vigente y nunca inferior a la de los miembros designados materialmente por el órgano administrativo competente [44].

---

[41] Literalmente: «La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad de representación de intereses» (art. 60.3 de la segunda versión del borrador).

[42] El artículo 36.1 del citado convenio único establece que como mínimo cuatro miembros serán designados por la Administración y tres por los representantes de los trabajadores. El convenio del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias establece que de los cinco miembros dos serán designados por la representación de trabajadores (art. 13). El de la ciudad autónoma de Ceuta reserva tres de los siete miembros para la representación de los trabajadores (art. 39.1). El de Castilla y León dos de los cinco miembros (art. 31). El de Aragón dos de los cinco miembros (art. 41.2). El de Asturias dos de los miembros sin que se establezca cuántos deben ser en total (art. 44). El de la ciudad autónoma de Melilla otorga a la representación de los trabajadores tres de los siete miembros (art. 10.4). El de Madrid el 30% de los miembros del tribunal (art. 17).

[43] En algunas Comunidades Autónomas el peso de los miembros designados por la representación de los trabajadores es algo menor. Así, en Cantabria se designan dos de los 6 miembros de pleno derecho (art. 27.1). En Galicia dos de siete (art. 11.1). En La Rioja sólo uno (art. 14.4). En Cataluña también sólo uno (art. 22.5). En Baleares uno de cinco. En Euskadi sólo uno, sin que se establezca cuántos miembros componen el tribunal (art. 13). En Navarra, uno de cinco (art. 38 de la normativa reglamentaria autonómica). El convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía no regula este particular (art. 16) y se limita a dar entrada a los sindicatos firmantes del convenio en los correspondientes procesos selectivos.

[44] J. J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano: *El acceso al...*, *op. cit.*, pp. 57 y 156-157, denuncian la falta de profesionalidad o especialización técnica que muchas veces presentan los miembros designados por los representantes de los trabajadores.

3. La difícil y plural articulación de la implicación de los representantes de los trabajadores en la normativa estatal, autonómica y convencional

La normativa reglamentaria aplicable a la Administración General del Estado, el artículo 30 RGI, es un ejemplo manifiesto de imprecisión, pues ni aclara qué debe entenderse por representación de los trabajadores ni establece procedimiento alguno para la realización de la propuesta ni fija criterios para solucionar los eventuales conflictos entre las diversas organizaciones de representación de los trabajadores que pudieran querer participar[45].

El principal problema del precepto reglamentario es que no precisa qué concreta representación de los trabajadores ostenta la competencia de propuesta: la sindical o la unitaria [46]. Y para el caso de que se tratara de la sindical, qué tipo de organizaciones sindicales: las más representativas o las firmantes del correspondiente convenio colectivo. Y si se tratara sólo de las más representativas, en qué nivel o ámbito de mayor representatividad. Contrasta esta problemática indefinición con la relativa precisión de otros preceptos estatales como el artículo 46.1 RGI en relación con la provisión de puestos de trabajo mediante concurso en el ámbito de la función pública [47].

De manera inaceptable, e ilegal sin duda, el artículo 26.3 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares exime a los miembros designados por la representación de los trabajadores del principio de especialización, es decir, no les exige tener la misma o superior titulación académica requerida a los aspirantes. Téngase en cuenta que el artículo 54 de la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de ordenación de la función pública de las Islas Baleares no efectúa distinción alguna entre los miembros de los órganos de selección.

La sentencia del Juzgado número 4 de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de 2 de octubre de 2000, JUR 2001/71409, F. J. 3, declara conforme a Derecho la decisión del órgano convocante de no acepar la propuesta realizada por la Junta de Personal ante la falta de idoneidad del miembro propuesto por la misma.

[45] J. M. López Gómez: *El régimen jurídico…*, *op. cit.,* pp. 183-184, critica la parca e imprecisa regulación del artículo 30 RGI. Por el contrario, M.ª L. Molero Marañón: *Acceso y clasificación…*, *op. cit.,* pp. 49-50, valora positivamente tanto la regulación reglamentaria como la convencional en este punto.

[46] Para M. Molina García: *El contrato de…*, *op. cit.,* pp. 201-202, la representación de los trabajadores debería ser la unitaria o la sindical en la correspondiente organización pública; nunca las centrales sindicales como tales.

[47] Dice así: «Las organizaciones sindicales más representativas y las que cuenten con más del diez por ciento de representantes en el conjunto de las Administraciones públicas o en el ámbito correspondiente, tienen derecho a participar como miembros en la Comisión de Valoración del ámbito de que se trate.

«El número de los representantes de las organizaciones sindicales no podrá ser igual o superior al de los miembros designados a propuesta de la Administración» (art. 46.1, párrafos 3.º y 4.º RGI).

Ante semejante imprecisión normativa corresponde a las bases de cada convocatoria pública la concreción de este importante punto, fijando tanto el número de miembros a proponer, pues el artículo 30 RGI sólo garantiza uno, como los sujetos colectivos de representación de los trabajadores con competencia de propuesta como, en su caso, los criterios para llevar a cabo la misma cuando pudieran concurrir varias organizaciones de representación de los trabajadores [48]. En realidad, las bases de cada convocatoria se limitan a recoger las previsiones que sobre la composición y funcionamiento de los órganos de selección contiene el convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Regulación convencional que, al margen de la polémica ya apuntada sobre su licitud o no, sobre su carácter jurídico o meramente recomendatorio [49], en buena medida se justifica por la parquedad e imprecisión de la regulación reglamentaria.

El convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado otorga la competencia de propuesta a los sindicatos firmantes del convenio e integrados en la comisión paritaria, llamada CIVEA (Comisión de interpretación, vigilancia, estudio y aplicación), o en la correspondiente subcomisión departamental o de organismo público, en función del ámbito funcional y territorial de cada convocatoria pública [50]. De este modo, se deja fuera a los sindicatos simplemente representativos en cualquier ámbito concreto que sea inferior al del convenio colectivo único. Así, por ejemplo, en el ámbito de un departamento ministerial, un organismo autónomo, la Administración de Justicia, la de Seguridad Social, etc. [51] Estas exclusiones no vulneran a juicio de los tribunales el derecho a la libertad sindical [52]. Al

---

[48] Así lo establece, *obiter dicta* en todo caso, la STS 4.ª, 10-6-1991, Ar. 5140, F. J. 3. Esta sentencia admite que la propuesta corresponda a los sindicatos más representativos conforme a la LOLS, incluso en un ámbito de mayor representatividad más amplio que el de la propia convocatoria: en el caso concreto, el ámbito del personal laboral del conjunto de las administraciones públicas.

[49] Para la STSJ de Castilla-La Mancha, c-a, 28-4-1999, Aa. 1526, F. J. 4, en caso de discrepancia entre las bases de la convocatoria y la regulación del convenio colectivo debe prevalecer esta última, lo cual es cuando menos dudoso.

[50] Artículo 36.1. Téngase en cuenta que el convenio colectivo fue suscrito por todos los sindicatos con legitimación a la altura de 1998, es decir, CC.OO., UGT, CSI-CSIF, ELA-STV y CIG. Con posterioridad ha alcanzado la condición de sindicato más representativo en el ámbito del País Vasco el sindicato LAB, que lógicamente no pudo firmar el convenio y está por ello excluido de la comisión paritaria.

En el II convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, que se está negociando en estos momentos, la composición y el funcionamiento de los órganos de selección no experimentan cambio alguno, al menos en la propuesta realizada por el Ministerio de Administraciones Públicas y que circula por internet. Por ejemplo, puede verse en la página web del sindicato UGT, en la Federación Estatal de Servicios Públicos.

[51] Del vasto ámbito de aplicación del convenio colectivo único se ocupa el artículo 1.

[52] En este sentido, la STSJ de Andalucía/Málaga, 12-4-2002, As. 2648, F. J. único.

fin y al cabo, tal y como ya se ha dicho, no está en juego la defensa institucional de los intereses de los trabajadores sino otra cosa.

Por otro lado, no establece el convenio colectivo único criterio alguno para llevar a cabo la propuesta de los tres miembros que corresponde a la representación sindical de los trabajadores, lo cual en algunos casos pudiera ser fuente de litigios entre los cinco sindicatos que firmaron el convenio e integran la comisión paritaria. Ante tal silencio normativo los sindicatos deberían ponerse de acuerdo y lo mejor sería que adoptaran criterios estables, válidos para las distintas convocatorias públicas. Téngase en cuenta que a menos que lo exija una norma, cosa que no sucede en la Administración General del Estado, el criterio no tiene por que ser el de proporcionalidad sindical [53], pues el inequívoco carácter técnico de las labores a desempeñar por los miembros designados en el seno de los órganos de selección de empleados públicos sitúa a aquéllos en el mismo plano que los delegados de prevención de riesgos laborales, cuya designación no tiene necesariamente que respetar el principio de proporcionalidad sindical a juicio de los tribunales [54].

En el ámbito de las comunidades autónomas, la articulación de la implicación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección ofrece fórmulas dispares. Por lo pronto, las normativas autonómicas sobre función pública regulan la composición y funcionamiento de los órganos de selección en general y la implicación de los representantes de los trabajadores en particular de forma mucho más prolija que la normativa estatal, reducida al parco e impreciso artículo 30 RGI [55]. A su vez regulan esas mismas cuestiones los convenios colectivos del personal laboral de las administraciones autonómicas [56], dando lugar a

---

[53] La STSJ de Madrid, social, 27-2-1996, As. 1013, F. J. único, admite, a partir de la interpretación de la regulación del correspondiente convenio colectivo, que la representatividad sindical se mida en atención a la presencia sindical en la comisión paritaria del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid en lugar de en las últimas elecciones sindicales en dicho ámbito. Avala esta interpretación la STS, 4.ª, 20-3-1997, Ar. 2583, F. J. 3.

[54] Así lo establece rotundamente la STS, 4.ª, 15-6-1998, Ar. 5702, F. J. 3. Igualmente, entre otras, la STS, 4.ª, u-d, 30-4-2001, Ar. 4618, F. J. 3.

[55] Una clara excepción es la Región de Murcia, cuya regulación legal, reglamentaria y convencional sobre la participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección sigue la pauta del artículo 30 RGI. También lo es la Comunidad Autónoma de Valencia, ya que las normas legales y reglamentarias no entran en este particular y el convenio colectivo se limita a garantizar la presencia de los sindicatos más representativos en el ámbito del personal laboral, sin mayores detalles en cuanto a número de miembros, criterios de designación, etc.

[56] A excepción de los convenios colectivos de Murcia y Navarra. Tampoco contiene una verdadera regulación el convenio colectivo del País Vasco, ya que en materia de tribunales de calificación se limita a disponer que habrá un representante del personal, sin más precisión (art. 13.5). Y ésa es también la situación del convenio colectivo de Valencia citado en la nota anterior.

relaciones de complementariedad, suplementariedad y supletoriedad, así como a contradicciones normativas. También es muy frecuente que los convenios colectivos reproduzcan literalmente o casi la normativa legal o reglamentaria de referencia.

En algunas comunidades autónomas, siguiendo el modelo del convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, la implicación de los trabajadores en los órganos de selección de empleados públicos se otorga sólo a los sindicatos firmantes del correspondiente convenio colectivo del personal laboral de la administración autonómica, e integrantes por tanto de la comisión paritaria. Así lo disponen el convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que además regula los criterios conforme a los que realizar la propuesta [57], y el convenio colectivo del Principado de Asturias [58]. Y algo parecido sucede con el convenio colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía, si bien no se llega a concretar el grado de implicación de los sindicatos firmantes [59].

En alguna comunidad autónoma, en cambio, la competencia se otorga a los sindicatos con legitimación para negociar el correspondiente convenio colectivo, es decir, los más representativos y los relativamente representativos en el ámbito del personal laboral de la administración autonómica, independientemente de que hayan suscrito o no el convenio colectivo, y por tanto de que formen o no parte de la comisión paritaria. Es el caso del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid. El mecanismo para designar a los dos miembros correspondientes, de los siete que integran el órgano de selección, es especialmente complejo: cada sindicato con legitimación propone a un determinado número de potenciales miembros y luego por sortero ante notario se eligen a los dos que corresponden en cada convocatoria [60].

---

[57] Artículo 27.1, que dice así: «La designación de miembros a propuesta de las organizaciones firmantes del Convenio será en función de la representatividad obtenida en el Comité de Empresa y tendrá carácter rotatorio. Las organizaciones firmantes comunicarán los vocales propuestos en el plazo de quince días a contar desde la comunicación de la solicitud de designación. De no comunicarse en dicho plazo los vocales designados perderán este derecho». Téngase en cuenta que los sindicatos firmantes del convenio son cinco y que sólo les corresponde designar dos miembros de cada órgano de selección, de ahí lo del criterio de representatividad combinado con el de rotación.

[58] Artículo 44. Adviértase que los sindicatos firmantes del convenio son dos (UGT y USIPA-CISA) y dos también los miembros a designar. Se deja por tanto fuera a un sindicato más representativo, CC.OO., por no haber suscrito el convenio colectivo.

[59] Artículos 16.4 y 16.5, que se refieren a la participación de los sindicatos integrados en la comisión paritaria en los diferentes procesos selectivos, sin concretar nada más. El artículo 16.5.c) establece que cada convocatoria se negociará en el seno de la comisión paritaria y quizá ése sea el cauce para articular de manera concreta la participación de los sindicatos en los órganos de selección.

[60] Artículo 17. Por otro lado, este mismo artículo establece un sistema diferente para los órganos de selección de trabajadores temporales, en aquellas consejerías que carezcan

En muchas comunidades autónomas la representación de los trabajadores a la que se otorga la competencia de propuesta no es la sindical sino la unitaria. Por supuesto detrás de la representación unitaria casi siempre está la sindical, pero formalmente son dos formas distintas de organizar colectivamente a los trabajadores. Para evitar los problemas derivados de la atomización de la representación unitaria en la mayoría de las comunidades autónomas se atribuye la competencia al comité intercentros, órgano unitario de segundo nivel creado y regulado por la negociación colectiva. Es el caso de los convenios colectivos del personal laboral de las administraciones de Canarias [61], Castilla y León [62], Galicia [63], Cataluña [64], Aragón [65] e Islas Baleares [66].

La intervención del comité intercentros plantea el mismo problema que la intervención directa de los sindicatos, a saber, la determinación del criterio conforme al que elegir al miembro o miembros del órgano de selección. Dicho criterio, ya se ha dicho, no tiene por que ser el de proporcionalidad sindical, a menos que así se establezca expresamente como sucede con los convenios colectivos de Castilla y León y Galicia [67].

---

de bolsa de empleo: de los nuevos miembros del tribunal permanente tres son designados a propuesta de las organizaciones sindicales con legitimación para negociar el convenio colectivo del personal laboral de la comunidad. Además se especifica que el criterio a seguir es el de proporcionalidad sindical.

[61] Artículo 13, que no ofrece criterio alguno para la designación de los dos miembros que le corresponden.

[62] Artículo 31, que dice así: «La designación de miembros atribuida al Comité Intercentros guardará la proporcionalidad de los sindicatos presentes en el mismo y tendrá carácter rotatorio». Téngase en cuenta que sólo corresponde proponer al comité intercentros dos miembros de cada órgano de selección.

[63] El artículo 11.1 sólo alude a la representación de los trabajadores sin más aclaraciones. Sin embargo, el artículo 46.6.c) atribuye al comité intercentros la designación de los miembros que deban representar a los trabajadores en las distintas comisiones que puedan existir, por ejemplo los órganos de selección de empleados públicos. El criterio que se establece es el de la proporcionalidad sindical, sin que se aluda por el contrario al criterio de la rotación, lo cual es problemático porque en cada convocatoria sólo se pueden designar a dos miembros y los sindicatos con presencia en el comité intercentros superan dicha cifra.

[64] Artículo 22.5. Téngase en cuenta que sólo corresponde designar a un miembro y que el citado artículo no establece mecanismo alguno para hacerlo, lo cual podría generar enfrentamientos sindicales. El mismo artículo 22.5 otorga competencia a los delegados de personal o comités de empresa de alcance territorial, debe entenderse para las convocatorias públicas de empleo de alcance territorial. Y para el supuesto de que no existieran dichos órganos unitarios subsidiariamente se atribuye la competencia de propuesta a la parte social de la comisión paritaria del convenio.

[65] El artículo 41.2 alude sin más a la representación de los trabajadores. Con más precisión el artículo 64.6.d) otorga la competencia de propuesta al comité intercentros, sin aportar criterio alguno para hacerlo.

[66] Artículo 26.3. No se establece el criterio a seguir, lo cual quizá se explique por el hecho de que tan sólo debe ser elegido un miembro.

[67] Ver notas 46 y 47.

En otras comunidades autónomas, pequeñas y uniprovinciales, donde el grado de atomización de la representación unitaria no es elevado y donde además no se ha creado la figura del comité intercentros, la competencia de propuesta se otorga al correspondiente comité de empresa o, en su caso, a los delegados de personal. Así sucede con el convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de La Rioja [68] y con la normativa reglamentaria autonómica de la Comunidad Foral de Navarra [69]. Es el caso, igualmente, del convenio colectivo de la ciudad autónoma de Melilla [70]. Más complicado es el convenio colectivo de la ciudad autónoma de Ceuta, que otorga la competencia a la representación unitaria, al comité de empresa, pero a propuesta —se supone que vinculante— de los sindicatos con presencia en la ciudad autónoma, es decir, en realidad la competencia se otorga materialmente a los sindicatos [71].

Para concluir, ninguna norma legal, reglamentaria o convencional establece que los miembros a designar por la representación de los trabajadores, la sindical o la unitaria según el caso, tengan que tener la condición de representantes unitarios, delegados sindicales, afiliados, etc. [72] Otra cosa es que en la práctica lo más frecuente es que así sea.

Anexo de Convenios colectivos

— Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado (versión original publicada en el BOE, 1-12-1998) (El texto actualizado aprobado por la CIVEA en su reunión de 12 de septiembre de 2002 puede encontrarse, entre otras muchas, en la página web: www.fsp.es).

— Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA, 28-11-2002).

— VI Convenio colectivo para el personal laboral que presta sus servicios en la Diputación General de Aragón (BOA, 6-3-1998).

---

[68] Artículo 14.4. El precepto no establece el criterio a seguir, lo cual quizá se explique por el hecho de que sólo debe proponerse un miembro.

[69] Artículo 37 del Decreto Foral 113/1985, de 5 de junio, de reglamento de ingreso, que tampoco establece el criterio a seguir para designar al único miembro.

[70] Artículo 10.4, que no establece criterio alguno para la realización de la propuesta. Téngase en cuanta que los miembros a proponer en este caso son tres.

[71] Artículo 39.1, que fija el siguiente criterio: cada sindicato con representación en la ciudad de Ceuta propone a un miembro y como hay tres sindicatos el número de miembros a elegir es precisamente tres.

[72] Alguna excepción hay como por ejemplo el artículo 22.5 del convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Generalidad de Cataluña, que exige que los elegidos por la representación unitaria sean también representantes unitarios.

— Convenio colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias (BOPA, 26-8-2005).

— III Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC, 6-2-1992).

— VII Convenio colectivo para el personal laboral que presta sus servicios en la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC, 10-11-2004).

— V Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCLM, 13-1-2006).

— IV Convenio colectivo para el personal de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León (BOCyL, 27-1-2003).

— VI Convenio colectivo único para el personal laboral de la Generalidad de Cataluña.

— Convenio colectivo del personal laboral de la Ciudad Autónoma de Ceuta (BO de la ciudad de Ceuta, 11-3-2005).

— Convenio colectivo de colectivos laborales al servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOPV, 23-8-2001).

— V Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura (DOE, 23-7-2005).

— IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Junta de Galicia (DOG, 4-6-2002).

— IV Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB, 10-9-2005).

— Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOR, 4-8-2005).

— Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (BOCM, 28-4-2005).

— VIII Convenio colectivo para el personal laboral de la Ciudad Autónoma de Melilla (BO de la ciudad de Melilla, 4-8-2005).

— Convenio colectivo de trabajo para el personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia (BORM, 2-4-1996).

— Convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (BON, 29-10-2004).

— II Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Generalidad de Valencia (DOGV, 12-6-1995).

Ponencia Temática I

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL PLANO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO

CARMEN ORTIZ LALLANA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Rioja

SUMARIO:

I. HACIA UN MODELO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN EL ÁMBITO EUROPEO: INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA.—II. EL LARGO Y LENTO CAMINO HACIA LA PARTICIPACIÓN TRANSNACIONAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. La confluencia de modelos diferentes de representación. 2. Evolución general y descripción del modelo comunitario.—III. EL MARCO GENERAL RELATIVO A INFORMACIÓN Y A LA CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA. 1. La Directiva marco (D.2002/14/CE) y el tipo de información y consulta que incorpora. 2. La repercusión del marco comunitario en el ordenamiento jurídico español.—IV. LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA. 1. Ámbito de aplicación y efectos de la Directiva 94/45/CE. 2. Sobre el procedimiento para alcanzar el instrumento de información y consulta de los trabajadores. 3. La transposición del modelo europeo a nuestro ordenamiento interno.—V. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE). 1. Sobre la relación entre los instrumentos normativos de distinta naturaleza que regulan la SE y su fundamento (D. 2001/86/CE y R. 2157/2001). 2. El Reglamento: un intento de alcanzar la correspondencia económica y jurídica de la empresa en el ámbito de la CE. 3 La Directiva: el complemento regulador de la implicación de los trabajadores. 3.1. La dimensión transnacional de los derechos de participación de los trabajadores y la mutua influencia de los derechos que los regulan. 3.2. Los procedimientos de información, consulta y participación en la SE. 3.3. El funcionamiento del órgano de representación, las garantías y deberes de los representantes y las cautelas frente a actuaciones indebidas. 4. La transposición del modelo comunitario de implicación de los trabajadores al ordenamiento jurídico español: un proceso en marcha. 4.1. Las dificultades del proceso. 4.2. Un intento de transposición cercano en el tiempo: El Proyecto de Ley de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas.—VI. EPÍLOGO.

I. HACIA UN MODELO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN EL ÁMBITO EUROPEO: INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La tradicional acepción del término «participación» de los trabajadores en la empresa, como amplio conglomerado de propuestas y formas organizativas de los asalariados en el centro de trabajo, todas ellas heterogéneas y diversas entre si, ha experimentado un notable desgaste, que obliga partir de la consideración del papel colectivo que, como práctica democrática, pueden desempeñar los trabajadores dentro de la organización productiva y en particular dentro del «cupo de poder empresarial delegable y participado [1]».

El concepto resulta difícilmente reconducible a la unidad, dadas las diversas expresiones institucionales de estas prácticas y de la cuota de poder en que se desenvuelve, cuyo alcance e intensidad es variable, dependiendo de las diferentes condiciones económicas, políticas y socioculturales de cada país y de la continua transformación a que están sometidas. Estas mutaciones dependen de los cambios experimentados por el ritmo cada vez mas acelerado de la actividad económica, de las alteraciones en la organización y los sistemas productivos y del comportamiento

---

[1] Sobre la «inutilidad de la noción de participación como categoría explicativa unitaria» y las diversas acepciones del término «participación en la producción», «participación en la vida de la empresa», «participación en la gestión», «participación financiera» y «la nueva cultura participativa de la empresa». *Vid.,* por todos PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», en *XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Salamanca, 2006, ejemplar fotocopiado, pp. 1 a 7 y 10. A propósito de la descripción del modelo de participación de los trabajadores en la empresa en la Constitución Europea. MONEREO PÉREZ, J. L., se refiere al principio de «democracia participativa» que sitúa el problema de la participación al máximo nivel y atribuye un papel central a los interlocutores sindicales y al diálogo social autónomo. *Vid. Comentarios a la Constitución Europea,* Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1056 y ss.

del empleo; factores todos ellos que determinan un desplazamiento del sindicalismo antagónico y reivindicativo frente a los fundamentos de la sociedad capitalista hacia un «reivindicacionismo selectivo [2]», que conlleva diversas prácticas de diálogo y participación en las decisiones estratégicas de las empresas.

Se impone, por tanto, una labor de reconstrucción de la configuración institucional y de la regulación jurídica de la «participación de los trabajadores en la empresa» que viene siendo estimulada, ya desde los años setenta en el ámbito internacional y comunitario, aunque mediante iniciativas e instrumentos de distinta inspiración, dado el carácter abierto de la noción, su amplitud y complejidad, y la utilización de estrategias diferentes [3].

Desde que el Libro Verde de las Comunidades Europeas (1975) [4] abordase la «participación» como un «imperativo democrático», desde

---

[2] *Vid.*, más ampliamente, Ortiz Lallana, M. C.: *La transformación del derecho del trabajo ante los nuevos retos sociales,* SPUR, Logroño, 2000, pp. 43 a 46, y la bibliografía que en ellas se cita. También «Líneas de tendencia y problemas fundamentales del sector jurídico laboral en las sociedades industriales: el caso español», en *RT,* núm. 82, 1986.

[3] *In extenso*, por todos, Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)», en *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico societario, laboral y fiscal.* Coord.: Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.: *Registradores de España,* Edit. Pons, Madrid, 2004, pp. 1073 y ss. Vasquez, F.: «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», en *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico societario, laboral y fiscal,* cit., pp. 915 a 929. Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *La Sociedad Europea. Régimen jurídico, laboral y fiscal,* cit., pp. 995 y ss. Esteban Velasco, G.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Suárez Cabero,* vol. II, Madrid, 2002, p. 1677 y ss. Arrigo, G.: «La implicación de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 52. Menéndez Sabastian, P.: «La participación de los trabajadores en la empresa», Cap. VI, en *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de España a la Comunidad Europea* (Coord. y Dir. por García Murcia, J.), MTAS, Colección de Informes y Estudios, núm. 17, Madrid, 2005, pp. 513 y ss. Fernández do Campo, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario,* Tirant lo Blanch, núm. 169, Valencia, 2006.

[4] *Participación de los trabajadores y estructura de las empresas. Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas,* Luxemburgo, 1975, versión española autorizada por el MT, Madrid, 1976, p. 15. En los años setenta ciertos Estados miembros de la CE contaban con un sistema de implicación de los trabajadores que reconocía a estos el derecho a hacerse representar en los órganos sociales de las Sociedades Anónimas nombrando a cierto número y cierta proporción de los miembros de esos órganos. Los demás países no contaban con ese tipo de normas o no las aplicaban de forma obligatoria. De ahí que la división entre Estados haya marcado las divergencias a lo largo de estos casi treinta años de debate. Vázquez, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., pp. 917 y 918. No obstante, en general

el prisma del viejo principio ideológico de la democratización de las relaciones industriales, hasta que la Directiva 2001/86 se refiere a la «implicación de los trabajadores», como comprensivo de la «información, consulta, participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa» (art.2 h), poniendo en marcha la denominada «dimensión social» de la UE [5], media un largo trecho, no exento de desencuentros entre los agentes políticos, azaroso [6], y lento, cuyos tropiezos se deben a la heterogeneidad de los modelos nacionales de participación, la diversidad de las formas y de los niveles de representación de los Estados miembros [7] y el temor de los diferentes países a ver alteradas sus prácticas tradicionales [8].

No obstante, es un larga andadura cuyos resultados pueden ordenarse en tres grupos:

— *Las actuaciones sectoriales de la comunidad* en el ámbito de la armonización de las legislaciones nacionales, que se plasman en las Directivas en vigor en diferentes ámbitos: los despidos colectivos (Directiva 75/129/CE) a través de la consulta a los trabajadores ante la decisión extintiva empresarial [9]; el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de transmisiones de empresas (D. 77/187/

---

en el ámbito internacional los antecedentes que se sitúan ya en los años setenta datan de la OIT y en particular de la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores. R. 143, sesión, núm. 6, de 23 de junio de 1971 (libertad sindical, negociación colectiva y relaciones laborales) y en la Recomendación sobre la consulta tripartita, R. 152, sesión, núm. 65, de 21 de junio de 1976 (consulta tripartita).

[5] Esteban Velasco, G.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Suárez Cabero.* Vol. II, Madrid, 2002, p. 1681.

[6] Valdés Dal-Ré, F.: ob. cit., p. 1073.

[7] La variedad de sistemas nacionales de representación y participación de los trabajadores en la empresa en G roupe D'Experts, European Systems of Worker Involvement (With regard to de European Company Statute and the other pending proposals). Rapport final. Comisión Europeenne. Unité V/D.2, Luxembourg 1997, Anexo III. También *in extenso* la relación de los diferentes países, con su forma de representación, los umbrales de aplicación, el sistema de nombramiento o elección de los miembros de los órganos de representación y el modo de intervención, en Vázquez, F.: «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», cit., pp. 968 y 969. Sobre los modelos de participación de los trabajadores en la empresa, *vid.*, RMTAS, núm. 43, 2003, número monográfico dedicado al tema.

[8] *Vid.* Menéndez Sabastián, P.: «La participación de los trabajadores en la empresa», en AA.VV., Coord. y Dir.: García Murcia, J.: *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la Incorporación de España a la Comunidad Europea,* cit., p. 513.

[9] Directiva 75/129/CE, de 17 de febrero de 1975 (DOCE, núm. L 48, de 22 de febrero de 1975) revisada en 1992 (DOCE, núm. L 245, de 26 de agosto de 1992) cuyos textos fueron consolidados por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 (DOCE, núm. L 225, de 12 de agosto de 1998).

CE)[10], que atiende a la cultura de la 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; o la tutela de la seguridad y salud en el trabajo (D. 89/391/CE [11]), a través de «la información, la consulta (y) la participación equilibrada»... «entre los empresarios y los trabajadores y/o sus representantes por medio de procedimientos e instrumentos adecuados... [12]».

— *Las iniciativas destinadas a las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria*, mediante 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 empresa (D. 94/45/CE) [13] o a través del establecimiento de un «marco general» relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en el Conjunto de la Comunidad Europea (D. 2002/14/CE) [14].

---

[10] Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero de 1977 (DOCE, núm. L 61, de 5 de marzo de 1977) modificada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio de 1998 (DOCE, núm. L 201, de 17 de julio de 1998).

[11] Directiva 89/391/CE del Consejo, de 12 de junio de 1989 (DOCE, núm. L 183, de 29 de junio de 1989) de la que derivan, a su vez, una multiplicidad de Directivas «específicas».

[12] Considerando 11 de la Exposición de Motivos D. 89/391. Estas actuaciones sectoriales se califican también por la Doctrina como «fórmulas débiles» de participación laboral sobre determinadas decisiones empresariales. *Vid.* FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., p. 113 y ss.

[13] Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994 (DOCE, núm. L 254, de 30 de septiembre de 1994). *Vid.* también COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación de la Directiva... COM (2000)188 final; PARLAMENTO EUROPEO: Informe sobre el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación de la Directiva... 12 de junio de 2001. Final A5-0282/2001. La Directiva toma como referencia la propuesta «Vredeling», de 24 de octubre de 1980, sobre la información y consulta de los trabajadores en empresas de estructura compleja y en particular transnacional (DOCE, núm. L 297, de 15 de noviembre de 1980) y Propuesta modificada (Vredeling-Richard), de 13 de junio de 1983 (DOCE, núm. L 217, de 1 de agosto de 1983). Su antecedente inmediato es la Propuesta de Directiva sobre la creación de Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria a efectos de información y consulta de los trabajadores, de 25 de enero de 1991 (DOCE, núm. 39, de 15 de febrero de 1991) y propuesta modificada (DOCE, núm. C 336, de 31 de diciembre de 1991). La trayectoria desde la propuesta Vredeling a la Directiva 94/45/CE en FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., p. 141.

[14] Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, relativa a la representación de los trabajadores (DOCE, núm. L 080 de 23-3-2002). Sobre ella, en general, FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., p. 96 y ss.

— *Las acciones que pretenden la creación de un derecho Europeo de Sociedades, tipificando la Sociedad Anónima Europea* —SE— (R. 2157/2001/CE)[15] y también de la Sociedad Cooperativa —SC— (R. 1435/2005/CE)[16] y «permitiendo la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las Sociedades... pueden impedir o dificultar tales operaciones[17]». Junto a ellas, las acciones que, como complemento de las anteriores, se ocupan de la participación de los trabajadores en la futura sociedad Europea (D. 2001/86/CE)[18], o en la Sociedad Cooperativa Europea (D. 2003/72/CE), que ha constituido durante décadas el obstáculo que dilatara el proceso de consecución de un acuerdo sobre el Estatuto de la Sociedad Europea[19] y hoy se plasma en un proceso de negociación formalizado. En virtud de este acuerdo de una comisión negociadora representativa de los trabajadores incluidos en las sociedades participantes, sus filiales o los establecimientos interesados en la Constitución de la Sociedad Europea, determinará la modalidad de implicación de los trabajadores (información, consulta, participación, etc...) a través de la cual estos podrán influir en las decisiones que adopten las empresas y, en defecto de acuerdo, serán de aplicación una serie de normas subsidiarias que cumplan «determinados requisitos estándar[20]».

Tras este largo proceso, se pasa de la reproducción en el Estatuto de la SE del sistema de participación considerado como el más fuerte en los años setenta, el sistema alemán, a un modelo de participación denominado «dualista» —frente al sistema «monista»—, flexible y exento de

---

[15] Reglamento CE, núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOCE, núm. L 294/1 de 10-11-2001).

[16] Reglamento CE, núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) (DOCE, núm. L 207/1 de 18 de agosto de 2003).

[17] Considerando 7 del Reglamento, núm. 2157/ 2001 del Consejo.

[18] Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294/22, de 10 de noviembre de 2001); que forma un conjunto «inescindible» con el Reglamento 2157/2001; como ocurre en el caso de las Sociedades Cooperativas entre el Reglamento 1435/2003 y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003 (DOCE L 207 de 18 de agosto de 2003).

[19] No obstante la cuestión de la participación de los trabajadores no ha sido la única que ha frenado la evolución del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Europea, pero ha sido la cuestión más «peliaguda» de resolver. *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)» cit., p. 916. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: «El derecho de participación de los trabajadores en la empresa», en *Comentarios a la Constitución Europea,* cit., p. 1079 y ss.

[20] *Vid.* Sección III, artículos 3 a 7. Directiva 2001/86.

uniformidad. Asimismo, el concepto «participación» se desliza hacia el de «implicación» de los trabajadores en la empresa aunque circunscrito en este caso a la Sociedad Anónima Europea, y se abre a «cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa» y que incluyen, «la información», «la consulta» y la «participación» en sus diferentes facetas (arts. 2.h, i, j, y k, D. 2001/86/CE) [21].

No obstante, formuladas estas constataciones, las páginas que siguen pretenden abordar el hilo conductor y las coordenadas de esta evolución, así como el contenido de las principales normas comunitarias que lo plasman y las dificultades que conlleva la trasposición de este nuevo modelo a nuestro ordenamiento interno, cuyo proceso se encuentra en marcha [22].

---

[21] En noviembre de 1996 la Comisión constituye un grupo de trabajo, el *Grupo Davignon,* al que se encomienda una triple misión: a) hacer balance y evaluación de los sistemas de participación en los órganos de las Sociedades de los Estados miembros...; b) evaluar el riesgo de huida de los sistemas nacionales por la utilización de la SE...; c) enunciar el tipo de reglas aplicables a la SE atendiendo a su origen: legislativo o negocial. *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., p. 1083. El trabajo concluye en mayo de 1997 con el Documento GROUPE D'EXPERTS, European Systems of Worker Involvement (With regard to de European Company Statute and the other pending proposals). Rapport final. Comisión Europeenne. Unité V/D.2, según el Anexo I. «1. Los dos modelos de representación de los trabajadores: en el «canal único» (sistema monista), desarrollado por vía contractual los sindicatos son el interlocutor único o privilegiado del empresario. El modo esencial de intervención es la negociación. Los delegados sindicales se encargan de toda la representación en Suecia, Finlandia, Islandia, Irlanda, Reino Unido, Noruega, Dinamarca e Italia y de forma variable en el Reino Unido. En el sistema de doble representación (o sistema dualista) la representación de la totalidad del personal en la empresa pasa por una instancia elegida, que constituye un segundo polo de representación conjuntamente con la acción sindical de reivindicación y de negociación (España). Sobre la dualidad de sistemas y la apuesta final por el sistema dualista en el marco comunitario. *Vid.* VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 967. CASAS BAAMONDE, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *La Sociedad Europea. Régimen jurídico, laboral y fiscal,* cit., p. 1010. ESTEBAN VELASCO, G.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político? B., cit., pp. 1710 a 1716. Sobre el modelo de participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de la Ley alemana de comités de empresa, *vid.*, ALZAGA RUIZ, I.: «La reforma de la Ley alemana de comités de empresa», en *Modelos de participación de los trabajadores en la empresa,* RMTAS, núm. 43, cit., p. 65 y ss. También sobre el modelo de participación alemán (cogestión), FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., pp. 64 a 79. Sobre el contenido de participación en general, MONEREO PÉREZ, J. L.: «El derecho de participación de los trabajadores en la empresa», en *Comentarios a la Constitución Europea,* cit., pp. 1068 y ss.

[22] *Vid. Proyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas. Serie A Proyectos de Ley,* 29 de noviembre de 2005, núm. 59-1. El proceso se encuentra más avanzado en Italia, mediante Decreto Legislativo de 19 de

II. EL LARGO Y LENTO CAMINO HACIA LA PARTICIPACIÓN TRANSNACIONAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. La confluencia de modelos diferentes de representación

En el conjunto de las iniciativas comunitarias confluyen distintas opciones de política jurídica que van, desde la conveniencia de aproximar los distintos modelos nacionales de intervención de los trabajadores en la empresa, y en particular la de carácter transfronterizo para conseguir 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. Consecuencia de ellas es el interés por garantizar a los trabajadores un ámbito de intervención e influencia en los procesos de toma de decisiones en la empresa, mediante procesos que, sin desterrar el conflicto, se decanten por modelos de relaciones laborales en los que se fomente el diálogo y la negociación [23].

Fruto de la conjugación de opciones tan dispares son estrategias diferentes que apuestan por la armonización sectorial de los derechos de información y consulta o por el reforzamiento de los derechos de información y consulta, bien en las empresas o grupos de empresas de dimensión transnacional, favoreciendo la creación de un Comité de Empresas Europeo (D. 94/45CE), o diseñando un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (D. 2002/14 CE) [24].

Ahora bien, si en un comienzo tales opciones aparecen claramente diferenciadas, a partir de 1989 [25] comienzan a entrelazarse al difuminar-

---

agosto de 2005, núm. 188, «Attuazione della Direttiva 2001/86 che completa lo statuto della societa europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori», Gazzetta Ufficiale n.º 220 del 21 de settembre 2005. Sobre el proceso, *vid.* AA.VV.: *Giornale de diritto del lavoro e di relazioni industriali»,* Dir. Giugni, G., n. 107, 2005, 3. En particular, Olivelli, P.: *Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di participación alla gestione delle imprese,* pp. 321 y ss. Zoppoli, L.: *Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di participación alla gestione delle imprese,* pp. 373 y ss.

[23] Cada una de las opciones en Valdés Dal-Ré, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)*, cit., p. 1075. En este modelo alcanza un papel importante la Constitución Europea y sus principios y valores. *Vid.*, ampliamente, Monereo Pérez, J. L.: «El derecho de participación de los trabajadores en la empresa», en *Comentarios a la Constitución Europea,* cit., pp. 1056 y ss.

[24] *Vid.*, *supra* Apdo. I, en lo relativo a los tres grupos que ordenan los resultados obtenidos después de 30 años de negociaciones en el ámbito comunitario.

[25] En el *Libro Blanco sobre el Mercado Interior* y con posterioridad en el *Memorandum* presentado el 15 de julio de 1988 [COM (88) 320 final, de 15 de julio de 1988], la

se la nitidez de su propia sustantividad, mediante la interrelación de dos factores: *a)* el retroceso de la idea de encauzar la participación de los trabajadores en los órganos sociales de decisión, y *b)* la progresiva renuncia a implantar un modelo uniforme de implicación de los trabajadores de aplicación general [26]. La Comisión Europea, ante la oposición suscitada por las propuestas iniciales entre los Estados que no contaban con sistemas de participación de los trabajadores mediante la representación en alguno de los órganos sociales de las sociedades anónimas, eligiendo o nombrando a cierto numero de representantes en proporción a la composición de estos órganos, adoptó un nuevo enfoque que pretendía satisfacer los distintos puntos de vista de los Estados miembros [27]. El texto comunitario recogió la totalidad de los distintos sistemas de implicación de los trabajadores que existían entonces en la Comunidad Europea y la propuesta fue rechazada por los países que contaban con tales sistemas de participación (Alemania entre otros [28]). Este rechazo condujo al abandono de un modelo único y uniforme de intervención de los trabajadores en los procesos de toma de decisión y sus 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

---

comisión insiste en la necesidad de la SE a la que califica como instrumento de «cooperación y reestructuración». Pero se reconoce abiertamente que el principal obstáculo para sacar adelante su proyecto de creación es la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa. En este contexto, la comisión formula una nueva propuesta el 25 de agosto de 1989 (DOCE, núm. C 263, de 16 de octubre de 1989), que fue modificada el 6 de abril de 1991 (DOCE C 138, de 29 de mayo de 1991) como consecuencia de las enmiendas formuladas por el Parlamento (DOCE, núm. 48, de 25 de febrero de 1991 y Dictamen del Comité Económico y Social a la propuesta de Directiva de 1989, DOCE, núm. C 14, de 21 de mayo de 1990) y de las objeciones de algunos Estados miembros.

[26] VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 921. Precisamente, el nuevo tipo supranacional de Sociedad es fruto del paso de la rigidez a la flexibilidad. FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., pp. 150 a 156.

[27] VASQUEZ, F.: ob. cit., p. 922.

[28] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., pp. 1076 y 1080. *Vid.*, también, VELASCO SANPEDRO, L. A.: «La nueva Sociedad Anónima Europea. Último hito del derecho de sociedades», en *RDCO,* núm. 199, 2002, p. 488. *Vid.* ALZAGA RUIZ, I.: «La reforma de la Ley alemana de comités de empresa», en *Modelos de participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 65 y ss. FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., pp. 64 a 79. Respecto del resto de países comunitarios, *vid.* LASAOSA IRIGOYEN, E.: «La representación de los trabajadores en la empresa en Francia», en *RMTAS,* núm. 43, pp. 87 a 107. NORES TORRES, L. E.: «La representación de los trabajadores en la empresa en Italia», en *RMTAS,* núm. 43, p. 107 y ss. FERRANDO GARCÍA, F.: «Aproximación al derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 43, pp. 121 a 157.

regulación hasta entonces unitaria, reservando al Reglamento el Estatuto de la Sociedad y a la Directiva la representación de los trabajadores [29].

2. Evolución general y descripción del modelo

El funcionamiento del mercado interior lleva aparejado un proceso de transnacionalización de las empresas y grupos de empresas[30] en el que es necesario asegurar el desarrollo armonioso de las actividades económicas. Por ello se crea una normativa comunitaria, incluso internacional, de carácter vinculante, con objeto de asegurar que las empresas que operan en varios estados miembros informen y consulten a los representantes de los trabajadores afectados por sus decisiones. Se diseña un sistema de negociación libre y voluntaria entre las partes interesadas y se introducen cambios en el método para la implantación de las formulas de participación. El establecimiento de éstas se remite al acuerdo colectivo y, exclusivamente en defecto de pacto, se contempla la aplicación de un conjunto de normas imperativas de segundo grado. Junto al sistema procedimental, se modifica el contenido material de la intervención de los trabajadores en la empresa, que se circunscribe a las modalidades que no trastoquen la estructura y funcionamiento de la sociedad y que conlleven únicamente una «procedimentalización de la decisión empresarial» [31].

Pero con todo, el principal mérito del sistema consiste en privilegiar la libre negociación de las partes afectadas —las direcciones de los grupos en cuestión y una representación transnacional de su personal empleado en distintos países— en lo relativo a la definición de los dispositivos concretos de información y de consulta a implantar en cada grupo [32]. Su ventaja fundamental es que, dada la identidad del elemento

---

[29] Sobre la situación empresarial en el ámbito comunitario, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Por un modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho comunitario y en el ordenamiento español: problemas, sistema y método», en *RMTAS,* núm. 7, 1998, p. 30 y ss.

[30] *Vid.* Esteban Velasco, G.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?», B., cit., p. 1682. También Valdés Dal-Ré, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., p. 1083.

[31] Vasquez, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 923. Una apretada síntesis de la experiencia representada por la aprobación de la Directiva del Consejo 94/45 y en particular la reseña de su «preferencia por la vía de la negociación colectiva» más flexible y adaptable a las singularidades de las empresas multinacionales y de los sistemas de implicación europeos en Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *La Sociedad Europea. Régimen jurídico, laboral y fiscal,* cit., p. 998.

[32] Valdés Dal-Ré, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., p. 1083. También Vasquez,

transnacional que existe entre las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria y la SE, permite contemplar la posibilidad de extender el diseño esbozado ya en la D. 94/45/CE a cualquier SE [33].

La *comunicación sobre la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea* [34] proponía la aplicación de la Directiva a cualquier SE, sin consideración alguna de sus umbrales de aplicación, en la medida en que sus disposiciones constituían el «denominador común» en materia de implicación de los trabajadores en todos los estados miembros y, si bien la propuesta contó con la aceptación de los países que no disponían de mecanismos de participación en los órganos rectores de las Sociedades, no fue bien acogida por el resto de los países.

El desbloqueo de la situación requería dar un nuevo impulso y retomar el debate, para lo que, en 1996, se constituye un grupo de expertos —Grupo Davignon [35]— que, además de analizar y evaluar los distintos sistemas de participación en los órganos de las sociedades y valorar el riesgo de huída de los distintos sistemas nacionales del marco creado en el ámbito comunitario, definen las pautas aplicables a la SE atendiendo a sus peculiaridades. Concluidos los trabajos [36] el informe clarifica la situación más allá de cuestiones semánticas. Propone acuñar el término «participación» como exclusivo de «la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión o de vigilancia de las Sociedades» y destinar el concepto de «implicación» a «las diferentes modalidades de intervención de los representantes en los procesos de toma de decisión de las empresas» (Anexo II) [37]. A la par, en lo relativo al procedimiento, el informe se decanta por la negociación como la «mejor y más adecuada vía de definición» para asegurar el ajuste de las distintas formas de participación a las sociedades participantes antes o después de la constitución de la SE y a las condiciones particulares de

---

F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 923.

[33] COM (1995) 547 final. 1995/11.

[34] *Vid. supra* nota 18.

[35] Tras la elaboración de su informe por el *Grupo Davignon* que dio un nuevo impulso al debate comunitario y hasta la aprobación final de los textos D. 2001/86 y R. 2157/2001, se sucedieron distintas presidencias en la UE y los progresos fueron poco a poco haciéndose notar. A los 18 meses de la publicación del primer texto de Directiva inspirado en el Informe Davignon, se llegaba al consenso entre 14 Estados miembros (diciembre de 1998) y dos años más tarde (diciembre de 2000) en Niza se adhería al compromiso, ligeramente adaptado, el décimo quinto Estado miembro. Un año más tarde culminaban los procedimientos institucionales exigidos por la adopción formal y final de los textos. *Vid.* VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 925 y nota 14.

[36] VASQUEZ, F.: ob. cit., p. 924, nota 33.

[37] VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., p. 1084.

la empresa y del sector [38] y, orillando los gastados y estériles debates sobre la comparación de los distintos modelos nacionales, concede la facultad de elección a los Estados miembros entre diferentes modelos.

Por último, en consecuencia con estos planteamientos y a partir de la prioridad otorgada a la negociación, dicho informe introdujo premisas que aportan un auténtico enfoque innovador: la negociación no se justificaría si no garantizase los derechos adquiridos de los trabajadores en el seno de las sociedades que participen en la constitución de la SE y ello solo es posible a través de las normas subsidiarias. El debate se traslada a las «disposiciones de referencia» y ante el rechazo de las propuestas que abogan por un sistema único de referencia aplicable a toda SE, con independencia de cuales fuesen los sistemas de implicación de los trabajadores existentes en las sociedades fundadoras y de cual fuese el estado miembro de la inscripción [39], se opta por establecer un vínculo entre la situación anterior a la constitución de la SE y las

---

[38] Una referencia al principio de conservación de los derechos adquiridos en CASAS BAAMONDE, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *La Sociedad Europea. Régimen jurídico, laboral y fiscal,* cit., p. 998. VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 926. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., p. 1084. En efecto, ciertos países que no cuentan con los sistemas de participación de referencia se resisten a acoger el concepto de participación, no ya en los casos en los que pudiera parecer impuesto en función de la protección de los derechos adquiridos, y consecuentemente de forma justificada, sino también en los casos en que no pareciese necesario ningún tipo de protección de los derechos adquiridos, dado que ninguna de las sociedades fundadoras estaba regida por un régimen de participación. La generalización de las normas de referencia sobre participación a todas la SE, les parecía un precio excesivamente elevado a cambio del eventual beneficio de que el nivel de participación elegido fuese el nivel medio.

[39] Los sucesivos intentos de acuerdo al respecto se plasman en el documento *Fórmula de transacción sobre la propuesta de Directiva que contempla el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la participación de los trabajadores* (DOC 1020/97, SOC 191 SE1, de 18 de junio de 1997), así como en la *Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE. Propuesta de acuerdo político de la Presidencia.* (DOC 8194/99, SOC 175 SE 5, de 12 de mayo de 1999). España se opuso a este acuerdo hasta la *Cumbre de Niza* (diciembre de 2000), al ofrecerse una solución de compromiso que permite a los Estados miembros la facultad de incorporar o no a su Derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las Sociedades Europeas mediante fusión. El Consejo de Niza se celebró del 7 al 1 de diciembre de 2000. Tras él se aprobó el tratado del mismo nombre por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (DOCE, núm. C 180, de 10 de marzo de 2001). Sobre la política social comunitaria y la participación de los trabajadores en el Consejo Europeo de Niza y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, *vid.* FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* ob. cit., pp. 33 y ss. En particular sobre esta última, MONEREO PÉREZ, J. L.: *El derecho de participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 1052. DÄUBLER, V.: «La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo», en *RDS,* núm. 17, p. 13 y ss.

normas de referencia que pueden aplicarse o no a ésta, en defecto de acuerdo [40]. El principio «antes-después» alcanza una doble implicación: en primer lugar, no se impone la participación con carácter subsidiario cuando ninguna de las sociedades fundadoras se rija por este sistema, que únicamente se aplica en los casos en que el menos una de ellas se rigiera por él y, en segundo lugar, las disposiciones subsidiarias ya no constituyen la «media» comunitaria, sino el «máximo» existente en las sociedades participantes [41].

El conjunto de estas premisas pasan a la D. 2001/86/CE en cuyo texto se permite además, distinguir en lo relativo a la aplicación o no de las normas subsidiarias sobre participación, atendiendo al modo de constitución de la SE o del peso de la participación en el conjunto de las sociedades participantes y, para conjugar la necesidad de proteger los derechos adquiridos a la participación y de evitar la imposición del sistema a países que no contaban con él, se diferencian las formas de constitución de la SE susceptibles de poner en peligro, de modo desigual, los sistemas de participación ya existentes en el seno de las sociedades fundadoras [42].

---

[40] En efecto, la constitución de una SE por vía de fusión puede afectar a estos sistemas de forma más intensa que la constitución de una SE «holding» o de una SE filial común, toda vez que las sociedades fundadoras, o al menos alguna de ellas, se ven abocadas a desaparecer como entidades jurídicas autónomas, arrastrando con ellas los regímenes de participación existentes en su seno, si los hubiere. Este efecto no se produce en la SE «holding» que supone el mantenimiento de las sociedades que la constituyen como personas jurídicas diferenciadas, (aún cuando el centro de decisión real del nuevo grupo encabezado por la SE pueda desplazarse) ni tampoco en la SE filial común (aún cuando puede acoger las actividades y la plantilla del grupo). VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 927, nota 18.

[41] Con anterioridad a la Directiva, ante la ausencia de una norma comunitaria que estableciese procedimientos de información y consulta y dada la inexistencia en la mayoría de los Estados miembros de prácticas o legislaciones que pudieran adaptarse a la estructura de las empresas transnacionales dichos procedimientos eran el resultado de los acuerdos entre los empresarios afectados y los representantes de sus trabajadores. *Vid.* MÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 524. VALDÉS DALRÉ, F.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia),* cit., pp. 1098 y 1099. ARRIGO, G.: *La implicación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 13.

[42] Sobre el cálculo de las plantillas en estos casos, QUINTANILLA NAVARRO: *Dimensión de la empresa y órganos de representación.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 89 a 91.

III. EL MARCO GENERAL RELATIVO A INFORMACIÓN Y A LA CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

1. La Directiva marco (D. 2002/14/CE) y el tipo de información y consulta que incorpora

La Directiva 2002/14/CE [43] tiene por objeto «establecer un marco general que fije los requisitos mínimos para el derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad», pero las «modalidades prácticas» de información y consulta se aplican conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada estado miembro, de modo que se garantice su eficacia [44]. Se trata, por tanto, de una regulación cuyo ámbito de aplicación no afecta a los sistemas nacionales relativos al ejercicio de este derecho en la práctica, en los casos en que se exige a los titulares del mismo que expresen su voluntad de forma colectiva [45], ni tampoco a los que prevén medios de participación directa de los trabajadores, siempre que éstos tengan, en todo caso, la posibilidad de ejercer el derecho a la información y a la consulta a través de sus representantes [46].

---

[43] *Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.* Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, relativa a la representación de los trabajadores (DOCE núm. L 080 de 23 de marzo de 2002). Sobre los trabajos preparatorios, *vid.* La Propuesta de la Comisión DOCE, núm. C 2, de 5 de enero de 1999, p. 3; el *Dictamen del Consejo Económico y Social,* DOCE, núm. C 258 de 10-9-1999, p. 24, y el *Dictamen del Comité de las Regiones,* DOCE, núm. C 144 de 16-5-2001, p. 58. Sobre la Directiva, en general, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L.: *El derecho de participación de los trabajadores en la empresa,* cit., pp. 1072 a 1078. MENÉNDEZ SABASTIAN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., pp. 514 a 523.

[44] El artículo 1 de la Directiva 2002/14/CE. No obstante, «En la definición o aplicación de las modalidades de información y de consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores» (art. 1.3). Este objetivo encuentra su punto de referencia en el punto 17 de la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales* de los trabajadores, según el cual: «la información, la consulta y la participación de los trabajadores debe desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros», así como en el artículo 136 del Tratado, conforme al cual: «La Comunidad y los Estados miembros tienen como objetivo, en particular, promover el diálogo social entre los interlocutores sociales». *Vid.* FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: ob. cit., p. 33 y ss., en particular MONEREO PÉREZ, J. L.: ob. cit. ult., pp. 1052 y ss.

[45] Considerando 15 de la Directiva 2002/14/CE: «La presente Directiva no afecta a los sistemas nacionales relativos al ejercicio de este derecho en la práctica en los casos en que se exige a los titulares del mismo que expresen su voluntad de manera colectiva».

[46] Considerando 16 de la Directiva 2002/14/CE: «La presente Directiva no afecta a los sistemas que prevén medios de participación directa de los trabajadores, siempre que éstos

En consecuencia, en la norma comunitaria se diseña un modelo de información y consulta que pretende alcanzar objetivos comunes a los Estados miembros [47], reconociendo los distintos modelos nacionales de representación, que no tienen por qué ser sustituidos por otros, sino, en caso necesario, simplemente retocados para adaptarse a «las disposiciones mínimas» aplicables a toda la Comunidad, lo que no impide a los Estados miembros prever disposiciones más favorables para los trabajadores [48]. No se trata de aprobar nuevas normas para trasponerlas mecá-

---

tengan en todo caso la posibilidad de ejercer el derecho a la información y a la consulta a través de sus representantes».

[47] «En particular, es necesario promover y reforzar la información y la consulta sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, así como, cuando de la evaluación efectuada por el empresario se desprenda que el empleo en la empresa pueda estar amenazado, sobre las eventuales medidas preventivas previstas, sobre todo en lo referente a formación y la cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados» (Considerando 8 de la Directiva 2002/14/CE) y «La información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos de organización del trabajo» (Considerando 9 de la Directiva 2002/14/CE). Por eso, «La Comunidad ha definido y está aplicando una estrategia para el empleo basada en los conceptos de "anticipación", "prevención" y "empleabilidad", que deben ser incorporados como elementos clave en todas las políticas públicas, incluidas las políticas de empresa, que pueden influir positivamente en el empleo, mediante la intensificación del diálogo social a fin de facilitar un cambio compatible con la salvaguardia del objetivo prioritario del empleo» (Considerando 10 de la Directiva 2002/14/CE). «El desarrollo del mercado interior debe hacerse de manera armoniosa preservando los valores esenciales en los que se basan nuestras sociedades y garantizando que todos los ciudadanos se beneficien del desarrollo económico» (Considerando 11 de la Directiva 2002/14/CE). Y «La entrada en la tercera fase de la unión económica y monetaria ha implicado la profundización y la aceleración de las presiones competitivas a nivel europeo. Ello supone la necesidad de reforzar las medidas de acompañamiento a nivel nacional» (Considerando 12 de la Directiva 2002/14/CE). Todo ello teniendo en cuenta que, «Los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores están a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento a posteriori de los procesos de cambio, descuidan los factores económicos de las decisiones y no favorecen una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de los riesgos» y que, «El conjunto de esta evolución política, económica, social y jurídica hace necesaria la adaptación del marco jurídico existente mediante el establecimiento de instrumentos jurídicos y prácticos que permitan ejercer el derecho a la información y la consulta» (Considerando 13 y 14 de la Directiva 2002/14/CE). La persecución de objetivos comunes se ha definido como «principio negativo de regulación comunitaria», que se manifiesta en el reconocimiento recíproco de los diversos modelos nacionales de representación y su equivalencia». *Vid.* Mercader Uguina, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *RMTAS,* núm. 57, 2005, p. 228.

[48] *Vid.* Considerando 18 de la Directiva 2002/14/CE: «El presente marco general tiene por objetivo el establecimiento de disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad y no impide a los Estados miembros prever disposiciones más favorables para los traba-

nicamente y configurar un nuevo sistema de información y consulta para toda la Comunidad, sino de alcanzar los objetivos señalados por la Directiva, respetando la diversidad de los ordenamientos internos y sin que aquello pueda servir de pretexto para justificar la reducción del nivel general de protección de los trabajadores [49].

La Comunidad puede adoptar medidas conforme al principio de subsidiariedad vertical y proporcionalidad —«la Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo» [50]— y la norma comunitaria concibe los mecanismos de información y consulta con fines preventivos [51] para evitar la toma de decisiones empresariales dañosas para los trabajadores, mediante «el reforzamiento del diálogo social y el fomento de las relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo, facilitar el acceso de los trabajadores a la formación; pero dentro de un marco de seguridad, para concienciar a los trabajadores a cerca de las necesidades de adaptación, de aumentar la disponibilidad de los traba-

---

jadores». Menéndez Sabastian, P., considera que la Directiva actúa como «norma mínima más favorable», «en el bien entendido que ello no significa que los Estados sólo pueden aprobar normas que superen los mínimos por ella previstos», sino que, «incluso las prácticas nacionales pueden prever reglas distintas a las que aparecen en la Directiva, siempre que se adapten mejor a los propósitos de la misma, por acomodarse a las necesidades de las partes sociales», en *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 515.

[49] *Vid.* Considerando 31 de la Directiva 2002/14/CE: «La aplicación de las disposiciones de la presente Directiva no debe constituir un motivo suficiente para justificar la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos que son objeto de la misma».

[50] *Vid.* Considerando 17 de la Directiva 2002/14/CE: «Dado que el objetivo de la acción propuesta, es decir, establecer un marco para la información y la consulta de los trabajadores adaptado al nuevo contexto europeo anteriormente descrito, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y por consiguiente puede lograrse mejor, debido a la dimensión y a los efectos de la acción, a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas con arreglo al principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. Con arreglo al principio de proporcionalidad, consagrado en el mencionado artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo». Sobre el principio de subsidiariedad, en el sentido utilizado por esta Directiva y la D. 2001/86, Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)», cit., pp. 1086 y ss. También Casas Baamonde, M. E.: «Subsidiariedad y flexibilidad en el ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL,* núm. 10, 1993, p. 2; de la misma autora, *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida),* cit., pp. 998 y 999.

[51] *Vid.* Considerandos, 7, 8 y 9 de la Directiva 2002/14/CE. Esta idea de considerar la información y consulta como «mecanismo de prevención es una novedad respecto de la técnica utilizada sobre la materia en las Directivas, 98/59, relativa a aproximación de las legislaciones en materia de despidos colectivos o la D. 2001/23 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas. *Vid.* Mercader Uguina, J.: *Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo,* cit., p. 289 y ss.

jadores»... y, en definitiva para «promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa [52]» adoptando una estrategia de «anticipación» y «prevención» que, en vez de refrendar las decisiones empresariales, participe en la gestión de las mismas.

La Directiva contiene un conjunto de definiciones que, a menudo remiten a las legislaciones y prácticas sociales de los Estados miembros [53], y que incluyen las de «empresa», «centro de trabajo», «empresario», «trabajador», «representantes de los trabajadores», «información» y «consulta» [54], siguiendo la sistemática definitoria común al resto de las Directivas sobre participación de los trabajadores en la empresa. Únicamente se obvian las remisiones en el concepto de *empresa,* que se extiende a «todas las empresas públicas y privadas que ejercen una actividad económica independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situadas en el territorio de los Estados miembros»; *información,* que se circunscribe a «la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema y examinarlo» y *consulta,* que se identifica con «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario».

El ámbito de aplicación de la Directiva se determina mediante umbrales numéricos, y se reserva a los Estados miembros la elección entre los diferentes propuestos: («a las empresas que empleen en un Estado al menos a 50 trabajadores» o a «los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores»), o el modo de calcular el número de trabajadores empleados [55], así como la posibi-

---

[52] *Vid.* Considerando 7 de la Directiva 2002/14/CE: «Es necesario reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación, aumentar la disponibilidad de los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y el futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta».

[53] *Vid.* Artículo 2 de la Directiva 2002/14/CE.

[54] Tal vez lo más reseñable, como novedad, sea que a la definición de «centro de trabajo» que se remite a la «legislación y a la práctica nacionales» se añade la necesidad de que en la unidad de actividad se desarrolle una «actividad económica de forma continuada». No obstante, la Directiva no define este concepto, aunque pudiera entenderse que basta con que «la actividad económica no se produzca en ese centro de forma ocasional o esporádica». Teniendo en cuenta los términos en que nuestro ordenamiento interno define el «centro de trabajo» en el artículo 1.5 ET. En sentido análogo, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., nota 11.

[55] *Vid.* Artículo 3 de la Directiva 2002/14/CE. Sobre el cálculo de los trabajadores a estos efectos, QUINTANILLA NAVARRO, D.: *Dimensión de la empresa y órganos de representación.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 87 a 91. En todo caso, se considera la empresa o el centro, la plantilla mínima —50 ó 20 trabajadores respectivamente— debe

lidad de aprobar «disposiciones específicas aplicables a las empresas o centros de trabajo que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos (...) o fines de información o de expresión de opiniones, siempre que, el día de la entrada en vigor de la presente Directiva, ya existan en el derecho nacional disposiciones en la materia [56]», teniendo en cuenta, en todo caso, las excepciones establecidas en el régimen transitorio previsto [57].

Corresponde asimismo a los Estados determinar las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información y de consulta al nivel que proceda, «sin perjuicio de las disposiciones y/o prácticas vigentes para los trabajadores [58]», pero respetando los mínimos establecidos, de manera que la información y consulta abarcarán: *a)* «la información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica», *b)* «la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en el caso de riesgo para el empleo», *c)* «la información y consulta, sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y los contratos de trabajo [59]».

La información se facilitará «en un momento, de una manera y con un contenido apropiados», de modo que, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta [60]. No obstante, se pretende que el marco comunita-

---

concentrarse en uno de los Estados de la Comunidad, aún cuando se ocupe a más trabajadores en otros territorios. En este sentido, Menéndez Sebastian, P., ob. cit., p. 519.

[56] No obstante, el artículo 3.3 de la Directiva 2002/14/CE dispone, además, que: «Los Estados miembros podrán establecer excepciones a la presente Directiva mediante disposiciones específicas aplicables a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar».

[57] En efecto, el artículo 3, que contiene las reglas numéricas señaladas, cuenta en el artículo 10 con un régimen transitorio muy amplio, según el cual: «todo Estado miembro que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva no tenga establecido con carácter general, permanente y obligatorio, un sistema de información y de consulta de los trabajadores, ni un sistema igualmente general, permanente y obligatorio de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo que permita a los trabajadores estar representados a dichos efectos, podrá limitar la aplicación de las disposiciones nacionales de aplicación de la presente Directiva a empresas que empleen al menos a 150 trabajadores o a centros de trabajo que empleen al menos a 100 trabajadores hasta el 23 de marzo de 2007; y a empresas que empleen al menos a 100 trabajadores, o a centros de trabajo que empleen al menos a 50 trabajadores durante el año siguiente a la fecha contemplada en la letra a)».

[58] *Vid.* Artículo 4.1 de la Directiva 2002/14/CE.

[59] *Vid.* Artículo 4.2 de la Directiva 2002/14/CE. No obstante, el apartado a) se refiere sólo a «información», mientras que los apartados b) y c) hacen referencia a «información y consulta».

[60] *Vid.* Artículo 4.3 de la Directiva 2002/14/CE.

rio de la información y consulta limite al mínimo las posibles cargas impuestas a las empresas y centros de trabajo, al tiempo que garantice el ejercicio efectivo de los derechos concedidos [61], de modo que la información y consulta implican tanto derechos como obligaciones para los interlocutores sociales a nivel de empresas o centros de trabajo [62], y por ello se protege a unas y otras frente a la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles y se concede al empresario la posibilidad de no informar ni consultar cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo o cuando deba cumplir una orden dictada por un órgano de control o de supervisión [63]. A tal efecto, pretende garantizarse el deber de confidencialidad, permitiendo a los Estados miembros que «dentro de los límites fijados por las legislaciones nacionales» establezcan las medidas necesarias para que los representantes de los trabajadores, así como los expertos que, en su caso, les asistan «no estén autorizados a revelar a trabajadores ni a terceros la información que, en legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial»; obligación que subsiste, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato [64].

A los Estados miembros corresponde también disponer «en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales» que «el empresario no esté obligado a facilitar información o a proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles [65]» y, sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, articular los «recursos administrativos o judiciales, tanto en el en caso de que el empresario

---

[61] *Vid.* Considerando 22 de la Directiva 2002/14/CE: «El marco comunitario de la información y consulta debe limitar al mínimo posible las cargas impuestas a las empresas y centros de trabajo, al tiempo que debe garantizar el ejercicio efectivo de los derechos concedidos».

[62] *Vid.* Considerando 27 de la Directiva 2002/14/CE: «La información y la consulta implican tanto derechos como obligaciones para los interlocutores sociales a nivel de empresa o de centro de trabajo».

[63] *Vid.* Considerandos 25 y 26 de la Directiva 2002/14/CE: «Es preciso proteger a las empresas y a centros de trabajo contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles. (26) El empresario debe tener la posibilidad de no informar ni consultar cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo o cuando deba cumplir de inmediato una orden dictada por un órgano de control o de supervisión».

[64] Artículo 3.1 de la Directiva 2002/14/CE: «No obstante, un Estado miembro podrá autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial o trabajadores o terceros sujetos a una obligación de confidencialidad».

[65] Artículo 6.2 de la Directiva 2002/14/CE.

exija confidencialidad o no facilite información, como para salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión» [66].

La consulta se efectuará, en su momento, de una manera y con un contenido apropiados al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado y conforme a las informaciones proporcionadas por el empresario y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular; de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que competan al empresario dentro de sus potestades [67]. No obstante, las modalidades de información y consulta podrán definirse libremente y en cualquier momento, mediante acuerdo de los interlocutores sociales a nivel apropiado, incluso el de la empresa o centro de trabajo [68].

Por lo demás, son también los Estados miembros quienes deben garantizar la protección de los representantes de los trabajadores, velando porque éstos «gocen, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y las garantías suficientes que les permitan realizar de manera adecuada las tareas que les hayan sido encomendadas [69]; al tiempo que deben adoptar los procedimientos administrativos o judiciales, así como sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales a la gravedad de las infracciones en caso de que se incumplan las obligaciones emanadas de la disposición comunitaria [70].

2. Repercusión del marco comunitario en el ordenamiento jurídico español

Puede decirse que el impacto de la Directiva 2002/14/CE en nuestro ordenamiento, es *a priori* bastante escaso, aunque para ponderarlo es necesario partir como premisa básica del sistema dualista de representación de los trabajadores en la empresa que aquel articula y que descansa sobre la representación unitaria y sindical [71]. En la medida en que

---

[66] Artículo 6.3 de la Directiva 2002/14/CE.

[67] Artículo 4 de la Directiva 2002/14/CE.

[68] *Vid.* Artículo 5 de la Directiva 2002/14/CE.

[69] *Vid.* Artículo 7 de la Directiva 2002/14/CE.

[70] *Vid.* Considerando 28 de la Directiva 2002/14/CE: «Deben aplicarse procedimientos administrativos o judiciales, así como sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales a la gravedad de las infracciones en caso de que se incumplan las obligaciones que emanan de la presente Directiva».

[71] Sobre el carácter unitario o sindical de los representantes de los trabajadores y la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico español al comunitario, Fernández do Campo. B.: ob. cit., p. 100 y ss.

la primera representa a todo el personal de la empresa o centro de trabajo, parece que, sin perjuicio de la sindicalización de los órganos unitarios de representación, es a estos últimos a quienes debe imputarse los derechos reconocidos en el ámbito comunitario. El umbral de aplicación para la constitución de los órganos de la representación unitaria en nuestro país es de «al menos diez trabajadores» (art. 62 del ET) —pudiendo constituirse también mediante acuerdo en los centros que cuenten entre 6 y 10— y no de «al menos 20» como indica la Directiva. Si bien el Comité de empresa se constituirá únicamente en los centros de trabajo que cuenten con «más de cincuenta trabajadores» (art. 62.2 del ET), las competencias que se atribuyen a éste y entre las que se encuentran las de «información y consulta» son extensivas también a los delegados de personal elegidos en los centros de trabajo de al menos 10 trabajadores» (art. 62.2 del ET). En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico laboral, en este punto, parece mejorar el comunitario, como también ocurre en los relativo a los derechos de participación reconocidos a los representantes de los trabajadores, cuya regulación de los «derechos de información» reconocidos en el artículo 64 ET supera ampliamente los mínimos previstos en la Directiva [72].

Más cuestionable resulta la suficiencia de nuestro ordenamiento en relación con los derechos de consulta. Si bien pudiera parecer que el artículo 64 cubre los mínimos comunitarios en cuanto a las materias en que la representación unitaria debe emitir informe [73], la cuestión no se plantea en términos cuantitativos sino cualitativos toda vez que la «modalidad práctica» de consulta a que se refiere la Directiva difiere en su propia esencia del tipo de consulta que contempla el artículo 64 ET.

La Directiva 2002/14/CE articula un modelo de consulta preventiva que se efectuará «en su momento» de modo que la información proporcionada permita a los representantes de los trabajadores preparar la consulta [74]», «reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen... con el fin de llegar a un acuerdo

---

[72] En este sentido, Menéndez Sebastian, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., pp. 520 y 521.

[73] El tipo de consulta que propugna la Directiva Comunitaria se produce en aquellos supuestos en que la decisión empresarial se somete a la apertura de un periodo de consulta con los representantes de los trabajadores, en que negociando de buena fe, se pretende llegar a un acuerdo. Así ocurre en el artículo 41.4 ET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo), 51.5 ET (despidos colectivos), 40.2 ET (traslados colectivos) y 47 ET (suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). En otras materias, recogidas en la Directiva Comunitaria, sólo existe un derecho de los representantes de los trabajadores a emitir informe con carácter previo a la ejecución, según contempla el artículo 64 ET.

[74] Artículo 4.3 de la Directiva 2002/14/CE.

sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario [75]». De ella parece deducirse que la información y consulta deben producirse con anterioridad a la decisión empresarial, para contribuir al posicionamiento del empleador; a diferencia de los periodos de consulta previstos en nuestro ordenamiento [76] que, si bien pretenden alcanzar un acuerdo con el empresario, se producen después y como consecuencia de la decisión empresarial ya adoptada. Parece recomendable, por tanto, que, siquiera sea en relación con las materias enumeradas en la Directiva [77], el informe de los representantes de los trabajadores debería precederse del «intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario», efectuando el legislador cuantas precisiones sean necesarias al respecto, y todo ello sin perjuicio de que los convenios colectivos pueden ampliar, y a menudo lo hacen, los derechos de participación de los representantes de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo [78].

Por lo demás, el tema de representación de los trabajadores plantea otra cuestión importante si pretende cumplirse el contenido sustantivo de los derechos de información y consulta previstos en la normativa comunitaria: la determinación de la unidad electoral básica en la elección de dichos representantes, la empresa o el centro de trabajo. La Directiva 2002/14/CE concede a los Estados la elección de su ámbito de aplicación «a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores», o bien «a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores», pero esta eventual elección queda supeditada a la normativa interna reguladora de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Es obvio que le legislador español puede optar por cualquiera de las dos opciones, aunque, mientras no se materialice la transposición de la Directiva «los órganos judiciales españoles deberían estar vinculados por la interpreta-

---

[75] Artículo 4.4 de la Directiva 2002/14/CE.

[76] *Vid. Supra* nota 73.

[77] Artículo 4.2 de la Directiva 2002/14/CE: «La información y la consulta abarcarán: a) la información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; b) la información y la consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; c) la información y la consulta sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9».

[78] Artículo 2: «Definiciones», apartado g) de la Directiva 2002/14/CE: «consulta»: el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario». En sentido análogo, Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa.*

ción del derecho interno, dentro de la hermenéutica posible, mas favorable hacia la aplicabilidad de la norma comunitaria [79]».

IV. LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

1. Ámbito de aplicación y efectos de la Directiva 94/45/CE

La D. 94/45/CE, de un modo ambiguo y dejando un amplio margen a la autonomía de la voluntad impone a las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria la obligación de proporcionar a los trabajadores procedimientos de información y consulta adecuados [80]; pero no puede olvidarse que por su propia configuración tiene un efecto limitado.

De una parte, su objetivo no es alcanzar la armonización de las legislaciones y prácticas preexistentes, puesto que, mayoritariamente, las legislaciones de los estados no se ocupan de los procedimientos de información y consulta a los trabajadores de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Sólo pretende que los distintos ordenamientos internos efectúen las aportaciones precisas para diseñar un marco comunitario que tipifique los diversos instrumentos de información y consulta en empresas en el ámbito de la UE y, a mayor abundamiento, los mecanismos de información y consulta que contempla son únicamente exigibles a las empresas que, según las definiciones dadas en la propia norma, merezcan la consideración de «dimensión comunitaria» y no a «todas las empresas» en lo relativo a la participación de los trabajadores en sentido amplio, como inicialmente se pretendió y como lo ha conseguido la D. 2002/14/CE, que establece el «marco general» relativo a la información y consulta de los trabajadores de la CE. Por tanto, su aplicación se limita: *a)* a los empleados de empresas que ocupen 1.000 o más trabajadores en los Estados miembros y, al menos en dos de los Estados miembros, 150 o más trabajadores en cada

---

[79] Cabeza Pereiro, J.: «La acción sindical en la empresa. Algunos retos actuales. Apuntes para una discusión», en *RSMM,* núm. 94, 2004, p. 113. Una exposición detallada en cuestión en Fernández do Campo, B.: ob. cit., pp. 100 a 113.

[80] Menéndez Sebastián, P.: «La participación de los trabajadores en la empresa». Cap. VI, en *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de España a la Comunidad Europea*, cit., p. 524. También Terradillos Ormaetxea, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresa. Modernas fórmulas de negociación.* CES, Madrid, 2000, p. 245.

uno de ellos, según el concepto de «empresa de dimensión comunitaria», y *b)* a los trabajadores de grupos que comprendan una empresa que ejerza el control y varias empresas controladas, siempre que el grupo «emplee 1.000 o más trabajadores de Estados miembros, que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados diferentes y que al menos una empresa del grupo ocupe 150 o más trabajadores en un Estado miembro y que al menos otra de las empresas del grupo emplee 150 o mas trabajadores en otro Estado miembro» (grupo de empresa de dimensión comunitaria) [81] y siempre que exista una empresa matriz que ejerza el control sobre las demás, o una «empresa dominante» que actúe como cabeza visible, controlando el resto del grupo, a semejanza de «una única empresa» [82], con la consiguiente exclusión de aquellos grupos en que todas las empresas se hallen en situación de igualdad respecto de las demás [83].

De otra parte, el eje central que vertebra la Directiva, la autonomía de la voluntad, se lleva a todas las cuestiones que regula, desde la iniciación de los distintos procedimientos —creación del comité de empresa europeo o procedimientos de información y consulta— hasta sus funciones, su composición o el alcance del derecho de información [84] y, si bien contribuye a su mayor atractivo para los estados «no participa-

---

[81] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: *Por un modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español: problemas, sistema y método,* cit., p. 56.

[82] Considera Menéndez Sebastián, P.: ob. cit., pp. 527 y 528, que «el escrupuloso respeto de la autonomía de la voluntad en prácticamente todas las cuestiones... merma considerablemente el potencial efecto de la Directiva». Y así se desprende del artículo 1 de la Directiva al subordinar el establecimiento del correspondiente instrumento de información y consulta en las empresas o grupos de dimensión comunitaria a «que se haya formulado una petición en tal sentido». Incluso los mecanismos previstos en la Directiva pueden anclarse si ya existen otros frutos del «acuerdo aplicable al conjunto de los trabajadores». *Vid.* Cabeza Pereiro, J.: «La constitución del Comité de Empresa Europeo en una empresa o grupo con Dirección Central en España», en *ASTV,* 1997, pp. 517 y 518.

[83] La disyuntiva terminológica países o estados «participación» o «no participación» es utilizada por Vasquez, F., para distinguir los Estados miembros de la Comunidad Europea que «tenían un sistema de implicación de los trabajadores que otorgaba a estos últimos el derecho de hacerse representar de pleno derecho en alguno de los órganos sociales de las sociedades anónimas, eligiendo o nombrando a un cierto número o cierta proporción de los miembros de estos órganos» de los «demás países que nno tenían este tipo de normas o no las aplicaban de forma obligatoria más que en casos determinados (principalmente en las sociedades del sector público). «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», cit., pp. 917 y 918.

[84] Vasquez, F., va más allá y considera que habida cuenta de la «diversidad de formas y de los niveles de representación existente en los Estados miembros de la UE», una «armonización o incluso un simple acercamiento o concertación de los Estados miembros, al respecto, parece sumamente difícil y en cualquier caso indeseable». «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», cit., p. 917.

ción»[85], posibilita que, en última instancia el «comité de empresa europeo» —o el equivalente instrumento de participación y consulta— no necesariamente se instaure en todas las empresas o grupos de dimensión comunitaria, toda vez que, es posible que los trabajadores y la dirección central de la empresa se pongan de acuerdo para no constituirlo, sin que en tal caso resulte exigible, en la medida en que lo establecido por la Directiva no es que las partes lleguen al acuerdo de constituirlo, sino que inicien las negociaciones, si así lo solicitan los trabajadores o sus representantes; e incluso es posible que, de crearse el comité, su funciones y su composición puedan tener un alcance distinto al de otras empresas o grupos o al del propio comité contemplado por la Directiva. Ésta admite una diversidad que merma su eficacia, frente a la homogeneidad que alcanza la D. 2002/14 que impone a los Estados miembros 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 [86].

2. Sobre el procedimiento para alcanzar el instrumento de información y consulta de los trabajadores

El punto 17 de la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales* de los trabajadores establece que «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» y que «ello es especialmente aplicable en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros».

Con el fin de alcanzar el objetivo mencionado, la «Dirección Central[87]» a la que incumbe «la responsabilidad de establecer las condi-

---

[85] *Vid.* Menéndez Sebastián, P.: ob. cit., p. 529. Sobre la disyuntiva entre «Estados participación» y «no participación», *vid. supra* nota 83.

[86] *Vid.* Menéndez Sebastián, P.: ob. cit., pp. 527 y 528. De hecho el artículo 1 de la Directiva señala expresamente que en cada empresa o grupo de dimensión comunitaria se establecerá el instrumento de información y consulta, siempre que se haya formulado una petición en tal sentido. Por tanto no se trata de un mecanismo impuesto sino de un derecho que pueden ejercitar los trabajadores de tales empresas y grupos. Además, los instrumentos previstos en la Directiva pueden obviarse si existen ya otros que garanticen la información y consulta de los trabajadores en este tipo de empresas y grupos nacidos de un acuerdo aplicable al conjunto de los trabajadores. *Vid.* Gorelli Hernández, J., Gómez Gordillo, R.: «Grupos de empresas y derechos de información de los representantes de los trabajadores», en *AL,* núm. 7, 1999, pp. 150 a 154. Estos acuerdos no se han producido en nuestro país. Cabeza Pereiro, J.: «La constitución del Comité de Empresa Europeo en una empresa o grupo con dirección central en España», en *AS,* Tomo V, 1997, pp. 517 y 518.

[87] Artículo 4 de la D. 94/45CE: «2. Cuando la dirección central no esté situada en un Estado miembro, asumirá la responsabilidad a que se refiere el apartado 1 el representante

ciones y medios necesarios para la constitución del Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta» y la obligación de proporcionar a los representantes de los trabajadores la información necesaria para comenzar los trámites correspondientes [88], iniciará la negociación en orden a la constitución del correspondiente instrumento de participación de los trabajadores en la empresa. La iniciativa partirá 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 estados miembros diferentes.

La comisión negociadora se constituirá conforme a lo dispuesto en la normativa nacional de cada Estado, que concretará la forma de elegir o designar a sus miembros, siguiendo las directrices marcadas por la propia Directiva [89] y pondrá en marcha las negociaciones [90], durante las cuales «deberá negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo» [91], aunque no necesariamente tendrá que alcanzarlo.

Si se consiguiese acuerdo, éste constará por escrito y se adoptará con el voto favorable de la mayoría de los miembros de la comisión. En él se consignarán una serie de extremos. Entre ellos, el alcance, la composición, las atribuciones y la duración de los mandatos y la decisión de

---

de la dirección central en el Estado miembro que, en su caso, se designe. A falta de tal representante, asumirá dicha responsabilidad la dirección del establecimiento o la dirección central de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro. 3. A efectos de la presente Directiva, el representante o representantes o, en su defecto, la dirección a que se refiere el párrafo segundo del apartado 2 se considerarán como la dirección central». Asimismo, el artículo 2: «definiciones», apartado e), define la dirección central como «la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria o, en el caso de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, de la empresa que ejerza el control».

[88] Si no existe colaboración entre las empresas del grupo en orden a facilitar la información a los trabajadores, el ejercicio de este derecho quedará vaciado de contenido. *Vid.* SSTSJCE de 29 de marzo de 2001, AS. C-62/99; 15 de julio de 2004, AS C-341/01; 13 de enero de 2004, AS. C-440/00.

[89] *Vid.* Albiol Montesinos, I.: «El Comité de Empresa Europeo», en *TS,* núm. 64, 1996, p. 52.

[90] La solicitud no basta para la constitución del correspondiente instrumento de información y consulta. Únicamente inicia el procedimiento.

[91] Artículo 9 de la D. 94/45CE: «Funcionamiento del comité de empresa europeo y del procedimiento de información y consulta de los trabajadores. La dirección central y el comité de empresa europeo trabajarán con espíritu de colaboración, respetando sus derechos y sus obligaciones recíprocos. De igual forma se procederá respecto de la colaboración entre la dirección central y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores». La obligación de negociar de buena fe se mantiene incluso cuando las partes acuerden no constituir el Comité de Empresa. *Vid.* Casas Baamonde, M. E.: «Subsidiariedad y flexibilidad en el ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL,* núm. 10, 1993, p. 6.

la dirección central y la comisión negociadora sobre el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta en lugar de crear un Comité de Empresa Europeo; lo que permite a las partes acomodar el instrumento de información y consulta al método que les resulte más familiar y que, generalmente será el nacional [92].

No obstante, puede suceder que las partes no lleguen a un acuerdo en el plazo máximo de tres años, o que la dirección central se niegue a negociar en el plazo de seis meses desde la petición, siendo de aplicación en tal caso las disposiciones subsidiarias nacionales. Puede ocurrir también que las partes decidan «por mayoría de dos tercios, como mínimo de los votos» «no iniciar negociaciones»... o «anular las negociaciones en curso», en cuyo caso, no se constituirá órgano de información y consulta» y «no serán aplicables las disposiciones del Anexo» de la Directiva, con la particularidad de que —salvo que las partes acuerden un plazo más breve— deberá transcurrir un plazo mínimo de dos años desde la citada decisión hasta que pueda presentarse una nueva petición para convocar a la comisión negociadora.

En definitiva, serán las partes las que configuren «a la carta» [93] el instrumento de información y consulta. No solo decidirán si lo hay o no, sino también en el caso de haberlo si será un comité de empresa o un procedimiento alternativo y su composición, e incluso, a que tipo de información tendrán acceso los representantes de los trabajadores [94]. El

---

[92] Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 532.

[93] Menéndez Sebastián, P.: ob. cit., p. 531.

[94] En este punto, la información a la que tendrán acceso los trabajadores, la Directiva es muy genérica y poco precisa. Queda a merced de las partes y de la autonomía de la voluntad, como contenido del acuerdo (art. 6), «prever las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para cambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada. Esta información se referirá, en particular, a cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores». Además, y sobre esa misma información, el artículo 8 de la Directiva añade: «Los Estados miembros preverán que los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo, así como los expertos que, en su caso, les asistan, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial. Lo mismo regirá para los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato. 2. Cada Estado miembro preverá que, en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, la dirección central que se halle en su territorio no estará obligada a comunicar información que, por su naturaleza, pudiere según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de las empresas afectadas u ocasionar perjuicios a las empresas afectadas por dichas disposiciones. El Estado miembro de que se trate podrá supeditar esta dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial. 3. Cada Estado miembro podrá establecer disposiciones especiales en favor de la dirección central de las empresas y establecimien-

sistema es, por tanto, muy flexible [95] y a menudo está diseñado por la Directiva en forma un tanto ambigua [96]. Permite que no todas las empresas o grupos de dimensión comunitaria tengan que constituir un órgano de estas características, porque la única imposición de la Directiva es la obligación de la Dirección Central de la empresa o grupo de iniciar las negociaciones si se solicita por los trabajadores o por sus representantes; pero su principal ventaja reside en permitir a las partes adaptar el instrumento de información y consulta al método de representación que le resulte más cómodo, en vez de imponer un sistema que pueda resultar totalmente ajeno. La legislación nacional sobre constitución, composición, competencias y régimen de funcionamiento del órgano de información y consulta actúan así como «disposiciones subsidiarias» que únicamente se aplican en defecto de acuerdo entre las partes [97].

Las cuestiones que escapan a la voluntad de éstas son las relativas a la «responsabilidad» de la constitución del órgano de representación que, necesariamente, «incumbirá a la Dirección Central» [98], el impulso de la negociación que, en todo caso, se atribuye a la iniciativa empresarial, de los trabajadores o sus representantes (art. 5.1), la composición y garantías que deberán adoptarse en el momento de procederse a la elección o designación de los miembros del «grupo especial de negociación» (art. 5.2.), las funciones de la comisión negociadora (art. 5.3) y la financiación de los gastos relativos a las negociaciones (art. 5.6).

A los estados miembros corresponde prever que los componentes de la comisión negociadora y del Comité de Empresa Europeo, así como los

---

tos situados en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional». Todo ello determina que la Directiva en este punto sea confusa. *Vid.* 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», en *RL,* núm. 3, 1998, pp. 36 y 37.

[95] *Vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida),* cit., p. 1010. CASAS BAAMONDE, M. E.: *Subsidiariedad y flexibilidad en el ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos,* cit., pp. 3 a 6. FERNÁNDEZ DO CAMPO, B.: ob. cit., pp. 150 a 156.

[96] Así se demuestra en relación con la información que deberán recibir los representantes de los trabajadores, en cuyo punto la Directiva es calificada de «ambigua» por MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 531. *Vid. Supra* también nota 94.

[97] La distinción entre «disposiciones principales» y «accesorias» y la mención a las denominadas disposiciones de «referencia» como «disposiciones subsidiarias aplicables a la falta de acuerdo entre las partes afectadas», en VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., pp. 925 y 932 a 935.

[98] *Vid. Supra* nota 87, y artículos 4 y 2 de la Directiva 94/45/CE.

expertos que, en su caso, les asistan [99] no estén autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial [100]. Asimismo, les compete asegurar la protección de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco del procedimiento, garantizándoles «la misma protección y garantías similares a las previstas para sus representantes de los trabajadores en la legislación nacional o las prácticas vigentes en su país de empleo [101] . Finalmente, deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el «cumplimiento de la Directiva, con independencia de que la dirección central esté o no ubicada en su territorio» (art. 11) y velar por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de ella (art. 11.3). Asimismo, se ocuparán de que «a petición de las partes interesadas en la aplicación de la Directiva, las empresas faciliten a los representantes de los trabajadores, la información a la que tienen derecho» (art. 11.2).

3. La transposición del modelo europeo a nuestro ordenamiento interno

En lo relativo al cumplimiento de la Directiva en nuestro país, su trasposición se produjo por vía legal [102] a través de la L. 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajado-

---

[99] Sobre la posibilidad de que los miembros de la Comisión negociadora puedan ser asistidos por expertos. *Vid.* artículo 8. D. 94/45CE.

[100] *Vid.* artículo 11. D. 94/45CE. *Supra* nota 94. También SÁEZ LARA, C.: «La Directiva 94/45 CE. Sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al derecho español», en *REDT,* núm. 78, 1996, p. 624 y ss.

[101] *Vid.* artículo 10. D. 94/45CE: «Protección de los representantes de los trabajadores. Los miembros de la comisión negociadora, los miembros del comité de empresa europeo y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco del procedimiento a que se refiere el apartado 3 del artículo 6 gozarán, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y de garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación nacional o las prácticas vigentes en su país de empleo. Esto se refiere, en particular, a la participación en las reuniones de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo o en cualquier otra reunión realizada en el marco del acuerdo a que se refiere el apartado 3 del artículo 6, así como al pago de su salario en el caso de los miembros pertenecientes a la plantilla de la empresa de dimensión comunitaria o del grupo de empresas de dimensión comunitaria durante el período de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones».

[102] *Vid.* SÁEZ LARA, C.: *La Directiva 94/45CE. Sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al Derecho español,* cit. Frente a la vía clásica de transposición que es la legal, es posible acudir a la vía convencional, que también está prevista en la Directiva. A esta solución han recurrido Italia y Bélgica pero en ambos casos, la utilización del instrumento convencional para la transposición de la Directiva ha resultado incompleto al no ser aplicable a todos los sectores y por tanto ha requerido sendos textos legales que lo completaran. *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 533, nota 46 y la bibliografía que en ella se cita.

res en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria [103], cuyos artículos 30 a 34, relativos a las infracciones y sanciones en la materia han sido derogados por el RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (Disposición Derogatoria Única, 2.e) con la pretensión de que «se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas» [104] todas las infracciones y sanciones laborales y de Seguridad Social.

En ella —L. 10/1997— se vuelcan disposiciones de ordenación interna y de calado transnacional y básicamente se reproduce el contenido de la Directiva comunitaria; de manera que en el título preliminar, destinado a precisar el «objeto, ámbito de aplicación y definiciones», se transcriben las definiciones correspondientes y como más reseñable se suma la definición de «empresa que ejerce el control» [105]. En el título I,

---

[103] La Directiva 94/45/CE se completa con la D. 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El plazo de transposición de la primera finalizó el 22 de septiembre de 1996. Para la segunda el 15 de diciembre de 1999 y la Ley de transposición española de esta última es la Ley 44/1999 de 29 de noviembre (*BOE* de 30 de noviembre). La Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (*BOE* de 17 de junio y *BOE* de 18 de junio de 1997), ha sido reformada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre (*BOE* de 30 de noviembre) para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (DOCE, núm. L 010 de 16-1-1998). Sobre la transposición de la Directiva 94/45/CE, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: *El derecho de participación de los trabajadores en la empresa.* cit., p. 1077 y ss.

[104] El RD Leg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (*BOE* de 8 de agosto, c.e. *BOE* de 22 de septiembre).

[105] *Vid.* artículos 3 y 4 de la L. 10/1997: «Con ello se resuelve la cuestión irresuelta por la Directiva comunitaria sobre quien ejerce el control cuando varias empresas encajan en las presunciones de control dispuestas al efecto. Artículo 3: «Definición del concepto de «empresa que ejerce el control»: 1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por «empresa que ejerce el control», la empresa que pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa («empresa controlada»), por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos. 2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, o b) disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa, o c) pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa. 3. A efectos del apartado 2, los derechos de voto y de nombramiento que ostente la empresa que ejerce el control incluirán los derechos de cualquier otra empresa controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier otra empresa controlada. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una empresa no se considerará «empresa que ejerce el control» respecto de otra empresa de la que posea participaciones

que contiene las «disposiciones aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en España», se aprecian notables coincidencias con las previsiones de la Directiva —cuyos contenidos actúan como mínimos— en lo relativo a la responsabilidad e iniciativa [106] del procedimiento, o la constitución y composición de la comisión negociadora; si bien en lo relativo a sus funciones precisa algunas indicaciones relativas a la presidencia de la comisión en sus reuniones conjuntas [107], la firma de las actas de las reuniones [108] y el régimen de funcionamiento [109] sobre los que la Directiva se muestra

---

cuando se trate de una de las sociedades contempladas en las letras a) o c) del apartado 5 del artículo 3 del Reglamento (CEE). 5. No se presumirá que existe influencia dominante únicamente por el hecho de que un mandatario ejerza sus funciones, en virtud de la legislación de un Estado miembro relativa a la liquidación, la quiebra, la insolvencia, la suspensión de pagos, el convenio de acreedores u otro procedimiento análogo. 6. La legislación aplicable a fin de determinar si una empresa es una «empresa que ejerce el control» será la legislación del Estado miembro que regule a dicha empresa. Cuando la legislación por la que se regule la empresa no sea la de un Estado miembro, la legislación aplicable será la del Estado miembro en cuyo territorio esté establecido su representante o, a falta de representante, la del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central de la empresa del grupo que tenga el mayor número de trabajadores».

[106] Artículos 6 y 7 de la Ley 10/1997. Este último es más preciso que la Directiva, en lo que a inicio del procedimiento se refiere, al señalar que: «La petición podrá presentarse por los trabajadores o sus representantes de forma conjunta o separada y dirigirse a la dirección central o a las direcciones de los centros de trabajo o empresas en los Estados miembros donde presten sus servicios. Las direcciones deberán trasladar las peticiones recibidas a la dirección central, informando a sus firmantes de dicho traslado. La dirección central no podrá negarse al inicio de las negociaciones basándose en la falta de traslado de las peticiones».

[107] Sobre la composición de la comisión negociadora, *vid.*, artículos 8 y 9 de la Ley 10/1997. Artículo 10.3 de la Ley 10/1997: «La comisión negociadora y la dirección central decidirán, de común acuerdo, las reglas precisas sobre la presidencia de sus reuniones conjuntas». Además, en sintonía con lo expresado en la Directiva (art. 6: La dirección central y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta), se afirma que «La dirección central y la comisión negociadora deberán negociar de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo».

[108] El artículo 10.3 de la Ley 10/1997: «Las actas de las reuniones entre la dirección central y la comisión negociadora serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes».

[109] La Directiva sólo indica «Los gastos relativos a las negociaciones... correrán a cargo de la Dirección Central, de manera que la comisión negociadora pueda cumplir su misión adecuadamente» (art. 6), mientras que el artículo 11 de la Ley 10/1997 es más explícita al respecto. Artículo 11: «Régimen de funcionamiento de la comisión negociadora. 1. La comisión negociadora adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior. Podrá elegir a un presidente entre sus miembros y establecer un reglamento interno de funcionamiento. 2. La comisión negociadora tendrá derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba celebrar con la dirección central, sin la presencia de ésta. 3. Siempre que sea necesario para el correcto desempeño de sus funciones, la comisión negociadora podrá estar asistida por expertos de su elección. 4. Los gastos derivados del funcionamiento de la comisión negociadora serán sufragados por la dirección central, que deberá proporcionarle los recur-

parca en regulación. La coincidencia es prácticamente total en las cuestiones atinentes al acuerdo al que lleguen las partes, de manera que alcanzado éste y observados todos los requisitos, las formalidades necesarias y las normas sobre vigencia, prórroga o renegociación del acuerdo, pierde virtualidad el Capítulo II sobre «disposiciones subsidiarias para la constitución del Comité de Empresa Europeo» [110] que tan sólo serán de aplicación: *a)* «Cuando la Dirección y la comisión negociadora así lo decidan»; *b)* «Cuando la Dirección central rechace la apertura de negociaciones en un plazo de seis meses a partir de la presentación de una petición...»; *c)* cuando en el plazo de tres años a partir de dicha petición o de la iniciativa de la dirección central para iniciar las negociaciones, las partes no alcancen el acuerdo...»; *d)* «una vez transcurrido el plazo de seis meses desde el inicio del procedimiento de negociación cuando la dirección central incumpla sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria de la comisión negociadora... o suspenda unilateralmente las negociaciones sin causa justificada o se comporte en ellas con manifiesta mala fe, y así se declare en todos los casos mediante sentencia judicial firme». Según parece desprenderse del texto legal, conforme al propio enunciado del Capítulo II, cuando las disposiciones subsidiarias internas sean aplicables, el único instrumento de información y consulta es el comité de empresa europeo y para que en una empresa o grupo de empresas exista un instrumento alternativo de información y consulta deberá decidirlo la comisión negociadora y hacerlo constar en el acuerdo alcanzado [111].

Por lo demás, las disposiciones subsidiarias del Capítulo II son fiel reflejo de las previsiones de la norma comunitaria sobre constitución del comité, funcionamiento y derechos de información reconocidos a éste; si bien proporcionan una regulación más detallada sobre la composición

---

sos financieros y materiales necesarios para cumplir sus funciones adecuadamente. En particular, la dirección central deberá sufragar los siguientes gastos: Los derivados de la elección o designación de los miembros de la comisión negociadora. Los de organización de las reuniones de la comisión negociadora, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros. Los derivados de un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones».

[110] *Vid.*, artículos 12 «contenido», 13 «Eficacia jurídica del acuerdo», y 14 sobre «vigencia, prórroga y renegociación del acuerdo». En este sentido, MOLINA NAVARRETE, C.: «La regulación del Comité Europeo de empresa: Puntos críticos», en *CEF RTSS,* núm. 48, 1998, p. 100. También MERCADER UGUINA, J. R.: «Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria», en *RL,* T, II, 1997, p. 1037.

[111] *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 539, nota 60, donde se citan alrededor de una decena de Resoluciones por las que se dispone la inscripción en le registro y publicación de diferentes acuerdos por los que se constituyen Comités de Empresa Europeos. Sobre algunos de ellos, *vid.* CARRASCOSA BERMEJO: «Acuerdos sobre información y consulta de ámbito europeo: la experiencia práctica española», en *TL,* núm. 53, 2000. También en AA.VV.: *Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea*, Sevilla, 2002, pp. 29 y 30.

de aquel [112]. Asimismo, el Capítulo III (arts. 20 a 23) cumple los mandatos que la Directiva dirige a los Estados en relación con la «protección de los representantes de los trabajadores» y la «confidencialidad de la información» y significativamente atribuye «al comité de empresa europeo y a los representantes de los trabajadores, en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta (...) capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos que les reconoce la presente Ley o que se deriven del acuerdo ... (alcanzado), pudiendo ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros».

A diferencia del Título I que contiene «disposiciones aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria con dirección central en España» y que, por tanto, «recuerdan más a normas internacionales que a normas internas», el Título II incorpora «disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas situadas en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria» que funcionan como «normas internas» y únicamente «pretenden concretar quienes serán los representantes de las empresas situadas en España y preservar sus derechos», teniendo en cuenta que los acuerdos alcanzados entre las direcciones centrales y las comisiones negociadoras concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias, son de aplicación y por tanto obligan —como indica el propio epígrafe del Título II— a todos «los centros de

---

[112] La Ley 10/1997, precisa lo que señala la Directiva, *vid.* artículo 17: «Composición del comité de empresa europeo. 1. El comité de empresa europeo estará compuesto por trabajadores de la empresa o grupo, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales. 2. El comité de empresa europeo estará compuesto por los siguientes miembros: Un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en el que la empresa de dimensión comunitaria tenga uno o más centros de trabajo o en el que se halle situada la empresa que ejerce el control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria o una o más de las empresas controladas. En su caso, un número de miembros suplementarios en representación de los trabajadores de aquellos Estados miembros donde se hallen empleados porcentajes significativos del total de trabajadores de la empresa o grupo, de acuerdo con las siguientes reglas: Un miembro en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en que se hallen empleados desde el 25% hasta el 50% del total de trabajadores de la empresa o grupo. Dos miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 50% y hasta el 75% del total de trabajadores de la empresa o grupo. Tres miembros en representación de los trabajadores del Estado miembro en que se hallen empleados más del 75% del total de trabajadores de la empresa o grupo. 3. En las reuniones del comité de empresa europeo y en las que éste celebre con la dirección central podrán participar, con voz pero sin voto, representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros donde la empresa o el grupo tengan centros de trabajo o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la dirección central y el comité de empresa europeo. 4. El comité de empresa europeo informará de su composición a la dirección central de la empresa o grupo, así como a cualquier otro nivel de dirección adecuado».

trabajo y empresas situadas en España, de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria» y, en definitiva, a todos los trabajadores de las mismas [113].

En su articulado, el Título II, además de su ámbito de aplicación, establece la forma del cálculo del número de trabajadores de los centros de trabajo y empresas, así como la identificación de los representantes nacionales de los trabajadores cuya condición corresponda a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal conforme a la normativa interna [114] y la forma de designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el comité de empresa europeo.

Por último, el Título III se destina a la «tutela de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria» y el Capítulo II [115] relativo a los «procedimientos judiciales», cumple el mandato del artículo 11.3 de la Directiva [116]. Se otorga la competencia para conocer «cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de la presente Ley» a los órganos jurisdiccionales españoles del orden social y se atribuye legitimación procesal para promover los correspondientes litigios a «los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el comité de empresa europeo». En función de la materia, la impugnación se tramita conforme a las distintas modalidades procesales establecidas en la Ley de Procedimiento Laboral y, tal vez, lo más reseñable sea que la «impugnación de las decisiones de la dirección central de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del Comité de Empresa Europeo y, en su caso, a los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta» se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos, al igual que los litigios relativos «al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad».

---

[113] Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., pp. 540 y 541.

[114] *Vid.* artículos 24 a 27. En los términos que respectivamente les reconocen la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por R.D. Legis. 1/1995, de 24 de marzo. Sobre la forma de designación de los representantes de los trabajadores, *vid.* artículo 27 de la L. 10/1997.

[115] Artículos 35 a 41 de la L. 10/1997. Recuérdese que el Capítulo I (arts. 30 a 34) ha sido derogado por la Disposición Derogatoria única de la ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.

[116] Artículo 11.3 de la D. 94/45/CE: «Los Estados miembros preverán medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva, en particular, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva».

Como derecho supletorio, en lo no previsto en este Capítulo regirá la Ley de Procedimiento Laboral y todo ello se entiende «sin perjuicio del derecho de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos» (art. 41) [117]. El texto concluye con dos disposiciones adicionales que son reproducción de los artículos 13 y 12 respectivamente de la Directiva.

V. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE)

1. Sobre la relación entre los instrumentos normativos de distinta naturaleza que regulan la SE y su fundamento (D. 2001/86/CE y R. 2157/2001)

Las diferencias entre los sistemas de representación (información y consulta) y participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las sociedades de los Estados miembros constituyeron durante más de treinta años el principal escollo para la acción normativa comunitaria. El levantamiento de su veto por España en el Consejo Europeo de Niza permitió finalmente la aprobación del Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, que regula el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86 del Consejo, de idéntica fecha, que lo complementa en lo relativo a la implicación de los trabajadores [118].

---

[117] *Vid.*, artículos 38, 40 y 41 de la L. 10/1997.

[118] Mecanismos similares a los de la SE para garantizar la implicación de los trabajadores en las sociedades cooperativas europeas, respetando el principio de subsidiariedad, son los empleados en la Directiva 2003//72 del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el *estatuto de la sociedad cooperativa europea* en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE, núm. L 207/25 de 18-8-2003). Estatuto que, a su vez, fue aprobado mediante el Reglamento CE, núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). La relación que vincula estas normas es idéntica a la que vincula el Reglamento CE, núm. 2157/2001 y la Directiva 2001/86 CE en lo relativo a la implicación de los trabajadores, pero éstas en el marco de las sociedades cooperativas europeas. También en este caso se pretende fomentar los objetivos sociales de la Comunidad mediante disposiciones específicas en el ámbito de la implicación de los trabajadores, que garanticen la constitución de una SCE sin que ello suponga la reducción o la desaparición de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las entidades que formen parte del proceso de creación de la sociedad, especialmente en los casos de fusiones y transformaciones. No obstante, la normativa comunitaria presenta especificidades propias de este tipo de sociedades, y por ello diseña mecanismos propios de implicación, aunque sin llegar a la configuración de un modelo ajeno al general de las relaciones laborales colectivas a nivel comunitario, en la medida en que recoge dos principios básicos de estas sociedades: la estructura y gestión democrática y el principio de primacía que garantiza la democracia interna de la sociedad (un socio-un voto). Por lo demás, la estructura de la Directiva 2003//72/CE es común a

Ambos textos constituyen un conjunto normativo «indisociable» que debe aplicarse concomitantemente [119], sin perjuicio de que la elección de dos instrumentos normativos de distinta naturaleza —Reglamento y Directiva— para regular el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea obedeciera, en su momento, a la necesidad de sortear los obstáculos surgidos en el largo proceso que condujo a su aprobación [120]. La Directiva, como forma reguladora más flexible que el Reglamento, se adapta mejor a la conservación de las particularidades nacionales en materia social, incluidos los fenómenos de contenido transnacional que no requieren —o lo requieren en menor medida— disposiciones comunitarias de armonización de las legislaciones de los Estados miembros; mientras que el Reglamento, como norma obligatoria en todos los elementos y directamente aplicable en los ordenamientos internos, ha sido sistemáticamente excluido de la regulación de cuestiones sociales desde los años setenta [121]. Ejemplo de ello es la Directiva 94/54 que incorpora normas de contenido transnacional, o la propia Directiva 2002/14 que establece un marco general relativo a la información y la consulta de los

---

la seguida en la 2001/86/CE: Sección I «disposiciones generales» (objetivo, definiciones) Sección II «procedimiento de negociación aplicable a la SCE establecidas por al menos dos entidades jurídicas, así como mediante transformación» (constitución de la comisión negociadora, contenido del acuerdo, duración de las negociaciones, legislación aplicable al procedimiento de negociación, disposiciones de referencia); Sección III «normas aplicables a las SCE establecidas exclusivamente por personas físicas por un sola entidad jurídica y personas físicas; Sección IV «participación en la asamblea general o en la Asamblea de sección o sectorial»; Sección V «disposiciones varias» (reserva y confidencialidad, funcionamiento del órgano de representación y procedimiento de información y consulta de los trabajadores, protección de los representantes de los trabajadores, uso indebido de los procedimientos, cumplimiento de la presente Directiva, relación entre la presente Directiva y otras disposiciones); Disposiciones finales. Sobre el tema: Espín Sáez, M.: «Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/72 del Consejo, de 22 de julio de 2003)», en *RMTAS,* núm. 47, 2003, p. 234 y ss. Más escuetamente, Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., pp. 560 a 564. En términos comparativos respecto de los modelos transnacionales de participación de los trabajadores en la SE, Fernández do Campo, B.: ob. cit., p. 178 y ss.

[119] *Vid.*, considerando 19 del Reglamento CE, núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre, por el que se aprueba el *Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*, DOCE, núm. L 294/1 de 10-11-2001, según el cual: «la Directiva 2001/86 establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE, y dichas disposiciones, por consiguiente, constituyen un complemento indisociable al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente». *Vid.*, también EM II del *Proyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas.* BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 25 de noviembre de 2005, núm. 59-1, como ambos textos «constituyen un conjunto inescindible y complejo».

[120] Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)*, cit., p. 1005.

[121] *Vid.* Moreau, M. A.: «L'implication des travailleurs dans le societé europeenne», en *Droit Social*, núm. 11, 2001, p. 969. Casas Baamonde, M. E.: ob. cit., p. 1005.

trabajadores en la Comunidad Europea. No obstante, se trata de un conjunto normativo muy peculiar cuya singularidad radica en su interconexión, de modo que el Reglamento establece importantes lazos de unión con la Directiva. La regulación de esta última, por su contenido normativo y dada la necesidad de coordinar las disposiciones de los Estados miembros para su transposición en los ordenamientos internos se asemeja en sus efectos a la de un Reglamento, al tiempo que la de éste, por el amplio margen de complementación que ofrece a las legislaciones de los diferentes países sobre la SE (art. 9) y por las continuas remisiones que efectúa a la Directiva, se distancia de los caracteres propios de un Reglamento y se aproxima a los de las Directivas.

Por tanto, una de las cuestiones que mayor interés suscita es la relativa a la base jurídica de las normas comunitarias que regulan la SE en el último texto [122]. Doctrina autorizada [123] afirma que, tanto la Directiva como el Reglamento, se basan en el artículo 308 TCEE (antiguo art. 235) [124] que atribuye al Consejo la competencia para aprobar por unanimidad, o a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las disposiciones pertinentes cuando una acción comunitaria resulte necesaria para alcanzar el funcionamiento del mercado común, los objetivos de la Comunidad y no en los artículos 95 y 44.2.g) (antiguos 100 A y 54.3.g) TCEE, que separadamente fundaban las propuestas del Reglamento y la Directiva desde 1989 [125]. Estos últimos preceptos remiten al procedimiento del artículo 251 TCEE y exigen mayoría cualificada, pero en codecisión con el Parlamento Europeo, por lo que este último negaba la necesidad de acudir a los poderes otorgados a la Comunidad por el artículo 308 TCEE [126] y se

---

[122] EM II del Proyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas; pfo. 8, p. 3. Sobre la relación Directiva-Reglamento, *vid.* ARRIGO, G.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea,* cit., p. 6.

[123] *Vid.* la propuesta de Reglamento por el que se establece el estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1970 (DOCE, núm. C 24/1 de 10 de octubre de 1970), modificada en 1975 (Boletín de las Comunidades Europeas, suplemento 4/75); así como las propuestas de Reglamento y Directiva aneja en lo reltivo a la posición de los trabajadores de 1989 (DOCE, núm. C 263, de 16 de octubre de 1989), modificadas en 1991 (DOCE, núm. C 176, de 8 de julio de 1991 y C 138, de 29 de mayo de 1991). ESTEBAN VELASCO, G.: *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?,* cit., p. 1768. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», en *RL,* núm. 6, 2003, p. 1 y ss. CASAS BAAMONDE, M. E.: ob. cit., ult., nota 2. ARRIGO, G.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea,* cit., pp. 15 y 16.

[124] *Vid.*, por todos, CASAS BAAMONDE, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida).*

[125] Defensor de esta tesis es ESTEBAN VELASCO, G.: *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?,* cit., p. 1695.

[126] *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO: «*Informe sobre el Proyecto de Directiva del Consejo que por el que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta*

reservó el derecho a impugnar ante el TJCE el fundamento jurídico de la regulación de la SE [127].

Sin embargo, de una parte, nada obsta la propuesta del Parlamento sobre la que ya existe un precedente. La Directiva 94/45 tiene su fundamento, como se ha dicho, en el artículo 2.2 del Acuerdo de Política Social anexo al Protocolo número 14 anejo al TUE, que constituye el antecedente del artículo 137 TCE. Nada impediría relacionar una materia relativa a la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores (incluida la cogestión) con las disposiciones del TCE sobre política social, ni por el objeto de su regulación, ni porque la implicación de los trabajadores en la SE quede libre de armonizar las disposiciones de los Estados miembros [128]. De otra parte, la vinculación de la Directiva con el citado artículo 137 permitiría dar un fundamento jurídico común a la regulación comunitaria de los derechos de información y consulta de los trabajadores —y de cogestión en la Directiva— en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Además, este fundamento normativo es el que permite la técnica de la transposición convencional de las Directivas por los interlocutores sociales, que se contiene en el artículo 137.4 (actual apdo. 3) en relación con las Directivas adoptadas en virtud de los apartados 2 y 3 (actual apdo. 2) que, con independencia de cuál sea el mecanismo de transposición utilizado en nuestro ordenamiento interno, prevén tanto la Directiva 94/45 CE (art. 14.1), como la Directiva 2002/14 CE (art. 11), o la propia Directiva 2001/86 en su artículo 14.1 [129].

---

a la implicación de los trabajadores». Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Doc., de sesión 1999-2004, A5-0231/2001, de 21 de junio de 2001, pp. 6 y 16. *Resolución Legislativa sobre el Proyecto de Directiva del Consejo que por el que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores* [14732/2000 - C5 0093/2001 - 1989/0219 CCNS], acta de 4 de septiembre de 2001.

[127] Casas Baamonde, M. E.: ob. cit., p. 1008.

[128] En este sentido, Casas Baamonde, M. E.: ob. cit. ult., p. 1008. Discrepan de esta posición Esteban Velasco, G.: *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?,* cit., p. 1696, que basándose en el *Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo* («Avis du Service Juridique» Implication des travailleurs dans le societé europeenne en ce concerne Implication des travailleurs. Doc. 5207/ 99 10 SOC SE 1 de 13 de abril de 1999) sostiene que lo determinante es que se trata de normas que no pretenden armonizar, sino reglar un aspecto de una figura no regulada por el derecho nacional, independientemente de que ese mismo contenido pueda completarse con normas de fuente comunitaria y de norma nacional y de que por este motivo puedan surgir diferencias en el régimen regulador de las SE domiciliadas en uno u otro Estado miembro «estas diferencias incluyen ciertamente en la dilución de la homogeneidad de su régimen comunitario, pero nada dice sobre la naturaleza de la norma en que debe fundarse la competencia reguladora de la Comunidad», porque lo verdaderamente relevante al respecto es que pretende posibilitarse el nacimiento de una figura que requiere un acto específico que supere el déficit de las legislaciones nacionales para su nacimiento.

[129] *Vid.* Casas Baamonde, M. E.: ob. cit., p. 1009, sobre la responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva, al no haber adoptado

2. El Reglamento: un intento de alcanzar la correspondencia económica y jurídica de la empresa en el ámbito de la CE

El Reglamento 2157/2001 pretende dar respuesta al normal desarrollo de la actividad de la SE, toda vez que el marco jurídico de las empresas en la Comunidad sigue siendo en gran parte nacional y ya no se corresponde con el marco económico en que deben desarrollar sus actividades [130]. Trata de establecer «tanto como sea posible una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad» [131]. Sus disposiciones tratan de permitir «la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones [132]. No en vano, «el objeto esencial que persigue el régimen jurídico de una SE, requiere en todo caso... que pueda constituirse ésta, tanto para permitir a las sociedades de los Estados miembros diferentes que se fusionen, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas, que ejerzan su actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, la posibilidad de crear filiales comunes [133], y para ello, es preciso hacer posible una gestión eficaz de la SE, al tiempo que se garantice una vigilancia apropiada.

El mayor acierto del Reglamento, y que posibilitó el acuerdo, es reconocer la libertad a los fundadores de la SE, expresada en los estatutos de la misma, para optar, en lo que se refiere a al organización de la administración de las sociedades, entre dos formas distintas existentes en la Comunidad: un sistema dual (órgano de control y órgano de dirección) o un sistema monista (órgano de administración) [134]; elección a la

---

las disposiciones reglamentarias legales o administrativas que le incumben, o por no haber garantizado que los interlocutores sociales adoptaran las disposiciones necesarias por vía de acuerdo, y, por tanto, no haber adoptado las medidas necesarias para garantizar la consecución de los resultados exigidos por la Directiva 94/45 (art. 14.1). *Vid.* STJCE de 21 de octubre de 1999, C-430/98.

[130] Considerando 4 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea DOCE, núm. L 294/1 de 10-11-2001.

[131] Considerando 6 del Reglamento CE 2157/2001 cit.

[132] Considerando 7 del Reglamento CE 2157/2001 cit.

[133] Considerando 10 del Reglamento CE 2157/2001 cit.

[134] Considerando 14 del Reglamento CE 2157/2001: «Es preciso hacer posible una gestión eficaz de la SE al tiempo que se garantiza una vigilancia apropiada. Se debe tener en cuenta el hecho de que, por lo que respecta a la organización de la administración de las sociedades anónimas, existen actualmente dos sistemas diferentes en la Comunidad. No obstante, conviene, manteniendo la posibilidad de que la SE escoja entre los dos sistemas, llevar a cabo una delimitación clara entre las responsabilidades de las personas encargadas de la gestión y las de las personas encargadas de la vigilancia», lo que se explicita en el

que se añade, no siempre correlativamente, de una parte, la posibilidad de acordar con los representantes de los trabajadores formas de organización de sus derechos en la empresa transnacional, según modelos de representación, de información y consulta o de participación societaria, o de ambos con el límite del principio de conservación de los derechos adquiridos (antes-después) [135]; y de otra parte, la peculiaridad, relegada a la negociación colectiva, de determinar una reducción de los derechos de participación orgánica existentes en las sociedades constituyentes [136]. Finalmente, la posibilidad de que los Estados miembros no apliquen las disposiciones de referencia contenidas en la Directiva, relativas a la participación en la constitución de ciertas SE, según su proceso fundacional [137]. El caso de unión más claro entre el Reglamento y la Directiva reside en la remisión del primero a las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE, contenidas en la segunda [138], «destinada a garantizar que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de sus SE» [139], y en el imperativo según el cual «para que una SE pueda registrase en un Estado miembro» que haya previsto la no aplicación de las disposiciones de referencia, o bien deberá haberse celebrado un acuerdo de implicación —incluida la participación— de los trabajadores... o bien ninguna de las sociedades participantes deberá haber estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE [140] o, más rotundamente, que «no podrá registrarse ninguna SE, salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación con los trabajadores..., se haya tomado la decisión de no iniciar negociaciones o terminar las ya inicia-

---

artículo 38.b) del Reglamento al señalar que: «Conforme a las condiciones establecidas por el presente Reglamento, la SE constará de: a) una junta general de accionistas, y b) bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista), según la opción que se haya adoptado en los estatutos», la Sección 1 (art. 39 y ss.) regula el «Sistema dual» y la Sección 2 (art. 43 y ss.) regula el «sistema monista», mientras que la Sección 3 (art. 46 y ss.) se ocupa de «las normas comunes a los sistemas monista y dual». Sobre los sistemas monista y dualista de representación en el ámbito comunitario, *vid.* Vasquez, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 967. Casas Baamonde, M. E.: ob. cit., ult., p. 1010. Esteban Velasco, G.: *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?,* cit., pp. 1710 a 1716.

[135] Considerando 18 del Reglamento CE 2157/2001. *Vid.* Arrigo, G.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea,* cit., p. 13 y ss. Esta peculiaridad se explicita más ampliamente en el artículo 34 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores DOCE, núm. L 294/22, de 10-11-2001.

[136] *Vid.*, *in extenso* artículo 7.2 y 3 de la Directiva 2001/86/CE.

[137] Considerando 19 del Reglamento CE 2157/2001, cit.

[138] Considerando 21 del Reglamento CE 2157/2001, cit.

[139] Artículo 12.3 del Reglamento CE 2157/2001, cit.

[140] *Vid.* artículo 3.6 de la Directiva 2001/86/CE.

das o haya expirado el periodo de negociaciones sin que se hay celebrado acuerdo alguno».

3. La Directiva: el complemento regulador de la implicación de los trabajadores

3.1. La dimensión transnacional de los derechos de participación de los trabajadores y la mutua influencia de los derechos que los regulan

La Directiva 2001/86 CE sobre implicación de los trabajadores en la SE, tanto desde el punto de vista de sus sistemática, como de los principios que la inspiran, presenta importantes similitudes con la Directiva 94/45 [141], hasta el punto que, podría decirse que esta última es la fuente de inspiración de aquélla.

En primer lugar, entre sus semejanzas destaca que los dos instrumentos regulan relaciones jurídicas transnacionales, que superan el ámbito jurídico y territorial de un solo país, tanto en lo relativo a los destinatarios de las obligaciones contemplados en ellas (los grupos o el grupo de empresas de dimensión comunitaria, o la SE), como a los beneficiarios de los derechos, que, asimismo, deben ejercerlos en un ámbito transnacional (al igual que la Comisión negociadora o el Comité de Empresa Europeo, las instancias de representación de los trabajadores que se prevén para la SE son órganos transnacionales) o al contenido de las obligaciones y derechos, por cuanto la información y la consulta de los trabajadores se refieren a asuntos y decisiones que trascienden las fronteras de un único Estado [142].

En segundo lugar, las dos Directivas transmiten una perspectiva moderna del derecho laboral que confiere un amplio margen a la negociación y a la autonomía de la voluntad de las partes, prestando mayor protagonismo a los agentes sociales en un procedimiento en que la norma comunitaria interviene para definir el marco de la negociación entre las partes, pero concede a éstas amplia libertad en la determinación de sus derechos y obligaciones recíprocas. Ambas muestran su preferencia por la vía de la negociación colectiva, que permite una mayor flexibilidad

---

[141] Vasquez, F., hasta los rasgos de similitud flagrante entre ambas, *vid.*, *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., p. 928. Casas Baamonde, M. E., señala: «convendrá insistir en que la huella de la Directiva 94/45 esté presente en la regulación del DITSE», en «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», cit., p. 1012.

[142] En este sentido, Vasquez, F.: ob. cit., ult., p. 928.

y adaptabilidad de la norma comunitaria a las singularidades de los sistemas de implicación de los países europeos, siempre respetando garantías mínimas en lo relativo a los derechos relacionados y previendo la regulación de la normativa comunitaria «de referencia» subsidiariamente, en defecto de acuerdo alcanzado por las partes.

Sin embargo, también existen rasgos distintivos de cada una de ellas. Mientras la Directiva 94/45/CE contempla la creación de mecanismos transnacionales de información y consulta en el marco de grupos o empresas existentes omitiendo los posibles cambios a que unos y otros estén sometidos, la D. 2001/86 CE contempla la SE en toda su dinámica, desde las mutaciones societarias previas a su creación hasta el momento de su consolidación, lo que explica que en relación con la representación de los trabajadores en la SE se omitan concreciones contenidas en la D. 94/45/CE [143].

De otra parte, ambos textos difieren en el punto de partida y el grado de las obligaciones jurídicas que de ellas derivan. Para que la Directiva sobre representación de los trabajadores en la SE sea aplicable se requiere que una sociedad —o varias dependiendo de su forma de constitución— decida adoptar la forma de SE y en consecuencia el estatuto de la SE es opcional y las obligaciones derivadas de la regulación comunitaria dependen de la elección realizada por la empresa y de la sumisión voluntaria a ellas; lo que explicaría que ciertos países hayan optado por adherirse al modelo [144].

Por lo demás, téngase en cuenta que la relación entre ambos instrumentos es de «supletoriedad» [145] en la medida en que cuando una SE, sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas comunitarias, conforme a la Directiva 94/45CE (o la Directiva 97/74 por la que esta se amplia al Reino Unido) no se aplicarán ni a ella ni a sus filiales las disposiciones de la Directiva 2001/86 ni las disposiciones que las incorporen a los derechos nacionales que les afecten [146].

---

[143] Por todas la obligación ineludible de negociar (art. 3, apdo. 1), la composición de la comisión negociadora (art. 2.b y 3.2), la menor duración de las negociaciones (art. 5), las distintas modalidades de votación en la comisión negociadora (art. 3.4), o las condiciones de aplicación de las normas subsidiarias (art. 7.2).

[144] VASQUEZ, F.: ob. cit., ult., p. 929.

[145] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., utiliza el término «subsidiariedad», aunque a continuación expresa: «no se confunda con el principio comunitario de subsidiariedad, en el bien entendido que las formas de participación previstas en esta Directiva sólo son aplicables a las sociedades a las que no les resulten de aplicación las reglas de la Directiva 94/45». *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 547. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», en *RL,* núm. 11, 2003, p. 7.

[146] *Vid.*, artículo 13.1. D. 2001/86. No obstante, cuando la comisión negociadora decida, de conformidad con el artículo 6.3 no iniciar las negociaciones o poner fin a las ya

La Directiva 2001/86 se aplica a la SE y sus filiales. Para la identificación de la primera, en ausencia de una definición propia debe acudirse por remisión al Reglamento 2157/200[147] donde se desarrolla la definición de SE. Son «Sociedades Anónimas», las «que tengan su domicilio social y su administración central en la Comunidad», constituidas mediante *fusión* —siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes— [148], promoción de un *holding* —siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros, o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes— [149], o a través de *filiales constituidas en diferentes Estados miembros.* A estos efectos, «están reguladas por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social [150] y el capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros dividido en acciones [151] y su domicilio social (de la SE) deberá estar situado dentro de la Comunidad en el mismo Estado miembro que su administración central [152].

La definición de filial de una Sociedad se atribuye a una empresa sobre la cual dicha Sociedad ejerce una «influencia dominante»[153] y ésta, a su vez, conforme a la Directiva 95/45/CE es la empresa que «ejerce el control» [154].

En este marco la Directiva pretende garantizar la implicación de los trabajadores en las «cuestiones y decisiones que afectan la vida de sus SE» [155] para las que prestan servicios, articulando un procedimiento basado en la negociación que aboca al establecimiento de mecanismos (de implicación) constituidos por los derechos de *información (*«la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las infor-

---

iniciadas, se aplicará la Directiva 94/45/CE o la Directiva 97/74/CE y las correspondientes disposiciones de incorporación a la legislación nacional (art. 13.2. D. 2001/86/CE).

[147] Artículo 2.a) SE: toda sociedad constituida con arreglo al Reglamento CE 2157/2001.

[148] Artículo 2.1 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

[149] Artículo 2.2 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

[150] Artículo 3 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

[151] Artículo 4 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

[152] Artículo 7 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

[153] Artículo 2.c) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[154] Artículo 3 de la Directiva 94/45/CE del Consejo. Debe tenerse en cuenta que existen cuatro formas de constitución de una SE: Fusión, creación de una sociedad cartera, por creación de un filial común o por la transformación de una sociedad anónima de derecho nacional. *Vid.*, sobre todas ellas, G ARCI RODOLFO, L., F ARAMINAN FERNÁNDEZ-FIGARES, J. M.: *Societas Europaea.* Sentencias de TSJ y AP y otros, Aranzadi, núm. 2, 2004.

[155] Considerando 21 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo.

maciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan 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») [156]; *Consulta* («la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan 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») [157] y *participación* («la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes 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 oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad») [158]; definiciones que, a su vez, inspiran las que sobre estos conceptos incorporará más tarde la Directiva 2002/14/CE sobre el marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea [159] y que integran el concepto de implicación —más amplio que el de participación—, según se indicó en páginas anteriores [160].

3.2. Los procedimientos de información, consulta y participación en la SE

Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional así como el de participación y, en general, el de «implicación» de los trabajadores aplicables a cada SE se determinan principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, en defecto de éste mediante la aplicación de normas subsidiarias, en paralelo con el procedimiento previsto para la definición de los derechos de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria por la Directiva 94/45. Existe una clara coincidencia en cuanto al acuerdo alcanzado por la comisión nego-

---

[156] Artículo 2.i) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[157] Artículo 2.j) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[158] Artículo 2.k) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo. Sobre este punto, LUJÁN ALCARAZ, J.: «La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de trabajadores», en *AS,* núm. 1, 2002, p. 15.

[159] *Vid. Supra* apdo. III.

[160] *Vid. Supra* apdo. I.

ciadora que es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y respecto del objeto perseguido. Si en esta última Directiva se acuerda la constitución de un Comité de Empresa Europeo o, en su defecto, un procedimiento alternativo de información y consulta, lo que ahora se pretende por el legislador es que las SE lleguen con sus trabajadores a un acuerdo sobre la forma más apropiada de implicación [161] que supondrá como mínimo el reconocimiento de derechos de información y consulta similares a los reconocidos en la Directiva general sobre participación de los trabajadores, pues la participación es un procedimiento de implicación, que no tiene porqué atribuirse necesariamente.

No obstante, existen peculiaridades en el procedimiento en lo atinente a las facultades estatales sobre la composición de la Comisión negociadora, que se ven restringidas respecto de las contempladas en la Directiva 94/45, al existir condicionantes más estrictos sobre la proporcionalidad y el número de miembros que pueden componer la Comisión negociadora, y en lo relativo a la aplicación de las disposiciones de referencia, cuyas reglas de aplicación en este caso son más estrictas dependiendo de que la Sociedad sea creada por transformación, constituida por fusión o mediante la creación de una sociedad holding.

Además, también la procedimentalización del acuerdo que conduce a los instrumentos de información y consulta de los trabajadores presenta diferencias. Mientras en la Directiva 94/45CEE la falta de acuerdo sobre el procedimiento de información y consulta conduce a la necesaria creación de un «Comité de Empresa Europeo», en la D. 2001/86 la ausencia de acuerdo se traduce en la creación de un «órgano de representación de los trabajadores», de manera que la implicación de estos últimos en la vida de su SE se produce a través de un órgano diferenciado. Por tanto, la creación de este órgano de representación de los trabajadores en la SE será estrictamente necesaria si las partes no llegan a un acuerdo sobre el modo de implicación de los asalariados. Si se alcanza el acuerdo, las partes podrán, en vez de constituir un órgano específico de representación, decidir que los trabajadores estén representados por el órgano de vigilancia o en el de la administración correspondiente de la SE, o establecer un modelo distinto (no órgano específico ni representación en los órganos de la Sociedad), siempre que se respete el nivel de información y de consulta establecido para el modelo que prevé el órgano diferenciado [162].

---

[161] Valdés Dal-Ré, F.: *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después,* cit., p. 9.

[162] Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 533. Arrigo, G.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea,* cit., pp. 19-20.

En efecto, cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan un modelo de constitución de la SE, iniciarán lo antes posible —una vez publicado el proyecto de fusión, de constitución de una sociedad Holding, de adoptarse un proyecto de crearse una filial o de transformarse en una SE— las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE y, a tal efecto, se constituirá una comisión negociadora representativa de los trabajadores participantes y sus filiales o establecimientos interesados, que deberá garantizar la proporcionalidad del número de trabajadores empleados en cada Estado por las Sociedades participantes, filiales y establecimientos afectados, correspondiendo a cada Estado miembro un puesto por cada 10% o fracción del total de los trabajadores empleados por cada una de ellas [163]; con la peculiaridad de que, en el caso de las SE constituidas mediante fusión deberá garantizarse —mediante la representación de cada Estado miembro— que la Comisión negociadora incluya al menos un miembro representante de cada una de las Sociedades participantes que estén registradas y empleen en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto, a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE[164]. La forma de elección o designación de los miembros de la Comisión corresponderá a los Estados miembros y estos podrán incluir entre ellos a representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado [165], y todo ello —las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE— se plasmará en un acuerdo formalizado por escrito [166] que, por tanto, es fruto de la autonomía de la voluntad que se procedimentaliza —como ocurriera ya en la Directiva de empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria— y cuyo contenido mínimo establece la Directiva 2001/86/CE[167].

En el proceso negociador cada miembro dispondrá de un voto y tras las negociaciones, que se producirán con espíritu colaborador [168], la

---

[163] «Por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros (art. 3.2.a.i. de la Directiva 2001/86/CE del Consejo).

[164] Artículo 2.a.ii. de la Directiva 2001/86/CE del Consejo. *Vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: «Iniciativas comunitarias en la promoción de la participación (financiera y otras) en la empresa», en AA.VV. (coord.: LANDA ZAPIRAIN, J. P.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa,* Albacete, 2004, p. 65.

[165] Artículo 3.2.b de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[166] Artículo 3.3 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo: «A tal fin, el órgano competente de las sociedades participantes informará a la comisión negociadora del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la SE, hasta la inscripción de la misma» (pfo. 2.º).

[167] Artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[168] *Vid.*, también, artículo 4 de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo: «modalidades prácticas de la información y consulta», 4): la consulta se efectuará e) con el fin de llegar a un acuerdo...

comisión «que podrá solicitar ser asistida por expertos de su elección [169]» decidirá, por mayoría absoluta, la forma de implicación de sus trabajadores en la SE; salvo que, eventualmente, se determine una reducción de los derechos de participación [170], en cuyo caso la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo será de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen al menos dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros; o salvo que decida —también por mayoría de dos tercios— no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores [171].

También puede suceder que las partes, tras negociar durante el periodo previsto, hasta el plazo máximo de un año [172], no lleguen a un acuerdo, en cuyo caso deben aplicar las normas supletorias [173] que la D. 2002/14CEE en su anexo denomina «disposiciones de referencia» y que deben respetar las prescripciones enunciadas como tales en el anexo de la Directiva, cuyo contenido se refiere a la composición del órgano de representación de los trabajadores, la información y consulta y la participación. Estas disposiciones «de referencia» son las previstas en la legislación del Estado miembro en que vaya a situarse la sede social de la SE y se aplicarán a partir de la fecha de inscripción de ésta cuando las partes así lo decidan; cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en los plazos establecidos y los órganos competentes de cada Sociedad participante decidan aceptar la aplicación de dichas disposiciones relativas a la SE y continuar con el procedimiento de inscripción de ésta; o cuando —en defecto de acuerdo alcanzado en plazo— la comisión negociadora no haya decidido rechazar la iniciación de negociaciones o terminar las ya iniciadas [174].

---

[169] Artículo 3.5 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[170] Artículo 3.4 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo: «Se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros de los órganos de la SE, en el sentido de la letra k) del artículo 2, inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes».

[171] Artículo 6.4 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[172] Artículo 5 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo. Duración de las negociaciones: 1) «Las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora y podrán proseguir durante los seis meses siguientes, y 2) Las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones más allá del período contemplado en el apartado 1, hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la comisión negociadora».

[173] Algún autor las califica como subsidiarias con matices. *Vid.* Menéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 547.

[174] Los Estados miembros podrán prever que las disposiciones de referencia contempladas en la Parte III del anexo (disposiciones de referencia para la participación) no se apliquen cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido y los órga-

No obstante, cuando se trate de las «disposiciones de referencia» para la participación, las reglas de aplicación son más restrictivas que las relativas a la información y consulta y difieren según la Sociedad sea creada por transformación, constituida por fusión, o mediante la creación de un holding. Aquéllas sólo se aplicarán, en el caso de las sociedades constituidas por *transformación* «si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban a una Sociedad transformada en SE». En el caso de una SE constituida por *fusión,* «si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes» o «si, antes del registro de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos de un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la comisión negociadora así lo decida». En el caso de una Sociedad constituida mediante la creación de una *Sociedad Holding* o de una filial «si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos al 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes» o «si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos del 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la comisión negociadora así lo decide». En cualquier caso, si hubiere habido más de una forma de participación en el seno de las diferentes sociedades participantes, la comisión negociadora decidirá cuál de estas formas debe establecerse en la SE y los Estados miembros podrán, además, fijar las normas aplicables en ausencia de decisión en la materia para una sociedad registrada en su territorio, y la comisión negociadora será quien informe al órgano competente de las sociedades participantes sobre las decisiones adoptadas con arreglo al presente apartado [175].

---

nos competentes de cada una de las sociedades participantes decida aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia relativas a la SE y continuar el procedimiento de registro de la SE y la comisión negociadora no haya adoptado la decisión de no adoptar negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones de información y consulta de los trabajadores que estén vigentes (art. 7.3 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo).

[175] Artículo 7 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

3.3. El funcionamiento del órgano de representación, las garantías y deberes de los representantes y las cautelas frente a actuaciones indebidas

En su sección III, bajo la rúbrica «disposiciones varias», la Directiva 2001/86 CE aglutina una serie de disposiciones relativas a: 1) los deberes de reserva y confidencialidad de los representantes de los trabajadores. 2) el funcionamiento del órgano de representación y procedimiento de información y consulta de éstos. 3) la protección de los representantes de los trabajadores. 4) el uso indebido de los procedimientos y el cumplimento de la presente Directiva. 5) la relación entre la Directiva y otras disposiciones.

Se atribuye a los Estados miembros la «obligación» de prever los mecanismos y disposiciones necesarios para que «los miembros de la Comisión negociadora y del órgano de representación, así como los expertos que los asisten», o «los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta» no puedan revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial; obligación de secreto y confidencialidad que subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que en cada Estado miembro, en supuestos específicos, en las condiciones y con límites establecidos por la legislación nacional, el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante establecida en su territorio no esté obligado a comunicar información que, por su naturaleza, pudiera, según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la SE (o, en su caso, de la sociedad participante), o de sus filiales y establecimientos u ocasionar perjuicios a los mismos, si bien el propio Estado podrán supeditar esta posibilidad a una autorización previa de carácter administrativo o judicial. Igualmente, la Directiva faculta a cada Estado para establecer disposiciones especiales en favor de las SE establecidas en su territorio que persigan directa o sustancialmente un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones, siempre que tales disposiciones existieran ya en la legislación nacional, en la fecha de adopción del instrumento comunitario.

En aplicación de todo ello, y para garantizar el cumplimiento, los Estados articularán los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores cuando el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información; recursos que a su vez,

podrán incluir dispositivos de protección del carácter confidencial de la información de que se trate [176].

En paralelo al deber de reserva y confidencialidad, los miembros de la comisión negociadora, los miembros del órgano de representación, los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y los representantes que formen parte del órgano de control o de administración de una SE, de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participante gozarán, en el ejercicio de sus funciones, de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o en la práctica nacional vigente en su país de empleo. Estas garantías se extienden a la participación en las distintas reuniones de la Comisión negociadora, de órganos de representación o de vigilancia y control, así como al pago de su salario en el caso de los miembros pertenecientes a la plantilla de una sociedad participante o de la SE o de sus filiales o establecimientos de ésta durante el período de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones [177].

A modo de «pasador de seguridad» se impone a los Estados miembros adoptar las medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho comunitario, para evitar que, de forma indebida, se recurra a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacerlos ineficaces. Para garantizar el cumplimiento de la Directiva cada Estado tiene que velar por que la dirección de los establecimientos de una SE y los órganos de control o administración de sus filiales y de las sociedades participantes establecidos en su territorio y los representantes de sus trabajadores o, en su caso, los propios trabajadores cumplan las obligaciones establecidas en la presente Directiva, independientemente de que la SE tenga registrada o no su sede social en su territorio. A tal fin se preverán medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la presente Directiva y, particularmente, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva [178].

Cuando una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, conforme a la Directiva 94/45/CE o la Directiva 97/74/CE no le serán de aplicación, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de la Directiva 2001/86, salvo que la Comisión negociadora decida no iniciar las negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas, en cuyo caso si

---

[176] Artículo 8 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.
[177] Artículo 10 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.
[178] Artículo 11 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

resultarán de aplicación aquellas y las correspondientes disposiciones de incorporación a la legislación nacional [179].

Recuérdese que la Directiva 94/45/CE y la Directiva 2002/14/CE se aplicarán «sin perjuicio de las disposiciones adoptadas conforme a las Directivas 75/129 y 98/59CE —despidos colectivos— y 77/187 y 2001/23/CE —mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad—, que no afecta a los derechos de información y consulta de los trabajadores existentes en su legislación nacional [180]» y que, en particular, la D. 2002/14 tampoco afecta a las disposiciones adoptadas de conformidad con las Directivas 94/45/CE y 97/74/CE [181].

De este entramado regulador de la aplicación de las distintas Directivas, se extrae que la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores en la empresa establece en su favor una regla de «preferencia aplicativa» que conduce al desplazamiento consiguiente de la Directiva 94/45/CE y de las disposiciones y acuerdos alcanzados en los Estados miembros para su transposición a las SE en el caso de que estas sean empresas de dimensión comunitaria, o empresas que controlen un grupo empresarial de igual dimensión (lo que será relativamente habitual en un holding). La finalidad de esta regulación es ordenar la aplicación de sendos instrumentos comunitarios en toda la dualidad o superposición de instancias de representación transnacionales en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Ahora bien, junto a esta preferencia, establece su relación con otras regulaciones, relativas a mecanismos de representación de los trabajadores en la empresa no solo de dimensión europea, sino también de ámbito nacional [182].

La Directiva 2001/86 aparta la SE de la aplicación de las legislaciones o prácticas nacionales en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales sujetándolas a las reglas de la Directiva y de sus correspondientes disposiciones de transposición, aunque sin perjudicar los derechos de implicación de los trabajadores de la propia SE, sus filiales y sus establecimientos. Significativamente, las disposiciones en materia de «participación» de los trabajadores en órganos sociales previstos por las legislaciones o prácticas nacionales distintas de las de aplicación de la presente Directiva no se aplicarán a las sociedades constituidas conforme al Reglamento 2157/2001 e incluidas en el ámbi-

---

[179] Artículo 13 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[180] *Vid.* artículo 12 de la Directiva 94/45/CE del Consejo y artículo 9 de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

[181] Artículo 9 de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

[182] Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida),* cit., pp. 1012 y 1013.

to de aplicación de la Directiva [183]. Éste no afectará a los actuales derechos de implicación de los trabajadores previstos en los Estados miembros por la legislación y/o las prácticas nacionales, con que cuenten los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, distintos de la participación en los órganos de la SE, ni tampoco a las disposiciones en materia de participación en los órganos establecidos por la legislación o la práctica nacionales que afecten a la SE [184]; de manera que la Directiva 2001/86/CE respeta los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos previstos por las legislaciones y prácticas nacionales [185] y, al mismo tiempo reconoce la facultad de los Estados miembros de garantizar, tras la constitución de la SE, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como sociedades jurídicas diferenciadas [186].

4. La transposición del modelo comunitario de implicación de los trabajadores al ordenamiento jurídico español: un proceso en marcha

4.1. Las dificultades del proceso

La Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE debería haber sido traspuesta, mediante la adopción de «las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva» antes del 8 de octubre de 2004 —fecha que coincide con la entrada en vigor del Reglamento 2157/2001/CE [187]—

---

[183] Artículo 13.2 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[184] Artículo 13.3 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[185] La Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Pretende establecer un marco común mínimo para el ejercicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, en las empresas o centros de trabajo de ámbito o dimensión nacional situadas en la Comunidad (art. 1.1); sin embargo no dispensa trato específico a la Directiva 2001/86/CE del Consejo al ocuparse del conjunto de normas comunitarias —aunque sí a la Directiva 94/45/CE del Consejo— tal vez porque como se ha indicado, esta última somete a su regulación los derechos de participación en la SE reconociendo su compatibilidad con las regulaciones nacionales sobre derechos de información y consulta en la propia SE, sus filiales y establecimientos. *Vid.*, en este sentido, Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida),* cit., p. 1013.

[186] *Vid.*, artículo 13 de la Directiva 2001/86/CE del Consejo.

[187] *Vid.*, artículo 70 del Reglamento CE 2157/2001 del Consejo. No obstante, debe tenerse en cuenta que la entrada en vigor de este Reglamento debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su derecho nacional todas las disposiciones de la Directiva 2001/86/CE y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de la SE con domicilio social en su territorio,

o, haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 137.3 TCE, debió garantizarse «que, no más tarde de dicha fecha, los interlocutores sociales adopten las disposiciones necesarias por vía de acuerdo», siempre que aprobaran las disposiciones necesarias para garantizar en todo momento los resultados que impone la Directiva [188].

Se trata de una transposición compleja, dado el carácter indisociable de ambos instrumentos comunitarios —Reglamento y Directiva— y puesto que conlleva la aprobación por los Estados miembros de disposiciones sobre cuestiones desconocidas en los ordenamientos internos y por el momento difícilmente aplicables en las sociedades nacionales. Transposición inicial en la que el sistema de gobierno de la sociedades (sistema monista o dualista) y la participación orgánica de los trabajadores constituyen los ejes centrales y más difíciles de solventar a partir de las diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros.

Según el Reglamento, cuando un ordenamiento no tenga previsto un sistema dual respecto de las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro «podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la SE» [189] y viceversa para los casos en que no se establezca un sistema monista en relación con las Sociedades Anónimas que tengan su domicilio social dentro del territorio de cada Estado, en cuyo caso este último «podrá adoptar las medidas oportunas en relación con las SE [190]». Por tanto, puede interpretarse que los Estados miembros pueden acoger en sus ordenamientos internos ambos sistemas de organización de la administración de las sociedades. Pero si no los incorporan, la libertad de opción protegida por el Reglamento [191] se vacía de contenido, porque la libertad de elección de uno u otro sistema de administración se hará depender del acogido por la legislación del Estado miembro con domicilio de la SE. Si se interpreta que el Reglamento no se limita a ofrecer a los Estados miembros una vía de renovación de sus regímenes de sociedades porque no reconozcan ambos sistemas de ad-

---

de modo que el Reglamento y la Directiva puedan aplicarse conjuntamente. Así, el Considerando 22 del Reglamento 2157/2001/CE dispone: «La entrada en vigor del presente Reglamento debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2001/86/CE y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las SE con domicilio social en su territorio, de modo que el Reglamento y la Directiva puedan aplicarse concomitantemente». *Vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 558. Sobre la necesidad de entrada en vigor simultánea de todas las disposiciones nacionales de transposición, *vid.*, VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva,* cit., pp. 935 y 943, sobre las consecuencias de una posible transposición tardía.

[188] *Vid.* artículo 14: «Disposiciones finales», D. 2001/86/CE.

[189] *Vid.* artículo 39.5, R. 2157/2001/CE.

[190] *Vid.* artículo 43.4, R. 2157/2001/CE.

[191] *Vid.* artículo 38.b, R. 2157/2001/CE.

ministración, sino que la impongan, puede producirse una fractura de la unidad de regulación dado que los preceptos reglamentarios atienden a la SE y no a las Sociedades Anónimas de carácter nacional. Por tanto, podría producirse una dicotomía reguladora de la SE y las Sociedades nacionales en el ordenamiento interno y para evitarlo, como fórmula general, parece lo más oportuno proponer soluciones jurídicas uniformes para las Sociedades nacionales, regulando en nuestro ordenamiento un sistema dualista, de manera que pueda elegirse entre adaptar su estructura a éste o al sistema monista tradicional [192].

En efecto, uno de los problemas de mayor complejidad que planteaba al legislador español el Reglamento comunitario ha sido si las Sociedades anónimas europeas que se constituyan en España deberán adaptar necesariamente el «sistema monista» de administración —que es el sistema tradicional de las Sociedades anónimas españolas— o si, por el contrario, podían optar por el «sistema dual», caracterizado por la existencia de un órgano de control y un órgano de dirección. Al mismo tiempo y, aun en el caso de que se reconociera esta posibilidad de opción, se planteaba el problema de si debía ser específica de las Sociedades anónimas que se constituyan en España, como ya antes de la publicación del Reglamento, habían permitido otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno [193].

Siguiendo la interpretación del Reglamento comunitario, la Ley 19/2005 «sobre la Sociedad anónima europea domiciliada en España [194] considera que la opción entre «sistema monista» y «sistema dual» debe concederse a todas las Sociedades anónimas europeas, razón por la cual contiene algunas normas de aquellas sociedades que organicen la administración mediante una «dirección» y un «consejo de control». Sin embargo, respetando la solución tradicional del derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas europeas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el «sistema monista» o el «sistema dual» y, en este último caso, cua-

---

[192] En sentido análogo, Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida),* cit., pp. 1009 y 1010.

[193] EM III, de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la *Sociedad Anónima domiciliada en España*.

[194] Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la *Sociedad Anónima domiciliada en España (BOE* núm. 273, martes 15 de noviembre de 2005). Esta norma de transposición se remitió en noviembre de 2005 a las Cortes como Proyecto de Ley para su tramitación por el procedimiento de urgencia a solicitud del Gobierno. El anteproyecto recibió informe favorable del Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social mediante dictamen de 20 de mayo de 2005. M enéndez Sebastián, P.: *La participación de los trabajadores en la empresa,* cit., p. 559.

les son los principales problemas operativos de ese nuevo modelo de organización [195].

Por lo demás, y a mayor abundamiento, pese a las pretensiones del diseño originario [196] la Ley de transposición del Reglamento 2157/2001 del Consejo, Ley 19/2005 de 14 de noviembre [197], tiene un alcance muy limitado. Tan sólo pretende la adición de un nuevo capitulo al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con la finalidad de ofrecer aquellas precisiones indispensables que exige el Reglamento para la plena operatividad de la normativa, incorporando, además, los mecanismos de tutela de los intereses particulares de socios y acreedores y los mecanismos de tutela y de interés público, que se han juzgado más adecuados en la progresiva constitución de la Unión Europea [198].

El régimen de la sociedad anónima europea domiciliada en España se completará con la Ley que regule la implicación de los trabajadores en la sociedad europea, mediante la que se incorporará al Derecho español la Directiva 2001/86/CE. Su relevancia deriva, básicamente, de la imposibilidad de registrar una sociedad europea hasta que se hayan determinado las disposiciones relativas a dicha implicación de los trabajadores en aquélla, de acuerdo con lo establecido en el propio Reglamento [199].

Junto a la aprobación del Reglamento 2157/2001, para fomentar los objetivos sociales de la CEE, son necesarias determinadas disposiciones, sobre todo en el ámbito de la implicación de los trabajadores, destinadas a garantizar que el establecimiento de las Sociedades europeas se acompañe de normas sobre implicación de los trabajadores en ellas, sin reducción de los derechos y prácticas existentes en las empresas participantes en su constitución. Las disposiciones en este ámbito vienen a implementar el Reglamento y son adoptadas mediante la Directiva 2001/86, que completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo relativo a la implicación de los trabajadores.

Así, la Directiva 2001/86/CEE es manifestación del principio de subsidiariedad en sentido vertical, porque en el plano interno no resulta

---

[195] *Vid.* EM III de la Ley 19/2005.

[196] EM II de la Ley 19/2005.

[197] Según la EM de la Ley 19/2005: «El Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, impone, en su artículo 68, a los Estados miembros de la Unión Europea, la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. Esta Ley tiene como objeto cumplir este específico mandato respecto de las sociedades europeas que se domicilien en España».

[198] EM II, pfo. 3.º de la Ley 19/2005.

[199] EM II, pfo. 4.º de la Ley 19/2005.

de aplicación a todas las empresas españolas, sino tan solo a las sociedades anónimas europeas que tengan o vayan a tener su domicilio en España, así como a los centros de trabajo situados en España de las sociedades anónimas europeas que tengan su domicilio en otro Estado miembro. Asimismo, la Directiva permite la aplicación del principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal, al respetar de manera absoluta el juego de la voluntad de las partes, de la autonomía colectiva. Y en esta línea es destacable la importancia del acuerdo entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora integrada por representantes de los trabajadores como forma prioritaria de determinar las normas que han de regir la información, la consulta y la participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea [200].

4.2. Un intento de transposición cercano en el tiempo: El Proyecto de Ley de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas

El *Proyecto de Ley de implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas* [201] y la Directiva están en consonancia con la configuración constitucional de nuestro sistema de relaciones laborales, que eleva a las organizaciones empresariales y a las sindicatos a la categoría de bases institucionales del sistema y reconoce la fuerza vinculante de los convenios colectivos [202]. Es consecuente también con la Ley

---

[200] EM II, *Proyecto de Ley sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*». Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 25 de noviembre de 2005, núm. 59-1.

[201] *Vid. Supra* nota anterior. El contenido de esta norma de transposición de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, de conformidad con la Declaración para el Diálogo Social 2004, «competitividad, empleo estable y cohesión social», suscrita el 8 de julio de 2004 por el Gobierno, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa, la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, fue sometido a la consideración de las citadas organizaciones. Un ejemplo de transposición de la Directiva es Italia, que también ha optado por la fórmula legislativa, mediante el Decreto Legislativo de 19 de agosto de 2005, núm. 188: «Attuazione della direttiva 2001/86/CE che completa lo estatuto della societa europea per quanto riguarda il convolgimento dei lavoratori». Gaceta oficiale n. 220 del 21 de septembre de 2005. Sobre el proceso de transposición en este país, *vid.* OLIVELLI, P.: «Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di participazione alla gestione delle imprese»; ZOPPOLI, L.: «Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di participazione alla gestione delle imprese»; ARRIGO, G.: «Coinvolgimento dei lavoratori e Direttiva sulla Societa europea», *DLM,* núm. 3, 2003: «La participazione dei lavoratori nel diritto comunitario tra armonizzazione normativa e competizione di modeli», *DL,* núm. 5, 2000.

[202] Artículos 7 y 33. *Vid.* EM II, pfo. 6.º del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

19/2005, de 10 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, de la que es complemento inescindible, que viene a garantizar la efectividad de las normas mercantiles de aplicación directa contenidas en el Reglamento CE número 2157/2001. Este proyecto de Ley persigue, como es habitual en cualquier transposición de una Directiva comunitaria, la consecución de los objetivos fijados en ella, a la par que su integración correcta en el sistema español de relaciones laborales. Por ello, su articulado incorpora la trasposición literal de determinados preceptos de la Directiva junto a la regulación de instituciones propias del Derecho laboral español [203] y constituye legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7 de la Constitución, salvo lo dispuesto en el título III que constituye legislación procesal, dictada al amparo del artículo 149.1.6 de la Constitución [204].

El *título preliminar,* dedicado al « *objeto y definiciones*» reproduce las establecidas en la Directiva con algunas peculiaridades. Al definir la «filial» de una sociedad, integra expresamente el concepto mediante la remisión a la 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. En el caso de la «sociedad participante» se añade el supuesto de constitución de una SE filial común, en cuyo caso, se entenderán incluidas en el concepto, además de las sociedades en sentido estricto, las demás entidades jurídicas de derecho publico o privado a las que se refiere el artículo 2.3 del Reglamento número 2157/2001/CE; adición que si bien pudiera sobreentenderse en la regulación comunitaria, clarifica la definición completándola. Además define el concepto de Estados miembros que incluye, conforme a la definición recogida en la Ley, tanto a los Estados miembros de la Unión Europea y cualquier otro Estado en el que resulten de aplicación el Reglamento número 2157/2001/CE y la D. 2001/86/CE.

El *Título I «Disposiciones aplicables a las Sociedades Anónimas Europeas con domicilio en España*» declara aplicable su propio articulado a las SE que tengan o vayan a tener, de acuerdo con el proyecto de constitución, su domicilio en España y a todos sus centros de trabajo y empresas filiales, así como a las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE y a sus filiales y centros de trabajo afectados, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren situados, y la aplicación de estos preceptos excluye la de disposiciones de cualquier otro Estado miembro en que la SE o las sociedades participantes cuenten

---

[203] *Vid.* EM III, pfo, 1.º del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

[204] Disposición Final Tercera del Proyecto de Ley sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

con centros de trabajo o empresas filiales, salvo en los casos en los que existía una remisión expresa al mismo título [205].

En él se regula el *procedimiento de negociación* de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, acotando el plazo con que cuentan los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes para llevar a cabo las gestiones necesarias tendentes a establecer negociaciones con los representantes de los trabajadores —dos meses— y precisando la información que en el inicio del procedimiento debe proporcionarse a los representantes de los trabajadores [206]. Se contempla el modo en que se constituirá la comisión negociadora y se remite a las legislaciones y prácticas nacionales su composición que, siguiendo la Directiva, atiende al principio de proporcionalidad con idénticos porcentajes a los establecidos en ella e incluye el mecanismo para «evitar la doble representación en la citada comisión negociadora» [207] cuya composición deberá modificarse cuando se hayan producido alteraciones en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes o de las filiales y centros de trabajo afectados que implique una alteración del número de puestos a cubrir o cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo de alguno de sus miembros y se cumplan ciertos requisitos [208].

Con cierta asistematicidad [209] se enuncian las *funciones de la comisión negociadora* que deberá «negociar de buena fe con vistas a llegar a un buen acuerdo» [210] y se reproducen fielmente las mayorías necesarias

---

[205] *Vid.* artículo 3 del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

[206] *Vid.* artículo 5, pfos. 1 y 2 del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

[207] *Vid.* artículo 7.4 del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas». «Para evitar la doble representación en la comisión negociadora de los trabajadores afectados por la designación de representantes adicionales, se deberá proceder a deducir dicho número de trabajadores del número total de trabajadores cuya representación se hubiera atribuido a los representantes ordinarios inicialmente elegidos o designados en el Estado miembro en cuestión».

[208] Es necesario que así lo solicite un 10 por ciento al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes». *Vid.* artículo 5.b del *Proyecto de Ley* sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas».

[209] Efectivamente, las funciones de la Comisión negociadora se contiene en el artículo 8 del Proyecto de Ley sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», pero algunas otras aparecen dispersas en el articulado, como es el caso del artículo 14, que atribuye a la comisión negociadora, cuando en el seno de las diferentes sociedades participantes hubiesen existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores, decidir cual d dichos sistemas deberá aplicarse a la SE. Asimismo, la comisión negociadora deberá informar al órgano competente de las sociedades participantes sobre la decisión adoptada a este respecto.

[210] *Vid.* artículo 8.1 del Proyecto de Ley sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas» en correspondencia con el deber de negociar de buena fe,

para la adopción de acuerdos según la Directiva [211] y el régimen de funcionamiento de la Comisión, sobre el cual el proyecto de ley se muestra más explicito en lo relativo a la elección del presidente, la elaboración del reglamento de funcionamiento, la asistencia de expertos «para facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario europeo en que se desenvuelven las actividades de la sociedad» [212], o la cobertura de los gastos derivados de la constitución y funcionamiento de la comisión negociadora y en general, del desarrollo de las negociaciones por las sociedades participantes sobre los que el proyecto es más detallado que la Directiva [213]. Los gastos derivados del régimen de funcionamiento del órgano de representación de los trabajadores y del eventual comité restringido, se sufragarán por la SE, y se regulan más adelante, a propósito del régimen de funcionamiento de dicho órgano [214].

---

de la comisión negociadora, siguiendo las pautas del artículo 4 de la D. 2001/86/CE establece que: «El órgano competente de la SE y los miembros del órgano de representación de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta colaborarán entre si de buen fe, para alcanzar los objetivos de esta Ley, y respetarán sus derechos y obligaciones recíprocos».

[211] Salvo en los casos en que en esta ley se establece una mayoría específica diferente, la comisión negociadora adoptará sus acuerdos por una mayoría absoluta de sus miembros, que represente a una mayoría absoluta de los trabajadores. Cada miembro dispondrá de un voto (art. 9.1 del Proyecto de Ley). Mayorías específicas se establecen cuando la comisión negociadora decida «no iniciar las negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE emplee a trabajadores. La mayoría necesaria para la adopción de la decisión a la que se refiere el párrafo anterior será la de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora» (art. 8.2 del Proyecto de Ley). También se requerirán los dos tercios cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación de los trabajadores» (art. 9.2 del Proyecto de Ley).

[212] Artículo 9.5 del *Proyecto de Ley:* «Siempre que la comisión negociadora lo considere necesario para el correcto desempeño de sus funciones, podrá estar asistida por expertos de su elección, incluidos representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes. Dichos expertos podrán estar presentes en calidad de asesores en las reuniones de negociación con los órganos competentes de las sociedades participantes cuando así lo solicite la comisión negociadora, en particular para facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario europeo en que se desenvuelven las actividades de la sociedad».

[213] Artículo 9.7 del *Proyecto de Ley:* «Los gastos derivados de la constitución y del funcionamiento de la comisión negociadora y, en general, del desarrollo de las negociaciones serán sufragados por las sociedades participantes, que deberán proporcionarle los recursos financieros y materiales necesarios para cumplir sus funciones adecuadamente. En particular, las sociedades participantes deberán sufragar los siguientes gastos: a) Los derivados de la elección o designación de los miembros de la comisión negociadora. b) Los de organización de las reuniones de la comisión negociadora, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros. c) Los derivados de, al menos, un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones».

[214] *Vid.* artículo 18.6. del *Proyecto de Ley.*

En lo relativo a la *duración de las negociaciones* se reproducen los tiempos de la norma comunitaria —seis meses hasta un máximo de un año— pero, en un intento de contribuir a una mayor seguridad jurídica se explicita que, una vez cumplidas por los órganos competentes de las sociedades participantes sus obligaciones para la constitución de la comisión negociadora, como «si ésta no se constituyera por causa imputable a los representantes de los trabajadores, el plazo de seis meses... comenzará a contar desde la fecha en que la comisión negociadora hubiera podido quedar válidamente constituida» [215].

El contenido del acuerdo, si bien se deja a la «autonomía de las partes» debe contener unos datos mínimos, que aún siguiendo los establecidos por la Directiva, se detallan, con mayor profusión [216]. Pero, lo más significativo son las previsiones sobre su eficacia jurídica. El acuerdo concluido entre la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes «obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia» [217].

---

[215] *Vid.* artículo 10 del *Proyecto de Ley.*

[216] Artículo 11 del *Proyecto de Ley*: «Sin perjuicio de la autonomía de las partes, y respetando lo dispuesto en el apartado 2, el acuerdo entre la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes deberá contener: a) La identificación de las partes que lo conciertan. b) El ámbito de aplicación del acuerdo. c) La composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores a través del cual se ejercerán los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y que será el interlocutor a este respecto del órgano competente de la SE, la duración de su mandato y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores. d) Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto. e) La frecuencia de las reuniones del órgano de representación. f) Los recursos materiales y financieros asignados al órgano de representación para el adecuado cumplimiento de sus funciones. g) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de la creación de un órgano de representación, las modalidades de aplicación de dichos procedimientos. h) En el caso de que las partes hayan acordado el establecimiento de normas de participación, los elementos esenciales de dichas normas, incluida, en su caso, la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar o recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse, de los procedimientos a seguir para ello y de sus derechos. i) La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación. 2. Cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo al que se refiere el apartado anterior deberá reconocer unos derechos de implicación de los trabajadores que sean, como mínimo, equivalentes en todos sus elementos a los existentes en la sociedad que se transforma en SE. 3. En defecto de disposiciones específicas contenidas en el propio acuerdo, será de aplicación al órgano de representación lo dispuesto en el artículo 19».

[217] La redacción utilizada por el legislador se semeja a la contemplada en el artículo 82.3 ET. Podría decirse que se trata de un acuerdo de eficacia general dentro de la

El contenido deberá formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad en caso contrario y se presentará ante la autoridad laboral competente —la que corresponda en función del ámbito del acuerdo dentro del territorio español—, para su registro, depósito y publicación conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 ET. Además, los estatutos de la SE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones sobre implicación de los trabajadores contenidos en el acuerdo [218].

El acuerdo alcanzado se presumirá de *vigencia indefinida,* si bien el órgano competente de la SE y el órgano de representación de los trabajadores o, en su caso, los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta podrán denunciar el acuerdo con una antelación mínima de seis meses a la fecha de su expiración, o, si no se hubiera fijado periodo de vigencia, con una antelación mínima de seis meses a la fecha en que se cumpla cada periodo o cuatro años desde su vigencia inicial [219]. Si vencido el plazo de vigencia del acuerdo no hubiera mediado denuncia expresa de las partes, este se entenderá prorrogado por un nuevo periodo de duración igual al de su vigencia inicial. Denunciado y vencido el acuerdo, mantiene su vigencia hasta que se alcance un nuevo acuerdo o hasta que sean aplicables las disposiciones subsidiarias [220].

Estas *disposiciones subsidiarias* en materia de implicación de los trabajadores en las SE serán de aplicación a partir de la fecha de su inscripción, cuando las partes así lo deciden, cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo señalado siempre que se cumplan determinados condicionantes que, cuando se trate de disposiciones subsidiarias en materia de participación de los trabajadores, variarán, según la SE se constituya por transformación, por fusión o mediante la creación de una sociedad holding [221]. En cualquier caso, el texto participa de las flexibi-

---

SE, y es fiel reproducción (salvando su distinto ámbito de aplicación) del artículo 13 de la L. 10/1997, de 24 de abril.

[218] *Vid.* artículo 12 del *Proyecto de Ley.*

[219] *Vid.* artículo 13.b.2.º del *Proyecto de Ley:* «En el caso de que el acuerdo tuviera una vigencia indefinida o no hubiera fijado período de vigencia, la denuncia podrá realizarse con una antelación mínima de seis meses a la fecha en que se cumpla cada período de cuatro años desde su vigencia inicial; en tal caso, se entenderá vencido el acuerdo al cumplimiento de dicho período».

[220] Según el artículo 14.e) del *Proyecto de Ley:* «El órgano de representación de los trabajadores estará legitimado para renegociar, en sustitución de la comisión negociadora a la que se refiere el artículo 6, el acuerdo denunciado y vencido, y podrá adoptar también las decisiones previstas en el artículo 8.2. Cuando se trate de la renegociación del acuerdo relativo al establecimiento de un procedimiento de información y consulta, deberá procederse a la constitución de una nueva comisión negociadora».

[221] Por lo demás, el artículo 14 regula la aplicación de las disposiciones subsidiarias en materia de implicación de los trabajadores en una SE que serán de aplicación, a partir de la fecha de su inscripción, en los siguientes casos: a) Cuando las partes así lo decidan.

lidad de la norma comunitaria, porque «si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por uno de tales sistemas de participación antes de la inscripción de la SE ésta no está obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores» y «cuando en el seno de las diferentes sociedades participantes hubiesen existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores, corresponde a la Comisión negociadora decidir cual de dichos sistemas deberá aplicarse a la SE». Si en la fecha de inscripción de esta última la comisión no ha informado al órgano competente de las sociedades participantes sobre la existencia de una decisión al respecto, «se aplicará a la SE el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de las sociedades participantes» [222].

Adoptada la decisión pertinente, se creará un órgano de representación de los trabajadores, para cuya constitución, el órgano competente de la SE se dirigirá a los representantes de los trabajadores de sus centros de trabajo y empresas filiales de los Estados miembros para que éstos, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, pongan en marcha el procedimiento de elección o designación de sus miembros. Transcurridos cuatro años desde su constitución, dicho órgano decidirá si desea entablar negociaciones para la conclusión del acuerdo y asumirá las funciones que se otorgan a la comisión negociadora, continuando, además en funcionamiento hasta la conclusión de las negociaciones [223]. Estará compuesto por trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y filiales, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales, aunque respetando la proporción señalada ya en la Directiva [224].

---

b) Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido en el artículo 10, siempre que: 1.º La comisión negociadora no haya adoptado la decisión a la que se refiere el artículo 8.2. 2.º Los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decidan aceptar la aplicación de las disposiciones subsidiarias, continuando con el proceso de registro de la SE. No obstante lo señalado en el párrafo b) del apartado anterior, las disposiciones subsidiarias en materia de participación de los trabajadores previstas en el artículo 20 sólo se aplicarán cuando, además de cumplirse las condiciones previstas en dicho párrafo b), concurran distintas condiciones, según la SE se constituya por transformación, por fusión o mediante la creación de una sociedad holding».

[222] *Vid.* artículo 14.3 del *Proyecto de Ley.*

[223] *Vid.* artículo 15 del *Proyecto de Ley.*

[224] Los miembros del órgano de representación de los trabajadores serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10 por ciento o fracción del total de trabajadores empleados por la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales en el conjunto de los Estados miembros. 3. El órgano de representación de los trabajadores informará de su composición al órgano competente de la SE (art. 16.2 y 3 del *Proyecto de Ley*).

Entre las *competencias del órgano de representación* de los trabajadores se halla el derecho a ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten a la SE o a cualquiera de los centros de trabajo y empresas filiales situados en otros Estados miembros que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro, y a mantener al menos una *reunión anual* sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente en relación con la evolución y las perspectivas de las actividades de la SE [225]. En las reuniones, los representantes dispondrán de un orden del día, y contarán con una copia de todos los documentos presentados por la Junta General de Accionistas. En la reunión anual se analizarán al menos aquellas cuestiones relativas a la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la eventual situación del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecta 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 importantes de éstos y los despidos colectivos. Asimismo, el órgano de representación de los trabajadores, deberá ser informado con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores —especialmente en los casos de traslado, venta o cierre de centros de trabajo o de empresas o de despidos colectivos—. Para ello o, en cualquier otro caso, a la reunión anual se sumarán reuniones con el órgano competente de la SE, y cualquiera de las reuniones de información y consulta se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, sobre la base de un informe elaborado por el órgano competente o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la SE. Cuando éste decida no seguir la opinión o el criterio manifestado por el órgano de representación, este último tendrá derecho a reunirse nuevamente con aquél para intentar llegar a un acuerdo [226]. Ambos de común acuerdo decidirán las reglas sobre la presidencia o, en su caso, otros procedimientos acordados para el desarrollo de las sesiones de sus reuniones conjuntas y estas últimas se

---

[225] A tal fin previstos en el apartado anterior, el órgano de representación tendrá derecho a mantener al menos una reunión anual con el órgano competente de la SE, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente en relación con la evolución y las perspectivas de las actividades de la SE. El órgano competente de la SE deberá proporcionar también al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas (art. 17.2 del *Proyecto de Ley*).

[226] Parece que, al menos, en las materias reseñadas, la información y consulta ha de producirse con anterioridad a la decisión del órgano competente evitando así algunas de las cuestiones sugeridas a propósito de la Directiva 2002/14/CE.

documentarán en actas firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes [227].

El órgano de representación de los trabajadores adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros, «salvo que se establezca otra cosa», elaborará su propio reglamento interno de funcionamiento y podrá elegir en su seno un presidente, si bien, cuando el número de miembros que lo componen así lo justificara, este deberá elegir en su seno un *comité restringido*, compuesto por un máximo de tres miembros, que tendrá derecho a reunirse con el órgano de representación de los trabajadores, con carácter previo a cualquier reunión que deba celebrarse con el órgano competente de la SE [228]. Su composición deberá modificarse, mediante nueva elección o designación de todos o de parte de sus miembros, cuando se haya modificado la composición o estructura de la SE, sus filiales o centros de trabajo, en determinas condiciones [229], o cuando se haya producido la pérdida del mandatos representativos y se cumplan ciertos requisitos [230].

---

[227] *Vid.* artículo 17 del *Proyecto de Ley.*

[228] *Vid.* artículo 18, núms. 2, 3, 4 y 5 del *Proyecto de Ley*, según los cuales: «Si el número de miembros del órgano de representación lo justificara, éste deberá elegir en su seno un comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros. Salvo acuerdo en contrario del órgano de representación, este comité restringido será el encargado de recibir la información y de celebrar las reuniones a las que se refiere el artículo 17.3. En las reuniones en que participe el comité restringido tendrán derecho a participar igualmente aquellos otros miembros del órgano de representación elegidos o designados en representación de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate. El comité restringido deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe al órgano de representación. 3. El órgano de representación de los trabajadores y el comité restringido, ampliado en su caso con los miembros a los que se refiere el segundo párrafo del apartado anterior, tendrán derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deban celebrar con el órgano competente de la SE, sin la presencia de los representantes de éste. 4. El órgano de representación de los trabajadores y el comité restringido, siempre que lo consideren necesario para el correcto desempeño de sus funciones, podrán estar asistidos por expertos de su elección. 5. Siempre que sea necesario para el correcto desempeño de sus funciones, los miembros del órgano de representación tendrán derecho a un permiso retribuido de formación».

[229] *Vid.* artículo 19.a) del *Proyecto de Ley:* «Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de la SE, sus centros de trabajo y empresas filiales que implique, conforme a las disposiciones de esta ley, una alteración del número de puestos que se deben cubrir en el órgano de representación o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad del órgano, y así se solicite por acuerdo del propio órgano de representación o mediante una petición escrita de un mínimo del 10 por ciento de los trabajadores de la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes».

[230] *Vid.* artículo 19.b) del *Proyecto de Ley:* «Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro del órgano de representación o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento, al menos, de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de las cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes».

En los supuestos en que deba establecerse un sistema de *participación* de los trabajadores [231] en la SE, el órgano de representación de los trabajadores decidirá sobre el reparto de los puestos que corresponden a los trabajadores en el órgano de administración o de control entre los representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, en función de la proporción de trabajadores empleados en la SE, en cada uno de ellos siguiendo el criterio de proporcionalidad [232] establecido en la Directiva y, del mismo modo, decidirá, en su caso, sobre la forma en que los trabajadores de la SE pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse a él [233].

Como ya lo hiciera la L. 10/1997, en su artículo 25, aunque para un distinto ámbito de aplicación, el Proyecto establece la forma de cálculo del número de trabajadores empleados por cada una de las sociedades participantes en la constitución de la SE y por sus filiales y centros de trabajo afectados, así como por la propia SE y sus centros de trabajo y

---

[231] *Vid.* artículo 20 del *Proyecto de Ley*: «Disposiciones subsidiarias en materia de participación de los trabajadores. 1. Cuando en la SE deba establecerse un sistema de participación de los trabajadores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, éste se regirá por las siguientes reglas: a) En el caso de una SE constituida por transformación, todos los elementos de la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control aplicados antes de la inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación en ella. b) En los demás casos de constitución de una SE, los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales, o sus órganos de representación, tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes antes de la inscripción de la SE en las sociedades participantes. 2. Si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, esta no estará obligada a establecer ninguna disposición en esta materia, salvo acuerdo en contrario. 3. En los casos a los que se refieren el artículo 15.3 y el artículo 26, serán de aplicación las reglas del apartado 1, aunque se sustituirán las referencias a las sociedades participantes por las relativas a la SE, sus centros de trabajo y empresas filiales, y las referencias relativas al momento anterior a la inscripción de la SE por las correspondientes al momento en que finalicen las negociaciones sin acuerdo».

[232] Cuando la aplicación de este criterio proporcional determine que los trabajadores de uno o más Estados miembros no vayan a quedar cubiertos por él, mientras que los de otro u otros Estados miembros vayan a contar con más de un representante, el órgano de representación deberá proceder a una redistribución de los puestos existentes y atribuir uno de dichos puestos a uno de los Estados miembros inicialmente no representados, en particular al Estado miembro en el que se encuentre situada la sede de la SE, si este no estaba ya representado, o en caso contrario, a aquel que emplee al mayor número de trabajadores dentro de los inicialmente no representados. Este miembro se detraerá del número adjudicado al Estado miembro que hubiera obtenido más representantes o, en caso de ser varios con idéntico número de representantes, al que de ellos ocupe el menor número de trabajadores. La elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control se realizará en la forma que determine el órgano de representación de los trabajadores, respetando, en su caso, lo que al respecto pudiera haberse establecido en la legislación nacional del Estado miembro correspondiente a cada uno de dichos representantes».

[233] *Vid.* artículo 20.4 del *Proyecto de Ley.*

empresas filiales, a los efectos de la implicación de los trabajadores. Este se realizará «tomando en consideración la totalidad de los trabajadores empleados por dichas sociedades, empresas y centros de trabajo, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial, en el momento al que se refiera el cálculo en cuestión» [234].

En cuanto a *la protección de los representantes de los trabajadores* que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta, éstos gozarán de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en el nivel nacional en el país en que prestan sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales; protección y garantías que se extienden en el ejercicio de sus funciones, a los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o administración de la SE [235].

Tanto los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta, así como los expertos que les asistan, tienen *deber de confidencialidad y reserva* y no podrán revelar a terceros aquella información que les haya sido expresamente comunicada a titulo confidencial. Esta obligación subsistirá incluso tras la expiración de su mandato, independientemente del lugar en que se encuentren y su transgresión podrá dar lugar a responsabilidad de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales. Ahora bien, tal y como prevé la Directiva, el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante establecida en España, generalmente obligado a proporcionar información a los representantes de los trabajadores, excepcionalmente, podrá reservarse aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la SE o, en su caso, de la sociedad participante, o de sus respectivos centros de trabajo y empresas

---

[234] No obstante, el cómputo del número de trabajadores efectuado para la constitución de la comisión negociadora de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7, se considerará vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de dicha comisión y hasta la conclusión del acuerdo al que se refiere el artículo 11 o la finalización, sin acuerdo del procedimiento de negociación, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente. 3. La referencia al momento de constitución de la comisión negociadora contenida en el apartado anterior se deberá entender sustituida por la del momento de nueva composición de la citada comisión cuando deba procederse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.5, a una modificación de su composición como consecuencia de cambios significativos experimentados en las plantillas de las sociedades, empresas y centros de trabajo considerados (*vid.* art. 21.2 y 3 del P *royecto de Ley*).

[235] *Vid.* artículo 23 del *Proyecto de Ley.*

filiales, u ocasionar un perjuicio grave en su estabilidad económica. La excepción no se extiende a los datos relativos al volumen de empleo en la empresa [236].

El legislador incorpora al texto del Proyecto un deber de colaboración entre si, de buena fe, para alcanzar los objetivos fijados por la ley, que alcanza al órgano competente de la SE y a los representantes de los trabajadores a lo largo del procedimiento de información y consulta [237] y prevé los efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores, en cuyo caso deberá procederse a una nueva negociación, cuyas reglas enuncia [238].

El título II contiene las *disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades anónimas europeas con domicilio en cualquier otro Estado miembro* [239]. Y en él destaca, de una parte, lo relativo a la identificación, designación y protección de los representantes nacionales de los trabajadores y, de otra parte, la determinación de la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros.

Respecto de la primera cuestión, la *condición de representantes de los trabajadores* corresponde a «las representaciones sindicales, a los comités de empresa, y a los delegados de personal» en los términos que respectivamente les reconoce la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical [240] y el ET. La designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el órgano de representación se efectuará mediante acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados y, en todo caso, se efectuará de forma proporcional a la representación obtenida por el sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo: procedimiento que servirá también para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores [241].

Para determinar la *representatividad* de los miembros de la comisión negociadora se respetará la representatividad que cada uno tenga

---

[236] *Vid.* artículo 22 del *Proyecto de Ley.*
[237] *Vid.* artículo 25 del *Proyecto de Ley.*
[238] *Vid.* artículo 26 del *Proyecto de Ley.*
[239] Título II: «Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas». Artículo 27: Ámbito de aplicación de las disposiciones del Título II.
[240] Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical *(BOE* de 8 de agosto), declarada constitucional por la STC 98/1985 *(BOE* de 14 de agosto).
[241] *Vid.* artículos 27 y 28 del *Proyecto de Ley.*

atribuida en el acta de designación y, si esta no constase, se presumirá que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores. En el caso de la comisión negociadora, la designación recaerá en un delegado de personal, miembro del comité de empresa o trabajador de cualquiera de las sociedades participantes y de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados o en un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el ámbito de las sociedades participantes. En el caso del órgano de representación, la designación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical [242] y todo ello será de aplicación al órgano de representación constituido mediante acuerdo en defecto de disposiciones específicas contenidas en él [243], así como al procedimiento de designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control de la SE cuando, en virtud de lo dispuesto en la legislación que resulte de aplicación, corresponda a cada Estado miembro determinar la forma de elección o designación de los miembros que le correspondan [244].

Los *representantes de los trabajadores* gozan en el ejercicio de sus funciones, de la protección y de las garantías establecidas en el artículo 68 ET, salvo en lo relativo al crédito horario, previsto en el apartado e) del citado precepto, sobre el que se estará a lo dispuesto en el propio texto legal y, en su caso, en la LOLS. El Proyecto de Ley atribuye a estos representantes el derecho a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones de la comisión negociadora y del órgano de representación o a las reuniones que se celebren en el marco del procedimiento de información y consulta que, en su caso, se haya acordado, así

---

[242] «Cuando en representación de los trabajadores empleados en España deba designarse a más de un miembro de la comisión negociadora, se deberá procurar que, en la medida de lo posible y según lo permita el número de miembros que haya que designar, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que empleen a trabajadores en España. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la regla de proporcionalidad a que se refiere el apartado 1. 4. La designación de los representantes adicionales que, en su caso, hubieran de incorporarse a la comisión negociadora en el supuesto previsto en el artículo 7.2, o en la disposición correspondiente de los Estados miembros, se realizará de la misma forma señalada en los apartados 1 y 2 anteriores, pero refiriendo el proceso exclusivamente al ámbito de la sociedad participante que vaya a desaparecer como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE. 5. A los efectos de lo dispuesto en los apartados 3 y 4, se entenderá que los trabajadores empleados en España por una sociedad participante están representados en la comisión negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España. En el caso de que entre los representantes designados en España figure un representante sindical».

[243] *Vid.* artículo 29.6 del *Proyecto de Ley*.

[244] *Vid.* artículo 30 del *Proyecto de Ley*.

como a las reuniones del órgano de administración o de control del que formen parte, y, con independencia de ello, se les reconoce un crédito de 60 horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que dispongan en su condición de representantes nacionales de los trabajadores; derecho que se reconocerá también a los miembros del órgano de representación constituido mediante acuerdo, en defecto de disposiciones específicas contenidas en él [245].

Respecto de la segunda cuestión, los *acuerdos entre la comisión negociadora* y el órgano competente de las sociedades participantes celebrados conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones «obligan a todos los centros de trabajo de la SE y de sus empresas filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia». No obstante, la validez y eficacia de dichos acuerdos, en ningún caso, podrán menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva [246].

El *Título III* regula *los procedimientos judiciales aplicables, la potestad jurisdiccional, la competencia, la legitimación de las partes y otros aspectos procesales y reconoce, además, el derecho de las partes a acudir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.*

De las cuestiones litigiosas que se susciten en aplicación de la Ley conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social exceptuando las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas y las atribuidas al orden jurisdiccional civil en relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE. La jurisdicción social española será competente para conocer de dichas cuestiones cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiera ser cumplida en territorio español, y la competencia se determinará conforme a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de la Ley de Procedimiento Laboral [247]. Por tanto, en los procesos de conflictos colectivos, sobre impugnación de convenios colectivos y sobre tutela de los derechos de libertad sin-

---

[245] *Vid.* artículo 31 del *Proyecto de Ley*.

[246] *Vid.* artículo 32 del *Proyecto de Ley.*

[247] Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral *(BOE* de 11 de abril, c.e. *BOE* de 26 de mayo).

dical se atenderá a la extensión de sus efectos en territorio español [248]. Para promover estos litigios estarán legitimados los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el órgano de representación de los trabajadores de la SE [249], así como los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales que tendrán legitimación para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, y lo harán conforme a las distintas modalidades procesales que expresamente se indican [250], atendiendo a las materias sobre las que verse la impugnación. Los demás supuestos, no contemplados específicamente, se tramitarán «según su naturaleza por las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario o por la modalidad procesal que corresponda», de conformidad con la Ley de Procedimiento Laboral. Todo ello, sin perjuicio de los derechos de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos [251].

En las disposiciones de la parte final destaca la relativa a la relación entre la Ley y otras disposiciones. Singularmente la 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 o las legislaciones de los restantes Estados miembros por las que se aplica lo dispuesto en la Directiva 94/45, cuando una sociedad europea sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria [252].

Por último, se introducen las modificaciones necesarias en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para incluir como sujetos responsables de las infracciones a las sociedades anónimas europeas registradas en España y para tipificar y sancionar las infracciones en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas [253].

---

[248] «A estos efectos, y en ausencia de acuerdo o de determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del órgano de representación es el de registro de la SE» (*vid.* art. 34.3 del *Proyecto de Ley*).

[249] «De conformidad con lo previsto en el artículo 24».

[250] *Vid.* artículo 36 *del Proyecto de Ley.*

[251] *Vid.* artículo 38 del *Proyecto de Ley.*

[252] Disposición Adicional Única del *Proyecto de Ley:* «No afectación de legislaciones y prácticas nacionales».

[253] Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social. Se añade un apartado 12 al artículo 2, a los efectos de considerar sujetos responsables de las posibles infracciones en materia de implicación de los trabajadores de las sociedades anónimas europeas a estas últimas; se añade un apartado 3 al artículo 5, para tipificar las infracciones y se incorpora una subsección 4.ª: «Infracciones en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades europeas», y un artículo 10.bis: «Infracciones graves y muy graves» a la Sección I del Capítulo II sobre «Infracciones laborales».

VI. EPÍLOGO

La empresa tiende a adoptar estructuras cada vez más descentralizadas en las que prevalecen diversas formas de colaboración interempresarial. Se articulan redes flexibles entre las distintas unidades productivas, como paradigma organizativo y técnico-industrial emergente, en las que se tiende a una reducción formal de la dimensión de la empresa, al tiempo que existe un elevado nivel de integración o colaboración entre distintas unidades productivas, relativamente autónomas, implicadas, a su vez, en los nuevos complejos empresariales, a menudo transnacionales. Este modelo se apoya en la mayor participación de los trabajadores en la delimitación del trabajo, en los métodos de producción y en los flujos productivos, atendiendo a las fluctuaciones del mercado, y se posiciona vinculado a la «democracia industrial», donde la razón de la eficiencia productiva se combina con la pretensión de transformar los equilibrios de poder en el proceso de toma de decisiones empresariales y la mayor intervención de los trabajadores en el proceso de trabajo.

Este modelo participativo persigue una «distribución mas equilibrada entre la autoridad y el trabajo en la organización empresarial y, por tanto, pretende una «gestión participativa» tendente a realizar los valores de democracia en la empresa, sin ignorar ni limitarse a justificar las prerrogativas de la dirección. El resultado es una «noción polisémica» de representación de los trabajadores con una multiplicidad de contenidos y versiones sobre su alcance, que requiere una diversidad de dispositivos para su efectividad y que es dependiente, en buena medida, de la conformación del propio modelo de relaciones laborales. El mercado, cuyas condiciones cambian con rapidez aumentando la presión competitiva de las empresas y los actores económicos —entre los que se cuentan las redes de empresas transnacionales— condicionan los márgenes de decisión de los estados miembros y la influencia de la racionalización económica determina la organización del sistema social y político.

En el contexto de estos nuevos modelos empresariales en el ámbito europeo y para dar respuesta a las nuevas realidades que plantean, la participación de los trabajadores en la empresa constituye una de las «señas de identidad» del acervo comunitario. La Constitución Europea parece establecer un modelo abierto de participación, sobre todo de los derechos de información y consulta y mas tímidamente de la cogestión o decisión institucional, y los distintos instrumentos de derecho derivado son resultado y reflejo de la evolución y las tendencias de la realidad socio-empresarial, pero también del ordenamiento jurídico supraestatal de la CEE, conectado con otros ámbitos de la política comunitaria.

Las distintas experiencias de los modelos internos de participación, una veces caracterizadas por la implicación de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas societarias a través de mecanismos de cogestión empresarial, creación de consejos de administración o vigilancia o supervisión de las sociedades (Alemania, Austria, Dinamarca, Luxemburgo, Suecia, etc.) y otra veces por el establecimiento de formas y órganos de consulta y participación (Italia, Francia, España, etc.) han llevado al legislador comunitario, tras un largo proceso no exento de dificultades, a modular su técnica armonizadora tradicional para dar prioridad a la autonomía colectiva de los sujetos implicados en el contenido y el ejercicio de la participación.

Fruto de esta modulación es, de una parte, el reconocimiento de los derechos de información y consulta a los representantes en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria por la D. 94/95CEE, basada en el principio dispositivo, la negociación con espíritu de colaboración, los principios de subsidiariedad y antes-después, el respeto de los derechos adquiridos o el principio de proporcionalidad. De otra parte, la ordenación de los derechos de información, consulta y participación en las sociedades jurídicas mercantiles de ámbito europeo mediante las Directivas 2001/86CEE y 2003/72CEE cuyos mecanismos de participación social, además de emular el contenido de la D. 94/95CEE, de la que son deudoras, permiten la apuesta por opciones «monistas» o «dualistas», en lo que se refiere a la organización de la administración de las sociedades y consecuentemente a la representación y participación de los trabajadores en ellas. Por último, otra de las consecuencias es el diseño de un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea por la D. 2002/14/CE que permita a los trabajadores participar a través de sus representantes de las decisiones empresariales, evitando la imposición de normas rígidas a todos los estados y tendiendo a la regulación de contenidos mínimos que favorezcan el dialogo social en la empresa.

Con independencia del contenido sustantivo de cada una de ellas, el denominador común del conjunto de las Directivas es que transmiten una perspectiva mas moderna y avalan una nueva dimensión comunitaria del derecho colectivo del trabajo, que confiere un amplio margen a la negociación y a la autonomía de la voluntad de las partes, prestando un mayor protagonismo a los agentes sociales implicados en el proceso, mediante procedimientos en que el instrumento comunitario interviene para definir el marco de la negociación entre las partes, pero concede a estas amplia libertad en la determinación de sus derechos y obligaciones recíprocas. Ambas Directivas muestran su preferencia por la negociación colectiva, que permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad de la norma comunitaria a las singularidades de los sistemas de implicación

de los países europeos, aunque teniendo como límite el respeto a las legislaciones y prácticas internas vigentes en los Estados miembros como garantía mínima de los derechos reconocidos por ellas. La autonomía colectiva, que impregna la regulación de los derechos de información, consulta y participación se traslada también a los acuerdos alcanzados al respecto que, dada la eficacia jurídica que se les reconoce, son el germen de una nueva unidad de negociación a nivel comunitario.

Pero, a día de hoy, la dimensión social europea, en la vertiente colectiva de la implicación de los trabajadores en la empresa tiene que salvar no pocos obstáculos hasta ser una realidad tangible. Al riesgo que supone transplantar categorías colectivas propias de un marco interno a un ámbito supranacional, o la equivocación que podría suponer la utilización de los planteamientos tradicionalmente asumidos por los estados miembros para la transposición de las Directivas a los ordenamientos jurídicos estatales, se suman otros de índole jurídica. Estos últimos tienen que ver con la dificultad que conlleva la aprobación por los Estados miembros de disposiciones sobre cuestiones desconocidas por los distintos ordenamientos internos, y por lo tanto, difícilmente aplicables en cada país, o con el carácter indisociable de alguna de estas Directivas con sus respectivos Reglamentos y la necesidad de que, para su entrada en vigor, «todos» los Estados miembros hayan establecido con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento del sistema, de manera que Directivas y Reglamentos puedan aplicarse concomitantemente en todos los países de la CEE.

En definitiva, el régimen jurídico comunitario sobre los derechos de información consulta y participación en la empresa supone la adaptación —en distinto grado y de distinta forma, según los estados miembros de que se trate— de los sistemas internos de relaciones industriales. En lo relativo a nuestro país, el nivel de transposición alcanzado o, eventualmente, el impacto de las Directivas sobre el ordenamiento jurídico laboral es desigual en cada caso. Existen cometidos pendientes de realización, que expresamente encomienda cada norma comunitaria al legislador estatal y cuestiones precisas, puestas de relieve en páginas anteriores, que básicamente, de una parte, evidencian, entre otros aspectos, una cierta disfunción entre la modalidad práctica de consulta «preventiva» a que se refiere la «Directiva 2002/14/CE y el tipo de consulta que, en relación con ciertas materias contempla el ET o, de otra parte, subrayan puntos que afectan a la determinación de la unidad electoral básica —empresa/centro de trabajo— en la elección de los representantes de los trabajadores. Pero, la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico laboral al régimen jurídico comunitario en materia de representación laboral no debe limitarse a retoques puntuales, de carácter sustantivo, efectuados por el legislador interno; sino que recomienda llevar a

cabo una revisión global de la regulación interna de la representación colectiva conforme al Derecho Comunitario y, mientras dicha revisión se produce, hace aconsejable que los órganos judiciales españoles, sintiéndose vinculados por el proceso armonizador, lleven a cabo una interpretación del derecho interno, teleológica y «dentro de la hermenéutica posible», favorable a la aplicabilidad interna de la normativa comunitaria.

Bibliografía

AA.VV.: *Marco laboral y relaciones colectivas en la Unión Europea*, Sevilla, 2002.

AA.VV., Coord. y Dir., García Murcia, J.: *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea.*

Albiol Montesinos, I.: «El Comité de Empresa Europeo», en *TS,* núm. 64, 1996.

Arrigo, G.: «Coinvolgimento dei lavoratori e Direttiva sulla» Societa europea», en *DLM,* núm. 3, 2003.

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», en *RL,* núm. 3, 1998.

Cabeza Pereiro, J.: «La constitución del Comité de Empresa Europeo en una empresa o grupo con Dirección Central en España», en *ASTV,* 1997.

Carrascosa Bermejo: «Acuerdos sobre información y consulta de ámbito europeo: la experiencia práctica española», en *TL,* núm. 53, 2000.

Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *La Sociedad Europea. Régimen jurídico, laboral y fiscal.*

— «Subsidiariedad y flexibilidad en el ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL,* núm. 10, 1993.

Espín Sáez, M.: «Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/72 del Consejo de 22 de julio de 2003)», en *RMTAS,* núm. 47, 2003 p.

Esteban Velasco, G.: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, ¿más cerca de un compromiso político?», en *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Suárez Cabero.* Vol. II, Madrid, 2002.

Fernández do Campo, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* Tirant lo Blanch, núm. 169, Valencia, 2006.

Ferrando García, F.: «Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 43, 2003.

LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa,* Albacete, 2004.

LASAOSA IRIGOYEN, E.: «La representación de los trabajadores en la empresa en Francia», en *RMTAS,* núm. 43, 2003.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «La participación de los trabajadores en la empresa». Cap. VI, en *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español. Un balance en el XX aniversario de España a la Comunidad Europea* (coord. y dir. por GARCÍA MURCIA, J.).

MERCADER UGUINA, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *RMTAS,* núm. 57, 2005.

— «Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria», en *RL,* T, II, 1997.

MOLINA NAVARRETE, C.: «La regulación del Comité Europeo de empresa: Puntos críticos», en *CEF RTSS,* núm. 48, 1998.

MONEREO PÉREZ, J. L.: «Por un modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español: problemas, sistema y método», en *RMTAS,* núm. 7, 1998.

— *Comentarios a la Constitución Europea,* Libro II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MOREAU, M. A.: «L'implication des travailleurs dans le societé europeenne», en *Droit Social,* núm. 11, 2001.

NORES TORRES, L. E.: «La representación de los trabajadores en la empresa en Italia», en *RMTAS,* núm. 43, 2003.

OLIVELLI, P.: *Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese.*

ORTIZ LALLANA, M. C.: *La transformación del derecho del trabajo ante los nuevos retos sociales,* SPUR, Logroño, 2000.

— «Líneas de tendencia y problemas fundamentales del sector jurídico laboral en las sociedades industriales: el caso español», en *RT,* núm. 82, 1986.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», en *XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Salamanca, 2006, ejemplar fotocopiado.

QUINTANILLA NAVARRO: *Dimensión de la empresa y órganos de representación.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SÁEZ LARA, C.: «La Directiva 94/45CE. Sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al Derecho español», en *REDT,* núm. 78, 1996.

TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresa. Modernas fórmulas de negociación.* CES, Madrid, 2000.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia», en *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico societario, laboral y fiscal.* Coord.: ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., Registradores de España, Edit., Pons, Madrid, 2004.

VASQUEZ, F.: «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», en *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico societario, laboral y fiscal.*

VELASCO SANPEDRO, L. A.: «La nueva Sociedad Anónima Europea. Último hito del Derecho de sociedades», en *RDCO,* núm. 199, 2002.

ZOPPOLI, L.: *Rappresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di participazione alla gestione delle imprese.*

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA INFLUENCIA DE LA DIRECTIVA 2002/14/CE SOBRE EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO
Profesor Ayudante
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. SIGNIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2002/14/CE.—2. EL ÁMBITO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA. 2.1. La dimensión de la empresa o del centro de trabajo como criterio de delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva. 2.2. Supuestos sometidos a procedimientos de información y consulta.—3. CONDICIONAMIENTOS DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA.—4. CONCLUSIÓN.

All that is gold does not glitter
[No todo oro reluce]

J. R. R. TOLKIEN

1. SIGNIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2002/14/CE

No cabe duda de que la participación de los trabajadores en la empresa —en sentido amplio— a través de las obligaciones empresariales de información y consulta constituye una de las materias nucleares de la política social comunitaria; desde épocas relativamente tempranas, las instituciones comunitarias han venido produciendo una serie de directivas que han influido notablemente en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Esta actividad legislativa podría ordenarse sobre dos ejes fundamentales de intervención: de un lado, la constitución de instrumentos de participación colectiva de los trabajadores en las estructuras empresariales de carácter transnacional (en el ámbito comunitario) [1]; de otro lado, la participación de los representantes de los trabajadores en el proceso de adopción de decisiones empresariales que pudieran afectar a las relaciones laborales. Esta segunda línea de intervención se ha centrado tradicionalmente en dos supuestos concretos referidos a situaciones en cierto modo anómalas en la vida de la empresa: los despidos colectivos [2] y las consecuencias laborales de la sucesión de empresas [3]. En este con-

[1] Directiva 94/45/CE para las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, extendida por la Directiva 97/94/CE al Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Directiva 2001/86/CE para las Sociedades Anónimas Europeas, Directiva 2003/72/CE, para las Sociedades Cooperativas Europeas.

[2] Directiva 75/129/CEE, modificada por la 92/56/CEE; el texto refundido de la Directiva modificada se recoge en la 98/59/CE.

[3] Directiva 77/187/CEE, modificada por la 98/50/CE; el texto refundido se recoge en la Directiva 2001/23/CE.

texto, la Directiva 2002/14/CE pretende establecer un marco general de carácter mínimo para insertar los procedimientos de información y consulta a los representantes de los trabajadores en el funcionamiento regular de la organización productiva [4].

La atención que ha recibido esta norma por parte de la doctrina iuslaboralista ha sido más bien escasa, aún transcurridos cuatro años desde su promulgación. El indudable interés que los procedimientos comunitarios de información y consulta han suscitado en la doctrina se ha enfocado más bien hacia las directivas relativas a las estructuras empresariales supranacionales, o bien hacia la regulación de la participación de los trabajadores en los despidos y transmisiones de empresas. Esta relativa desatención de la Directiva 2002/14/CE no resulta en principio extraña, si se tienen en cuenta una serie de factores relacionados con su contenido.

En primer lugar, en la génesis de esta norma comunitaria aparece como uno de los impulsos principales de la iniciativa la finalidad de armonizar los distintos sistemas nacionales de sanciones previstas para el incumplimiento de los deberes de información y consulta, en relación con la experiencia concreta del cierre de la planta de Renault en Vilvoorde, en 1997 [5]; no obstante, en el texto que finalmente se promulgó, este objetivo aparece sumamente diluido, si no resulta totalmente inoperante (dado que terminó por desaparecer la sanción general de ineficacia prevista inicialmente para los incumplimientos graves), a pesar de que sigue haciendo referencia a esta problemática en la consideración número 6 [6]. En segundo lugar, los preceptos de la directiva no parecen constituir, *prima facie,* una regulación especialmente intensa o «intervencionista» del ejercicio de los poderes empresariales; en términos generales, el contenido de las obligaciones impuestas al empresario consiste básicamente en que la información y la consulta se realicen de manera adecuada, sin que se prevean cargas procedimentales concretas; los caracteres que debe reunir la información y la consulta se regulan en términos muy generales

---

[4] Asimismo, se pretende que esta información y consulta operen con carácter preventivo, y no sólo como paliativo ante situaciones «patológicas» (*vid.* consideración núm. 13).

[5] Huertas Bartolomé, T.: «Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», en *Cuadernos de Relaciones Laborales,* vol. 20, núm. 1, 2002, pp. 121 y ss., y 129 y ss.; en el mismo sentido, Mercader Uguina, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 57, 2005, p. 289.

[6] *«La existencia de marcos jurídicos a nivel comunitario y nacional destinados a garantizar la participación de los trabajadores en la marcha de las empresas y en las decisiones que les conciernen no siempre ha impedido que se hayan adoptado y hecho públicas determinadas decisiones graves que afectan a los trabajadores sin que se hayan observado previamente procedimientos adecuados de información y de consulta».*

y con cierta vaguedad por los artículos 4.3 y 4.4, que, por otra parte, operan supletoriamente respecto de lo pactado por los interlocutores sociales, incluso en el centro de trabajo, con arreglo al artículo 5. En tercer lugar, el ordenamiento español prevé procedimientos de información y consulta en una gran diversidad de supuestos; de un lado, se imponen procesos de consulta-negociación análogos a los que se aplican a los despidos colectivos —y más intensos que la mera consulta definida conforme al concepto comunitario—, respecto a la puesta en marcha a iniciativa del empresario de otras vicisitudes de la relación de trabajo, como la suspensión por causas empresariales (art. 47 ET), los traslados colectivos (art. 40 ET), o las modificaciones sustanciales de carácter colectivo (art. 41 ET); de otro lado, las competencias de información y consulta del comité de empresa (art. 64 ET) extendidas a los delegados de personal (art. 62.2 ET), previstas en nuestro ordenamiento, así como las competencias de los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), parecen en general de gran amplitud, de manera que podría considerarse a primera vista que la norma comunitaria no establece supuestos novedosos de participación de los representantes [7].

Estos tres factores podrían llevarnos a concluir que la incidencia de esta directiva en nuestro ordenamiento es muy limitada, y que, por tanto, esta norma resulta relevante únicamente para los países en los que no existían sistemas generales, permanentes y obligatorios de representación de los trabajadores [8], que, ciertamente, quedan obligados a esta-

---

[7] En este sentido, sin negar completamente que pueda existir alguna distorsión, García Gutiérrez, M.ª L.: «La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», pp. 69-71; Garrido Pérez, E.: «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea», en *Revista de Derecho Social,* núm. 17, 2002, p. 125: «*Las materias sobre las que esta Directiva marco impone procedimientos de información y consultas ya están recogidas con menor o mayor previsión en el artículo 64 ET»;* Ortiz Lallana, C.: *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario,* Ponencia presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (recopilación de las ponencias proporcionada en el congreso), Salamanca, 2006, p. 101: « *Puede decirse que el impacto de la Directiva 2002/14/CE en nuestro ordenamiento es, a priori, bastante escaso»*; Menéndez Sebastián, P.: «El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (Directiva 2002/14)», en AA.VV. (dir.: Joaquín García Murcia: *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pp. 521-522, en lo que refiere al elenco de materias sometidas a información y consultas.

[8] Así, Zufiaur, J. M.: «Respuestas locales», en *El País,* 28-10-2001, también publicado en Internet: <http://www.ugt.es/globalizacion/zufi.htm> [10-7-2006]: « *La directiva sobre comités de empresa europeos no ha demostrado, hasta el momento, su eficacia en los supuestos que estamos comentando. Precisamente su no-funcionamiento en el caso de Renault-Vilvoorde dio pie al proyecto de directiva para establecer un "marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", proyecto que, en aras del consenso, ha sido vaciado de sus aspectos más innovadores y*

blecerlos para cumplir con el mandato de la norma comunitaria [9]; en todo caso, para estos países la directiva prevé una implantación gradual de sus preceptos hasta el año 2008 en función de determinados umbrales de plantilla.

A pesar de que en principio existan razones que justifican esta falta de interés doctrinal, un examen más minucioso de la Directiva 2002/14/CE revela que su influencia sobre el ordenamiento nacional es mucho mayor de lo que parece a primera vista [10]. Este dato cobra especial relevancia por el hecho de que el plazo de transposición fijado en la directiva ha finalizado el 23 de marzo de 2005, sin que el legislador haya emprendido hasta la fecha las medidas oportunas para la adaptación de nuestro ordenamiento a los objetivos establecidos por la norma comunitaria [11]. Así pues, se hace preciso determinar cuáles son los efectos de este incumplimiento sobre nuestro ordenamiento interno. A tal efecto, nos centraremos fundamentalmente en dos aspectos: por una parte, el ámbito de los deberes de información y consulta (donde puede distinguirse entre los límites dimensionales a la aplicación de la directiva y los supuestos en los que resulta obligatoria la información o la consulta); por otra parte, las exigencias que la norma comunitaria impone a este tipo de procedimientos. A nuestro juicio, otras materias reguladas en la directiva, como la confidencialidad de la información (art. 6), las garantías de los representantes (art. 7) o la protección de los derechos (art. 8) no presentan especiales problemas en su interacción con nuestro ordenamiento.

---

garantistas. ***Tal y como ha quedado, su contenido es únicamente significativo para el Reino Unido e Irlanda»*** [la negrita es nuestra]; subrayan, asimismo, esta especial incidencia de la directiva sobre estos ordenamientos, FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; CHOZAS BERMÚDEZ, A.: «La directiva sobre información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea», en *Torre de los Lujanes,* núm. 48, 2002, pp. 14 y 19.

[9] *Vid.* SSTJCE de 8-6-1994, asuntos C-382/92 y C-383/92, ambos de la *Comisión vs. Reino Unido*, referidas respectivamente a la transmisión de empresas y a los despidos colectivos.

[10] *Vid.* AA.VV. (ponencia conjunta coordinada por J. CRUZ VILLALÓN): «Novedades en el derecho social comunitario», en AA.VV. (coord.: Jaime CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ): *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos*, XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, Mergablum, Sevilla, 2003, pp. 40-45; en el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 837: « *Puede resultar muy útil efectuar el contraste entre la regulación española y la recientemente aprobada Directiva 2002/14/CE […] sobre todo, ante la posibilidad de que cumplido el plazo de transposición previsto (23 de marzo de 2005), las previsiones contenidas en la misma puedan incidir sobre la regulación prevista en nuestro país*».

[11] En la anterior legislatura se promovió por parte del Grupo Socialista una iniciativa legislativa que incluía referencias a la información y consulta de los trabajadores (122/000211, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, VII Legislatura, 10-5-2002), que finalmente caducó.

2. EL ÁMBITO DE LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

2.1. La dimensión de la empresa o del centro de trabajo como criterio de delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva

El artículo 3.1 de la Directiva 2002/14/CE establece que los Estados miembros podrán limitar la aplicación de las garantías previstas en la norma a las empresas de menos de 50 trabajadores o bien, a su elección, a los centros de trabajo de menos de 20 empleados [12]. En nuestra opinión, no es estrictamente necesario que los Estados miembros escojan uno solo de los ámbitos de cómputo, de manera que podrán establecer regulaciones más complejas en tanto en cuanto no se rebasen ambos umbrales al mismo tiempo. En principio, esta limitación del campo de aplicación de la norma comunitaria puede afectar a la determinación de las consecuencias del incumplimiento, dado que podría considerarse que la eventual «interpretación conforme», el posible «efecto directo vertical» o la responsabilidad del Estado, en su caso, deben ceñirse exclusivamente a los supuestos que tuvieran lugar en centros de al menos 20 empleados situados en empresas de más de 49 trabajadores. Para pronunciarnos sobre esta cuestión es preciso determinar cuál es la finalidad de estos umbrales de plantilla.

La propia Directiva afirma, en su Consideración número 19, que la exclusión se fundamenta en la finalidad de evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, en la línea del artículo 137.2 b), primer párrafo del Tratado de la Comunidad Europea. A pesar de esta mención expresa no creemos que ésta sea realmente la finalidad principal ni directa de la distinción. Basta considerar que el precepto del tratado no protege a los centros de trabajo pequeños, sino a las pequeñas y medianas empresas y que organizaciones de enorme dimensión —como por ejemplo bancos u otro tipo de entidades financieras— podrían quedar excluidas de la aplicación de las garantías de la directiva en tanto estuvieran divididas en pequeños centros de trabajo sin que ello pueda achacarse razonablemente a un error técnico del legislador comunitario. Por otra parte, como hemos señalado anterior-

---

[12] De acuerdo con este precepto son los Estados miembros los que determinan los criterios de cómputo, aunque es evidente que esta potestad no es ilimitada. En este sentido, el Consejo de Estado francés ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto C-385/05) en un proceso instado por cinco confederaciones sindicales. Por otra parte, el artículo 10 establece temporalmente umbrales más elevados para los países que a la fecha de promulgación de la directiva no tuvieran previstos sistemas generales y permanentes de representación.

mente, la directiva sólo prevé una obligación de dialogar de buena fe, pero no instituye actos procedimentales específicos que pudieran generar costes apreciables para el empresario o dilatar su decisión, ni tampoco créditos de horas o derechos de uso sobre bienes empresariales; así pues, no parece que la mera información o la consulta informal con los representantes impliquen —consideradas en sí mismas— trabas significativas para las pequeñas empresas; en todo caso, si lo que se pretende es legitimar simbólicamente determinadas pautas socioculturales relativas a la gestión personal y paternalista de la empresa que estructuran las decisiones de muchos pequeños empresarios, esto no se relaciona directamente con trabas reales para la creación o el desarrollo de las empresas. En tercer lugar, es frecuente en las directivas sociales comunitarias la inserción de una «cláusula de estilo», sustancialmente vacía de contenido (aunque el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas le ha otorgado ocasionalmente alguna relevancia), que indica formalmente que no se ha infringido la limitación prevista en el tratado, si bien en este caso, el establecimiento de umbrales de plantilla permitía una referencia algo más concreta. En cuarto lugar, se utiliza como criterio de cómputo exclusivamente el número de trabajadores, sin tomar en consideración la capacidad económica de la empresa o las redes de relaciones interempresariales, en marcado contraste con los propios conceptos comunitarios de pequeña y de mediana empresa [13]; este hecho, si se presentara de manera aislada supondría únicamente que el precepto resulta técnicamente deficiente para responder a la finalidad de evitar trabas a las pequeñas y medianas empresas, pero si esta razón se une a las mencionadas anteriormente, se llega fácilmente a la conclusión de que no existe tal deficiencia técnica, dado que no es ésta la finalidad pretendida.

Parece claro que la finalidad de la exclusión se relaciona más bien con la obligación indirectamente impuesta por la directiva de constituir órganos de representación de los trabajadores que puedan operar como receptores de los deberes de información y consulta impuestos al empresario [arts. 2 f) y g)] [14]. Si no hubiera excepción alguna, habría de en-

---

[13] *Vid.* Recomendación de la Comisión de 3-4-1996 (DOCE L-107 de 30-4-1996) sobre la definición de pequeñas y medianas empresas, actualizada por la Recomendación de la Comisión de 6-5-2003 (DOUE L-124 de 20-5-2003).

[14] El Consejo rechazó en una Posición Común de 23-7-2001 (DOUE C-307 de 31-10-2001) la enmienda núm. 17 del Parlamento Europeo, que establecía el fomento por parte de los Estados miembros del diálogo social en las empresas que quedaban fuera del ámbito de aplicación de la directiva, por considerarla *«potencialmente pesada para las pequeñas empresas y no del todo apropiada como disposición legal»;* parece que el contexto de la enmienda se refiere a la institución de mecanismos de diálogo en empresas sin representantes, lo que en principio no es «potencialmente pesado» aunque sí podría resultar sencillamente ineficaz. Por otra parte, los umbrales del artículo 10 de la Directiva 2002/14/CE no tienen otro objeto que operar como «moneda de cambio» en un proceso de inter-

tenderse que estos deberes se aplican a todo tipo de empresas y centros de trabajo, con independencia de la dimensión de su plantilla, de manera que el sistema general, permanente y obligatorio de representación no podría condicionarse a la superación de un determinado umbral numérico. No obstante, en los Estados miembros de la Unión Europea es frecuente que la presencia de los representantes sancionados por la ley se condicione a una cierta dimensión ocupacional, o bien de la empresa, o bien del centro de trabajo (de ahí que en este caso se conceda la facultad de optar entre uno u otro ámbito); no es necesario detenerse aquí en las diversas razones que subyacen a esta limitación [15], pero estos motivos van más allá del objetivo de no producir trabas a la creación y el desarrollo de las empresas de reducida dimensión, puesto que la mera constitución de representantes (al margen de las prerrogativas que eventualmente pudieran otorgárseles) no supone ningún coste específico para el empresario. En el mismo sentido, el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE, relativa a los despidos colectivos, limita la aplicación de la norma por razón de la afectación del despido en función de la dimensión del centro de trabajo, o bien simplemente en base a la afectación absoluta del despido —lo que supone una consideración implícita de la dimensión de la plantilla—, de manera que no será necesario constituir representantes en los centros más pequeños; igualmente, el artículo 7.5 de la Directiva 2001/23/CE sobre traspasos de empresas permite a los Estados miembros que condicionen la aplicación de los correspondientes procedimientos de información y consulta a las unidades que reúnan los requisitos para contar con un órgano colegiado de representación de los trabajadores [16] (por otra parte, el art. 7.6 prevé un supuesto de información directa a los trabajadores cuando por causa ajena a su voluntad, no contaran con representantes). Por todo ello, debe entenderse que los umbrales previstos en la Directiva 2002/14/CE se refieren implícitamente a la constitución de representantes de los trabajadores.

Así pues, aunque no se haya llevado a cabo la correspondiente transposición, consideramos que el legislador español ya ha determina-

---

cambio político destinado a introducir órganos permanentes de representación en países que carecen de ellos; el mero hecho de que los umbrales sean transitorios indica que no se fundamentan en una adaptación de la norma a la realidad de las empresas.

[15] A modo de síntesis, en el establecimiento de umbrales de plantilla para la constitución de representantes conviven las siguientes finalidades: a) la concesión simbólica hacia los intereses empresariales y hacia determinadas pautas culturales de muchos pequeños empresarios en un proceso de intercambio político destinado a promover instituciones representativas allí donde no puedan surgir sin auxilio de la ley, pero sean factibles; b) la conciencia de los problemas de legitimación que sufriría una norma de aplicación casi imposible; y c) la inconveniencia de las distorsiones que podría presentar la institución de la representación en unidades muy pequeñas.

[16] En este caso, la finalidad de no imponer la constitución de órganos de representación en entidades de reducida dimensión aparece más difuminada, puesto que se hace referencia expresa al carácter colegiado del órgano.

do el ámbito de aplicación de los procedimientos de información y consulta al establecer en el artículo 62.1 ET que la designación de delegado de personal se limita a las empresas o centros de trabajo que ocupen al menos a 11 —o, en su caso, 6— empleados; este criterio es más favorable a los trabajadores que el establecido en la directiva, de manera que resulta plenamente compatible con su regulación [17]. Por consiguiente, los eventuales efectos de la falta de transposición se refieren a todas las empresas que cuenten con representantes legales. No obstante lo anterior, la transposición futura podría limitar el alcance de los derechos que no estuvieran reconocidos con anterioridad —evitando la vulneración de la cláusula de no regresión del artículo 9.4 de la norma comunitaria—, en base a los umbrales previstos en la directiva sin incumplir formalmente la regulación comunitaria; en todo caso, podría cuestionarse la razonabilidad de esta eventual distinción.

2.2. Supuestos sometidos a procedimientos de información y consulta

Los supuestos en los que el empresario está obligado a informar y consultar a los representantes de los trabajadores están previstos en el artículo 4, números 2 y 3 de la directiva. El artículo 4.2 a) se refiere a la información acerca de la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa y de su situación económica, mención que puede entenderse plenamente comprendida en la más concreta redacción del ET (arts. 64.1.1.º y 64.1.3.º). Por otra parte, la norma comunitaria impone en todo caso la obligación del empresario de proporcionar una información suficiente para llevar a cabo la consulta en los supuestos en los que ésta es preceptiva [la pauta general se establece en el art. 4.3 y el deber de información se añade expresamente a los supuestos de consulta de los arts. 4.2 b) y 4.2 c)]; esta prestación obligatoria de la información necesaria para llevar a cabo la consulta no aparece expresamente regulada en nuestro ordenamiento interno, pero la doctrina es unánime en entenderla implícitamente contenida en la previsión de los deberes de consulta; en todo caso, la mención expresa en el texto de la directiva viene a reforzar aún más esta interpretación [18].

Mayores discrepancias con el ordenamiento español implica la comparación de los supuestos para los que la directiva introduce obligacio-

---

[17] En el mismo sentido, conectando el umbral de plantilla previsto en la norma comunitaria con los umbrales del ordenamiento interno para la constitución de representantes, Menéndez Sebastián, P.: «El marco general…», *op. cit.,* p. 520; Ortiz Lallana, C.: «La participación…», *op. cit.,* p. 102.

[18] Cruz Villalón, J.; Rodríguez-Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R.: «Estatuto...», *op. cit.,* p. 480.

nes de consulta con la regulación estatutaria. En este sentido, el artículo 4.2 b) establece la obligación de información y consulta sobre la situación, estructura y evolución probable del empleo en la empresa, así como de las posibles medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. En lo que refiere a la prestación de información, la mayor parte de estas materias podrían quedar comprendidas en los números 1, 2 y 3 del artículo 64.1 ET; no sucede así con las medidas «preventivas» en relación con el empleo que no tuvieran un carácter directamente laboral y que no fueran comunicadas a los accionistas [19]. En cualquier caso, es preciso subrayar que en nuestro ordenamiento la materia de «empleo» no se configura en absoluto como un supuesto de consulta, salvo en los casos en los que las medidas «preventivas» previstas por el empresario pudieran encajar en los supuestos del artículo 64.1.4.º, que remitirían más bien a los deberes de consulta en relación con las vicisitudes de la relación de trabajo a iniciativa del empleador. En este caso, la técnica de la interpretación del ordenamiento nacional conforme al Derecho Comunitario resulta insuficiente con carácter general para garantizar el cumplimiento de los objetivos previstos en la directiva, dado que no hay ningún título competencial de los representantes que pueda interpretarse extensivamente para concederles derechos de consulta en materia de empleo. Por consiguiente, en estos casos deberá acudirse, cuando proceda, al efecto directo vertical y, en su defecto, a la responsabilidad del Estado español.

Por otra parte, el artículo 4.2 c) de la directiva impone deberes de información y consulta respecto a « *[...] las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9*». Las «disposiciones comunitarias» referidas no son otras que las relativas a los despidos colectivos y a la transmisión de empresas, lo que no deja de resultar paradójico, dado que el mencionado artículo 9.1 precisamente se dedica a excepcionar estos procedimientos específicos del campo de afectación de la Directiva 2002/14/CE. Esta referencia no resultaba contradictoria en la propuesta original de directiva de la Comisión, en la que el artículo correlativo (el 8.1) incluía —en lugar de excluir— estos procedimientos en el ámbito de afectación de la nueva norma, y

---

[19] Destaca el incumplimiento de las previsiones de la Directiva 2002/14/CE en esta materia, Landa Zapirain, J. P.: «Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución "socialmente inteligente" de las reestructuraciones de empresas», en *Relaciones Laborales (I),* 2005, pp. 326-327. Este autor propugna la aplicación automática de esta nueva competencia por vía de la interpretación conforme, lo que a nuestro juicio no puede operar en todo caso —sí cuando alguna de las menciones legales pueda ser interpretada extensivamente en este sentido— debido al absoluto silencio del legislador nacional en este punto.

por tanto, en la sanción de ineficacia para los incumplimientos graves que en ella se establecía. Una vez eliminada esta sanción debido a la intervención del Consejo, parece innecesario que estos supuestos sean regulados por la nueva directiva, por cuanto en ella sólo se establecen unos principios generales, coherentes con la regulación más específica de las directivas 98/59/CE y 2001/23/CE; probablemente, esta referencia se ha mantenido debido a las dificultades para llegar a un acuerdo entre el Parlamento Europeo y el Consejo en el texto final [20], lo que no impide que sea preciso determinar el sentido jurídico de esta previsión normativa. A nuestro juicio, esta paradoja puede resolverse entendiendo que simplemente, el artículo 4.2 refiere el ámbito global de todo el sistema comunitario de participación y consulta —promoviendo que las distintas directivas no operen a efectos hermenéuticos como «compartimentos estancos», sino más bien como distintas instituciones de un mismo sistema normativo—, mientras que el artículo 9.1 excluye los supuestos de despidos colectivos y transmisión de empresas de los procedimientos concretos previstos en la directiva marco, dado que se rigen por un régimen jurídico específico, más detallado, pero coherente con los principios rectores del sistema.

Por otra parte, consideramos que la noción de «cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo» es un concepto de Derecho Comunitario cuyos contornos están aún por definir, pero respecto a cuya configuración los Estados miembros no tienen plena libertad de concreción. Desde luego, la expresión abarca a las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo —tanto individuales como colectivas [21]— previstas en el artículo 41 ET, así como a los traslados individuales o colectivos referidos en el artículo 40 ET. No se incluyen, sin embargo, en nuestra opinión, el *ius variandi* del artículo 39 —puesto que, o bien se trata de una mera especificación del trabajo, o bien tiene una eficacia limitada en el tiempo, de manera que no puede decirse que tenga un carácter sustancial—, ni los desplazamientos previstos en el artículo 40.4 ET, debido asimismo a su carácter temporal. No obstante lo anterior, entendemos que la suspensión a iniciativa del empresario habría de considerarse un «cambio sustancial» a pesar de su alcance transitorio por cuanto el cese de las prestaciones principales de las partes constituye un efecto de singular intensidad. Por otra parte, los despidos también deben ser considerados a estos efectos como «cambios sustanciales» del contrato, dado que la extinción del contrato

---

[20] Huertas Bartolomé, T.: «Nuevas normas...», *op. cit.,* p. 138.

[21] Subraya la indiferencia de la norma comunitaria respecto a la afectación de la medida o la dimensión de la empresa (en el marco, claro está, de su ámbito de aplicación) en extinciones y modificaciones, Martínez Fons, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la transmisión de empresa», en *Estudios Financieros,* 248, 2003, pp. 10-11.

constituye, desde luego, una alteración de la relación jurídica; esta interpretación se ve confirmada por la inclusión expresa de los «despidos colectivos» a la que nos hemos referido anteriormente, así como por el análisis teleológico de la norma: si se pretende que los representantes sean consultados ante novaciones modificativas de la relación de trabajo, incluso de carácter puramente individual, parece lógico que éstos participen cuando se pretende producir un efecto más intenso sobre el interés del trabajador, como es la extinción unilateral del contrato. En todo caso, puesto que la directiva no hace distinción, la obligación de consulta deberá aplicarse a todos los despidos, con independencia de la causa que los justifica (incumplimiento del trabajador, causas empresariales o causas objetivas basadas en circunstancias concurrentes en el trabajador).

Así pues, el ámbito de aplicación de los derechos de consulta en sede de vicisitudes de la relación de trabajo asalariado rebasa, desde luego, los supuestos de consulta-negociación previstos en nuestro ordenamiento (arts. 40.2, 41.4, 47 y 51 ET), dado que se refiere también a vicisitudes individuales o plurales y a aquellas fundadas en motivos diversos de las causas empresariales (como el poder disciplinario o las causas objetivas concurrentes en el trabajador). Por su parte, el derecho de consulta de los delegados sindicales establecido en el artículo 10.3.3 de la LOLS se refiere únicamente a vicisitudes colectivas y a los despidos y sanciones de los afiliados a su sindicato; igualmente, la consulta previa en caso de sanciones por faltas graves o muy graves se configura [art. 68 a) ET] como una garantía de los representantes legales. En este contexto, la redacción del artículo 64.1.4.º y 5.º ET resulta más bien insuficiente para cumplir de manera solvente con los resultados pretendidos por la directiva. Las letras b), c), d) y e) del 64.1.4.º enuncian supuestos muy concretos, que desde luego se refieren a las materias mencionadas en la disposición comunitaria, pero no las abarcan totalmente. En cuanto al 64.1.4.º a), referido a las «reestructuraciones de plantilla» y a los «ceses totales o parciales de aquélla», debe ser interpretado lo más ampliamente posible para facilitar el cumplimiento de la norma comunitaria. Así por ejemplo, sería razonable interpretar, en principio, que la palabra «reestructuraciones» se refiere únicamente a vicisitudes de carácter colectivo [22], o al menos de cierta significación sobre la totalidad de la empresa o el centro de trabajo, dado que la alteración de una sola relación de trabajo difícilmente altera la «estructura» de una organización productiva de cierta dimensión; no obstante, el principio de interpretación conforme al Derecho Comunitario obliga

---

[22] En este sentido, Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.; Sempere Navarro, A. V.; Ríos Salmerón, B., y AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6.ª ed., Thompson, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 565.

a forzar al máximo el sentido de la palabra en tanto en cuanto el empresario emprenda «cambios sustanciales» del contrato de trabajo. Por otra parte, una interpretación sistemática podría indicar, a primera vista, que la referencia a los «ceses» de plantilla se remite únicamente a las suspensiones y extinciones por causas empresariales, dado que, de un lado, aparecen enunciadas junto a las «reestructuraciones», de otro lado, la imposición de sanciones graves o muy graves es objeto de información posterior a la decisión, pero no de consulta previa, de acuerdo con el artículo 64.1.7.º ET —salvo en lo que refiere a la mencionada garantía que opera para los representantes de los trabajadores en virtud del art. 68 a) ET—; sin embargo, a nuestro juicio, la directiva comunitaria obliga a interpretar el precepto extensivamente, abarcando todo tipo de despidos y de suspensiones a iniciativa del empresario (no habría especiales problemas, en cambio, para reconocer que la disposición se refiere también a ceses de carácter individual).

3. CONDICIONAMIENTOS DE LA INFORMACIÓN Y CONSULTA

Como hemos señalado anteriormente, la Directiva 2002/14/CE no establece unos procedimientos muy formalizados o estructurados —en contraste con la Directiva 98/59/CE, por ejemplo—, de manera que sus exigencias podrían resumirse en la necesidad de establecer una relación fluida entre el empresario y los representantes de los trabajadores, que implica que la información y consulta deben operar de buena fe y de manera apropiada. El carácter general y abstracto de estos principios no debe impedir la apreciación de su enorme relevancia; los Estados miembros gozan de una cierta libertad para la concreción de estos objetivos generales, pero deben tomar todas las medidas oportunas para su satisfacción.

En lo que refiere a la información, el artículo 4.3 de la directiva exige que ésta tenga un contenido apropiado y que se facilite en momento adecuado y de la manera oportuna. Todas estas previsiones son de evidente generalidad, pero ello no impide que operen como criterios de interpretación de la legislación interna, cerrando el paso a posibles lecturas excesivamente formalistas que resultaran contrarias a estas exigencias de buena fe en la prestación de información; así pues, nuestro ordenamiento no infringe sustancialmente la directiva en este punto, siempre que sea interpretado conforme a estas premisas. Así, por ejemplo, se ha planteado que la periodicidad trimestral de determinadas informaciones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores (64.1.1.º y 64.1.8.º) podría contrastar con el carácter dinámico que la información asume en la directiva [23]. A nuestro juicio, la previsión de una periodici-

[23] Martínez Fons, D.: *op. cit.,* p. 10.

dad trimestral en la prestación de determinadas informaciones no vulnera la disposición comunitaria, dado que constituye precisamente una concreción y desarrollo de sus principios, siempre que esta prestación trimestral no se considere de manera estricta —es decir, liberando absolutamente al empresario de toda obligación de prestar información sobre estas materias en tanto emita el informe trimestral—; al contrario, en determinadas ocasiones, una alteración sobrevenida de las circunstancias, o bien las especiales necesidades del ejercicio de las facultades de representación, vigilancia o negociación de los representantes de los trabajadores exigirían la prestación de información por parte del empresario, que de lo contrario estaría obrando de mala fe.

Esta necesidad de reinterpretar el ordenamiento interno a la luz de la directiva es mucho más patente en sede de consulta, donde las deficiencias de nuestro Derecho interno son verdaderamente significativas. En primer lugar, las consultas deben realizarse « *[...] al nivel pertinente de dirección y representación, en función del tema pactado»* [art. 4.4 b)], lo que contrasta vivamente con la regla general que impera en nuestro sistema —al menos tal y como se ha interpretado por el Tribunal Supremo—, de que la representación opera únicamente en el ámbito del centro de trabajo[24]. No cabe ninguna duda de que en muchas reestructuraciones empresariales el nivel pertinente de dirección y representación será precisamente el de la empresa; asimismo, es preciso considerar la posibilidad de que en muchas ocasiones el nivel más apropiado para las consultas sea el de la dirección de un grupo empresarial —o incluso es posible concebir que las consultas deban articularse en otras redes interempresariales que no encajaran en las definiciones usuales de grupo—. En este contexto pueden plantearse las deficiencias de nuestro sistema de representación[25], o incluso replantearse las interpretaciones jurisprudenciales que restringen en términos generales la representación al ámbito del centro de trabajo. A nuestro juicio, sin embargo, aunque una ampliación

---

[24] Una excepción a este principio viene dada por el Comité Intercentros, que, sin embargo, no es una institución obligatoria; otra posible excepción sería la constitución de instancias representativas en las empresas, sociedades y grupos de dimensión comunitaria; por último, supone una cierta excepción la constitución del Comité Conjunto, que, en todo caso, no se aplica a la totalidad de la empresa y cuyos principios, por otra parte, no pueden extenderse, de acuerdo con la jurisprudencia, a los delegados de personal [SSTS 31-1-2001 Ar. RJ 2001/2138 y 19-3-2001 (Ar. RJ 2001/3385)]. Por otra parte, de acuerdo con estas sentencias, la disyuntiva «empresa o centro de trabajo» del artículo 62.1 ET se refiere únicamente a los centros de trabajo y a las empresas que tengan un solo centro; en contra, parte de la doctrina considera que son los promotores los que tienen que decidir si el ámbito de la elección y por tanto el cómputo es la empresa o el centro de trabajo: Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, 8.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 336; Cabeza Pereiro, J.: «Las elecciones a representantes unitarios en las pequeñas unidades productivas», en *TSo,* núm. 155, 2003, pp. 15-16.

[25] *Vid.* Huertas Bartolomé, T.: *op. cit.*, pp. 140-141.

de las formas de representación unitaria sería muy favorable al cumplimiento de las garantías previstas en la directiva, ello no implica que la interpretación conforme al Derecho Comunitario pueda alterar por sí sola el entendimiento de nuestro rígido sistema de determinación de los representantes unitarios. Por otra parte, como se ha visto, la opción entre centro de trabajo y empresa para la aplicación del umbral de plantilla que determina el ámbito de afectación de la directiva, implica una conformidad del legislador comunitario respecto de los diversos ámbitos para la constitución de representantes, siempre que efectivamente puedan llevarse a cabo las consultas en el nivel adecuado. Así pues, en los procesos de reestructuración de ámbito superior al centro de trabajo deberá permitirse la consulta directa con la dirección de la empresa o el grupo si ello es necesario, así como la actuación conjunta de diversos comités o delegados de centro; esta solución no deja de presentar problemas aplicativos, razón por la cual se hace recomendable un replanteamiento de los ámbitos de representación que existen en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, el concepto de consulta previsto en los artículos 2 g) y 4.4 d) y e) (presente también en otras directivas sobre la materia), difiere notablemente del entendimiento tradicional de la institución de la consulta en nuestro ordenamiento interno, que consiste simplemente en la emisión de un informe —en el plazo de 15 días— por parte de los representantes de los trabajadores (art. 64.1.4.º, 64.1.5.º y 64.2 ET) [26]. Por el contrario, el concepto comunitario de consulta implica un diálogo, «intercambio de opiniones», entre representantes de los trabajadores y empresario llevado a cabo de buena fe (de manera apropiada) y, en el caso de las vicisitudes del contrato, con la intención de alcanzar un acuerdo [27]. Ciertamente, el impulso de la directiva sobre despidos colectivos ha generado, como hemos visto, una serie de procedimientos de consulta-negociación que cumplen sobradamente con las directrices comunitarias, pero, como también se ha señalado, el ámbito de aplicación del deber de consulta excede el de estos procedimientos. En tales casos, deberá reinterpretarse la normativa nacional conforme a los criterios comunitarios, lo que a nuestro juicio no fuerza excesivamente

---

[26] Por todos, respecto a la emisión del informe MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 301.

[27] En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «El marco general…», *op. cit.,* p. 522. Por otra parte, las previsiones establecidas en el artículo 4 de la directiva (adecuación de la consulta, reunión con el empresario, respuesta justificada a un eventual dictamen y tendencia de las partes hacia el acuerdo) pueden ser sustituidas por la regulación prevista en un acuerdo entre los interlocutores sociales, que incluso puede ser firmado en el ámbito del centro de trabajo (art. 5). Sin embargo, el núcleo del concepto de consulta, establecido en el artículo 2 g) «intercambio de opiniones» y «apertura de un diálogo», que va más allá de la mera recepción de un informe de los representantes, debe operar en todo caso, puesto que el artículo 2 de la disposición comunitaria no se aplica supletoriamente.

la literalidad de la norma, de manera que donde el artículo 64 se refiere al informe de los representantes ha de entenderse que debe producirse un diálogo en los términos señalados anteriormente [28].

La futura transposición deberá tener en cuenta que la Directiva 2002/14/CE no exige un procedimiento determinado, formalmente rígido ni dilatado en el tiempo, ni que los resultados de los eventuales acuerdos se proyecten sobre las relaciones individuales de trabajo o ni tan siquiera tengan eficacia *erga omnes;* estos aspectos resultarían especialmente inconvenientes en las pequeñas empresas, donde, como hemos visto, parece oportuno que se apliquen los procedimientos de información y consulta siempre que existan delegados de personal. Así, por ejemplo, cuando las vicisitudes tuvieran carácter puramente individual (como sucede con un despido disciplinario), la intervención de los representantes se orienta a tutelar intereses individuales, de manera que un eventual acuerdo con el empresario no debe afectar a la consideración de la concurrencia de la causa o a la procedencia de otros requisitos formales. Por otra parte, no parece que en todos los supuestos sea estrictamente necesario que los representantes presenten un informe escrito en el plazo de 15 días establecido en el artículo 64.2 (que podría dilatar innecesariamente la decisión empresarial), siempre que se garantizara sustancialmente el diálogo requerido por la norma. En todo caso, el sistema sancionatorio deberá adaptarse a la eventual inclusión de procedimientos de diálogo informal, que podrían presentar algunos problemas específicos de eficacia real.

4. CONCLUSIÓN

Aparentemente, la Directiva 2002/14/CE no resulta especialmente significativa en nuestro ordenamiento, dado su carácter mínimo, la vaguedad y abstracción de sus preceptos y la libertad que deja a los Estados

---

[28] Por otra parte, se ha planteado que podría tener alguna incidencia el hecho de que en la directiva, la consulta tiene un carácter preventivo, anterior en el tiempo a la adopción de la decisión empresarial, mientras que en el artículo 64 ET acontece cuando la decisión del empresario ya está, en principio, tomada (pero antes de su ejecución); en este sentido, Menéndez Sebastián, P.: *El marco…,* p. 523, y Ortiz Lallana, C.: «La participación…», *op. cit.,* p. 103. Desde nuestra perspectiva, no resulta particularmente relevante esta circunstancia si se refiere a una consideración formal acerca de si la decisión empresarial puede considerarse «adoptada» (aunque pueda modificarse), o si, por el contrario, se trata de una propuesta no del todo definida que se concretará más adelante a través del diálogo, dado que las distinciones entre una y otra situación podrían ser poco importantes en términos reales; lo esencial es que se verifique una actitud de diálogo que permita, en su caso, modificar la decisión adoptada, o definirla más concretamente en caso de que se trate de una propuesta de cierta vaguedad. Así pues, el problema del carácter preventivo de las consultas podría reconducirse al de la existencia de un verdadero diálogo.

miembros y a los interlocutores sociales. Sin embargo, si se profundiza más en el análisis se aprecia cómo la norma comunitaria persigue un resultado enormemente ambicioso que implica un notable cambio cualitativo de difícil realización práctica: el establecimiento de un marco general y permanente de interacción fluida entre el empresario y los representantes de los trabajadores[29]. Esta concepción de la empresa como un entorno en el que el empresario y los representantes de los trabajadores interaccionan y se comunican de manera fluida durante la «vida cotidiana» de la organización implica, de un lado, que las interacciones se refieren a una gran diversidad de supuestos, de otro lado, que los objetivos de la directiva no quedan plenamente satisfechos con el cumplimiento de meras formalidades, como la aceptación pasiva por parte del empresario de un informe escrito presentado por los representantes. Ambos aspectos resultan sumamente relevantes para el ordenamiento nacional, sobre todo en materia de consulta —institución que hasta el momento ha merecido menos atención en doctrina y jurisprudencia que la prestación de información, salvo en lo que refiere a los procedimientos específicos de negociación—; dado que, ni el concepto de consulta actualmente operante resulta adecuado, ni la consulta se refiere a todos los supuestos incluidos en la directiva.

Ciertamente, los preceptos de la directiva presentan un cierto carácter evanescente, pero, en puridad, el papel de las directivas consiste precisamente en señalar determinados resultados, dejando libertad a los Estados miembros para establecer las medidas oportunas en orden a alcanzar tales fines (art. 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). La falta de interés que ha despertado la Directiva 2002/14/CE, tanto por parte del legislador, como, en cierto sentido, por parte de la doctrina iuslaboralista, ha impedido una reflexión profunda sobre

---

[29] Monereo Pérez, J. L., en la «Ponencia general (versión provisional)» al XVI Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social [http://www.aedtss.com/congresos.htm (10-7-2006)] señala que esta directiva implica el establecimiento de unas relaciones en la empresa de carácter integrador y de colaboración entre actores sociales (p. 95), y un «espíritu de cooperación» entre las partes (p. 96); Landa Zapirain, J. P.: «Consideraciones…», *op. cit.,* p. 320, se refiere a «relaciones de confianza mutua entre las partes»; en este sentido (pero sin referencia expresa a la directiva), la declaración conjunta de la CES, CEEP, UNICE y UEAPME, «Orientations for reference in managing change and its social consequences», 16-10-2003, punto 2, menciona una «comunicación continua de calidad»: <http://www.ueapme.com/docs/joint_position/Final%20Orientations%20restructuring%20EN.pdf> [10-7-2006]. Aunque la relevancia de los procedimientos de información y consulta queda frecuentemente oscurecida por un cierto énfasis de los discursos doctrinales en la codecisión y otras formas intensas de participación en la empresa, en nuestra realidad actual resultaría un avance enormemente significativo —y difícil de llevar a cabo— que la participación no vinculante de los trabajadores en las decisiones empresariales fuera asumida por los empleadores de manera sustancial y no como una serie de obligaciones formales que deben sortearse o cumplirse de manera mecánica. Desde esta perspectiva, la Directiva 2002/14/CE no es, ni mucho menos, una norma de intensidad «débil».

cuáles han de ser los medios más apropiados para cumplir con este difícil —si se asume hasta sus últimas consecuencias— objetivo de producir un flujo de comunicación e interacción continua entre empresario y representantes en el curso de la «vida» de la empresa. Desde luego, resulta urgente emprender las medidas oportunas para la transposición de la norma comunitaria; esta transposición, a nuestro juicio, deberá llevar a cabo una reestructuración profunda de las instituciones de información y consulta a la luz de los principios señalados por el Derecho Comunitario. Entretanto, el principio de interpretación conforme a la normativa comunitaria goza de un amplio margen de actuación en este contexto y debe implicar un intenso replanteamiento de las instituciones reguladas por el ordenamiento nacional vigente.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE Y LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO SOCIAL EUROPEO ACTUAL

RAFAEL ÁLVAREZ GIMENO
Becario FPU
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. FUENTES DE LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE: UN COMPLEJO ENTRAMADO NORMATIVO. 1. Algunas cuestiones previas. a) Un régimen desdoblado. b) Terminología empleada. 2. Los principios inspiradores de la implicación de los trabajadores en la SE. a) El principio antes-después como vertebrador del sistema impuesto por la directiva. b) El protagonismo de las partes: principio de subsidiariedad horizontal. c) El papel del legislador nacional: subsidiariedad vertical. 3. Coordinación del régimen de implicación de la SE con el Comité de empresa Europeo y otras directivas.—III. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Después de tres décadas en el punto de mira del legislador comunitario, el Estatuto para una Sociedad Anónima Europea vio la luz mediante el Reglamento 2157/2001 y su complementaria Directiva 2001/86, ambos con fecha de 8 de octubre. No obstante, dada la envergadura del proyecto y la multiplicidad de materias e intereses en juego, se ha configurado un régimen jurídico extraordinariamente complejo. Uno de los mayores escollos con los que se encontró el mencionado Estatuto fue la diversidad de niveles y sistemas de implicación de los trabajadores en las sociedades capitalistas de los distintos Estados miembros. Tanto «la representación y defensa colectiva de los trabajadores, incluida la codeterminación», como «la información y consulta de los mismos en el marco de la empresa», se encuentran contenidos en el artículo 137 del Tratado de la Unión Europea [1], por lo que las instituciones comunitarias, fundamentalmente el Consejo, tienen competencia para legislar de forma concurrente con los Estados sobre estas materias [2]. Esta concurrencia enlaza directamente con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que rigen en el presente del Derecho Social Comunitario. El primero consiste en que el legislador europeo intervenga única y exclusivamente en aquellos asuntos en los que sin su actuación no sería posible alcanzar los objetivos propuestos; íntimamente relacionado con éste, el segundo postula que cualquier acción de la Comunidad no debe ir más

---

[1] Aunque la propia directiva indica que su base legal se encuentra en el artículo 308 del Tratado de la Comunidad Europea, consideramos que una referencia a ese artículo 137 del Tratado de Amsterdam hubiese resultado más correcta. En este sentido: OLIVELLI, P.: «Rapresentanza colletiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese», *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*. núm. 107, 2005, p. 340.

[2] *Vid.* VAN EECKHOUTE, W.: *The making of social law in the European Union.* Ponencia General al Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Bolonia, 2005 (pendiente de publicación en papel).

lejos de lo necesario para lograr esas metas fijadas [3]. Con base a estos principios y de conformidad a la tendencia actual del Derecho Comunitario, más proclive a coordinar y proporcionar unos mínimos comunes que a armonizar de forma estricta [4], la citada Directiva 2001/81 complementa el Reglamento 2157/2001 en lo referente a la implicación de los trabajadores en las SE.

Al margen de esa dicotomía Estados-Comunidad, el Tratado de la Unión Europea, como nuestro legislador nacional, reconoce ciertas facultades normativas a las negociaciones llevadas a cabo por los trabajadores con los empresarios [5]. En teste sentido, la Directiva 2001/86 ha sido una de las normas que mayor protagonismo ha conferido a esas partes negociadoras, que van a ser quienes, en último término, decidan sobre el régimen de implicación que desean tener en la futura SE. Esta circunstancia, por un lado, ha complicado aún más el entramado de fuentes de la SE, pero por otro, ha sido una medida de prevención a que los Estados miembros, con sistemas de participación tan diferentes entre sí, nacionalicen en exceso el sistema y, en cierto modo, ha contribuido a una mejor realización de los objetivos marcados.

En el ámbito europeo, como ya nos hemos referido, se entiende la implicación de los trabajadores de muy distintas maneras; concretamente, los puntos más conflictivos son: quién debe ser el interlocutor entre los trabajadores y la empresa [6] y, sobre todo, qué grado de implicación deben tener aquellos en ésta. En primer lugar, debemos distinguir los países «monistas» [7], donde los sindicatos son un canal representativo único o, al menos, muy privilegiado, de los «dualistas», en los que existe una instancia de carácter electivo en la que participan los trabajadores de la empresa o centro de trabajo [8]. Respecto al nivel de implicación de los empleados en la empresa, la diferenciación más relevante que puede hacerse es, sin ninguna duda, la que existe entre los países con sistemas de cogestión, y aquellos que no los tienen [9]; los primeros no querían privar de esos derechos codecisorios a los trabajadores de

---

[3] Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*. CES, Madrid, 2003, p. 109. Van Eeckhoute, W.: *The making of social…* cit. Ojeda Avilés: «Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario», en *RL I*, 1994, p. 1380.

[4] Sobre ello reflexiona con detalle Sciarra, S.: «The "Making" of EU Labour Law and the future of Labour Lawyers», en VV.AA.: *The Future of Labour Law: Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC.* Hart Publishing, Oxford y Porland, 2004, p. 201 y ss.

[5] *Vid.* artículos 136, 137 y 139 TUE y artículo 3 LET.

[6] El Informe Davignon da buena cuenta de esta diversidad en su «Anexo» y nos muestra una comparación entre las distintas legislaciones.

[7] Por ejemplo: Suecia, Finlandia, Irlanda y, tradicionalmente, Reino Unido (Anexo del informe cit.).

[8] Entre otros: Alemania, Austria, Francia, Grecia, Portugal, Holanda o España (Anexo del informe cit.).

[9] Por ejemplo, Alemania, Austria, Holanda o Dinamarca (Anexo del informe cit.).

sociedades de ellos dependientes, y los segundos veían con natural recelo semejante ampliación de los derechos sociales colectivos [10]. Como veremos a lo largo de este trabajo, a pesar de que la implicación de los trabajadores en la SE, indudablemente, requiere de una importante intervención del legislador comunitario, la concesión del aludido margen de actuación a los Estados y a las propias partes implicadas, junto con el desarrollo del denominado principio antes-después, que más adelante se explicará, contribuyó a desbloquear las negociaciones para la aprobación del Estatuto de la SE [11].

No podemos pasar por alto una última circunstancia que añade complejidad al entramado normativo regulador de la implicación de los trabajadores en la SE. Se trata de la posible coincidencia de las futuras SE con las denominadas empresas de dimensión comunitaria, cuyos derechos de información y consulta ya se encuentran regulados por la Directiva 94/45, de 22 de septiembre, sobre Comité de Empresa Europeo. Esto ha constituido un antecedente metodológico del sistema que la Directiva 2001/86 ha configurado sobre los procedimientos para introducir los regímenes de implicación de los trabajadores en la SE. De igual modo, aunque con la dificultad añadida que supone la falta de cualquier mención normativa expresa, parece obligado referirse someramente a la relación entre la implicación de los trabajadores en las SE y otras directivas, particularmente con la 2002/14, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general para la información y consulta.

II. FUENTES DE LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE: UN COMPLEJO ENTRAMADO NORMATIVO

1. Algunas cuestiones previas

1.a) Un régimen desdoblado

Como se ha aludido en la introducción de este trabajo, lo que es propiamente el Estatuto de la SE fue regulado por un Reglamento Comunitario de naturaleza principalmente mercantil (Reglamento 2157/

---

[10] Cfr. VASQUEZ, F.: «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva», en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal* (coord.: Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), Marcial Pons, 2005, pp. 925-926. MATORRAS DÍAZ-CANEJA: «Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *Noticias de la Unión Europea,* núm. 229, 2004, pp. 71-72.

[11] En referencia la Directiva 94/45: «la negativa a asumir modelos extraños ha sido satisfecha con el respeto a los modelos negociados», en GÓMEZ GORDILLO: *El Comité de Empresa Europeo*…, cit., p. 102.

2001, de 8 de octubre de 2001), lo cual resulta coherente teniendo en cuenta que el objeto primero y principal era la «creación de un novedoso tipo societario de dimensión europea [12]. Por su parte, los aspectos de mayor interés para los laboralistas, aquellos relativos a la implicación de los trabajadores, se desarrollaron separadamente en una directiva complementaria. Desde luego, no podemos entender esa Directiva 2001/86 CE sin tener presente el contenido del Reglamento, de la misma forma que el Reglamento estaría incompleto sin la Directiva; consecuentemente, por formar dos partes de un todo, debemos complementar ambas disposiciones. En cualquier caso, los aspectos societarios de la SE, a pesar de haberse desarrollado en un instrumento de aplicación directa, dadas las continuas remisiones y reenvíos de éste al legislador nacional, requirieron igualmente de una «implementación *sui generis*» en los ordenamientos de los Estados Miembros. En este sentido, también se ha llevado a cabo un desdoblamiento en la regulación interna de nuestro país, puesto que, por un lado, se aprobó la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la SE domiciliada en España, añadiendo un nuevo capítulo (XII) a la Ley de Sociedades Anónimas; mientras que, por otro lado, la transposición de la Directiva está ahora en trámites parlamentarios de elaboración (Proyecto de Ley de 25 de noviembre de 2005) [13].

1.b) Terminología empleada

Uno de los aspectos que conforman el «núcleo duro» de la Directiva 2001/86 es el constituido en su artículo 2, sobre definiciones de los términos empleados en la misma. Esta disposición, que apenas se remite a los Estados ni a la negociación colectiva [14], lo que hace, de forma muy similar a la Directiva sobre el Comité de empresa Europeo [15], es dar una

---

[12] García Romero, B.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», en *REDT* núm. 113, p. 86. «Ni en la parte societaria ni en la parte laboral nos vemos en el campo de la armonización, sino en el de la elaboración de normas específicas para una "nueva" empresa». *Vid.* Esteban Velasco, G.: «Participación de los trabajadores en la Sociedad Europea. ¿Más cerca de un compromiso político?», en VV.AA.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, McGraw Hill, Madrid, 2002, vol. II, p. 1696.

[13] El informe del Consejo de Estado de 21 de diciembre de 2004 dio su visto bueno a la separación de reglamentaciones; una elaborada por el Ministerio de Justicia, y otra por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, apoyándose, para ello, en un informe de este último ministerio, que alega que: «la elevación inicial y simultánea al Consejo de Ministros no es imprescindible para la coordinación que, por otro lado, es necesaria».

[14] La excepción es el concepto de «representante de los trabajadores», que se remite a lo previsto en las prácticas y legislaciones nacionales [apdo. e) del art. 2].

[15] Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*. CES, Madrid, 2003, p. 134. Correa Carrasco, M.: «Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo», en *TL,* núm. 53, p. 18.

regulación precisa y homogénea de los conceptos básicos a los que se refieren los artículos posteriores. De las once definiciones contenidas interesa, aquí, precisar lo que la Directiva entiende por «implicación y «participación».

Normalmente, tanto nuestro derecho positivo como nuestra doctrina científica suelen referirse a la «participación de los trabajadores» en un sentido amplio, algo así como «una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de sus representantes o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio de poder» [16]. Sin embargo, la directiva, cuando se refiere a esta participación *lato sensu* utiliza el término «implicación», reservándose el término «participación» para lo que en España se entiende habitualmente por «cogestión» [17].

2. Los principios inspiradores de la implicación de trabajadores en la SE

a) El principio antes-después como vertebrador del sistema impuesto por la Directiva

Como nos hemos referido en la introducción de este trabajo, una de las claves para sacar adelante la normativa de implicación de los trabajadores en la SE fue la introducción en la misma del llamado principio antes-después. Hemos de tener presente que la doctrina «antes-después» no se manifiesta sólo en una cláusula o un artículo de la Directiva 2001/86, sino que se trata de un verdadero pilar sobre el que se vertebra toda la regulación de la implicación de los trabajadores en las SE.

---

[16] En este sentido, Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT*, núm. 84, 1997, p. 494.

[17] Dentro de esa categoría genérica, la Directiva diferencia tres categorías o tipos de implicación: la *información,* que supone un derecho con naturaleza autónoma, que, al mismo tiempo, constituye una premisa necesaria para el ejercicio de derechos y actuaciones posteriores; el *derecho de consulta,* que implica la apertura de un diálogo entre los trabajadores y los órganos de la sociedad; y la *participación,* entendida en sentido estricto como equivalente de «cogestión» o «codecisión», que, según la orientación de la Directiva, se manifiesta en una cierta «influencia» de los trabajadores en la configuración de los órganos de gestión y dirección de la empresa: nombrando, vetando, eligiendo o designando una cuota determinada de los miembros que componen dicho órgano. Una de las dificulatades con las que nos topamos es ver cuáles son esos órganos. En este sentido, la Ley 19/2005 permite, en el nuevo artículo 327 de la LSA, que las SE domiciliadas en España opten por un sistema de administración monista o dualista, ejerciendo los trabajadores su influencia sobre el propio Consejo de Administración, en el primer caso, y sobre el Consejo de Vigilancia, en el segundo.

Esta doctrina del antes-después se define como un principio de conservación de los derechos adquiridos por los trabajadores de las sociedades nacionales «con anterioridad» a la constitución de la SE, pero de forma que no se obligue a esas sociedades fundadoras a establecer «después» sistemas de participación más favorables [18]. Se pretende lograr, así, el «justo equilibrio» entre, por una parte, la obligación de proteger los derechos colectivos adquiridos a nivel nacional, y por otra, la conveniencia de no imponer «en exceso» un sistema de participación en aquellos estados en los que no lo había [19].

El origen de esta estrategia, en nuestra opinión, no se remonta a un momento concreto del proceso de elaboración de la Directiva 2001/86, sino que se fue desarrollando y cobrando importancia conforme éste avanzaba. No obstante, en este sentido, sí se pueden destacar tres hitos que contribuyeron a dar forma definitiva al principio: la elaboración del informe del grupo de expertos presidido por Etiene Davignon en los años 1996 y 1997; el establecimiento en 1999, bajo presidencia austríaca, de un sistema de mayorías cualificadas para la disminución o renuncia de derechos; y la introducción de la cláusula «opting-out» en el año 2000, bajo presidencia francesa, por mor del gobierno español.

En lo sucesivo, veremos cómo este principio antes-después condiciona todo el entramado normativo de la participación en las SE, pudiéndose apreciar manifestaciones de aquél en todas las capas de éste.

b) El protagonismo de las partes: subsidiariedad horizontal

En la actualidad, la elaboración de una norma de Derecho social europeo, comúnmente, precisa ser complementada por los legisladores y agentes sociales de los Estados Miembros; los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, en virtud de los cuales la acción comunitaria debe limitarse al mínimo imprescindible para alcanzar los objetivos propuestos, obligan a ello. Desde hace ya algunos años, la doctrina

---

[18] Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal* (Coord.: Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.) Marcial Pons, 2005, p. 999.

[19] En este sentido, Vasquez, F.: *La participación de...,* cit., p. 927, habla de este «enfoque» antes-después. Valdés Dal Ré: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)», en AA.VV.: *La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal (*Coord. Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L.), Marcial Pons, 2005, p. 1098, afirma que el principio antes-después es el «principio de organización» de los derechos de implicación.

viene distinguiendo entre una subsidiariedad vertical o pública [20], la clásica, que hace referencia al margen de actuación de los Estados en virtud de una concurrencia de competencias; y la subsidiariedad horizontal o privada [21], ateniente a la conveniencia o necesidad de intervención de los trabajadores y empresarios por vía de la negociación colectiva. Esta segunda vertiente del principio se podría definir, *in genere*, como toda actuación de los interlocutores sociales europeos en la configuración del Derecho comunitario, lo que se traduce, en la realidad, en la existencia de unos mecanismos consultivos en el proceso de elaboración de la normativa social europea y en la posibilidad de trasponer o, al menos, complementar directivas [22].

Siguiendo una estrategia bastante parecida a la utilizada en la Directiva 94/45 sobre Comité de empresa Europeo, que podemos considerar una disposición hermanada con la presente Directiva 2001/86 [23], el legislador comunitario ha establecido que sean las propias partes interesadas, esto es, las sociedades partícipes de la constitución de la SE y los trabajadores de ellas dependientes, las que establezcan el régimen de implicación que se aplicará a la Sociedad Anónima Europea resultante. Esta política de dar prioridad a los acuerdos establecidos por vía de la negociación colectiva, asignándoles a éstos un papel «quasi legislativo» o normativo a un «micro-nivel» dentro del ámbito comunitario [24], responde al principio de subsidiariedad horizontal y cumple, según nuestra opinión, con la máxima de que se regule cada materia en la instancia y por los sujetos idóneos para alcanzar el objeto propuesto, consecuen-

---

[20] Siendo los términos «vertical»-«horizontal» los más utilizados por la doctrina nacional e internacional, MIRANDA BOTO, J. M.: «El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social», en *RMTAS*, núm. 47, pp. 112, 128-138. EECKHOUTE, W.: *The making of social...,* cit. Algún autor importante, por el contrario, prefiere las denominaciones de «público»-«privado»: OJEDA AVILÉS: *Subsidiariedad y...,* cit., *passim.* Uno de los primeros estudios sobre el tema en nuestro país se refiere a una subsidiariedad «en su sentido horizontal», expresando de una forma más gráfica la existencia de un único principio que se manifiesta en dos vertientes. *Vid.* CASAS BAAMONDE, M. E.: «Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social», en *RL I,* 1993, p. 43 y ss.

[21] La exposición de motivos del proyecto de Ley, de 25 de noviembre de 2005, sobre implementación de la directiva, en su parte II, se refiere a la aplicación de la dimensión vertical y horizontal del principio de subsidiariedad.

[22] La consulta se articula, principalmente, a través del Comité Económico y Social Europeo. Respecto de todo este tema, *vid.* EECKHOUTE, W.: *The making of social...,* cit.

[23] «Sin alcanzar la condición de norma clónica, aquella directiva constituye una buena réplica de las soluciones aprestadas por ésta». VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: Un paradigma del nuevo Derecho Comunitario», en *RL I*, 2003, p. 157.

[24] BIAGI, M.: «The quality factor in community industrial relations: building on the first report of European Commission», en VV.AA.: *Towards a European Model of Industrial Relations?* The Hague. Kluwer International Law , 2001, pp. 4 y 5.

cia inmediata del propio principio de subsidiariedad [25]. Concretamente, para este fin, la Directiva 2001/86 establece en sus artículos 3, 4 y 5 un procedimiento de negociación entre lo que denomina «Comisión Negociadora», compuesta por representantes de los trabajadores, y las sociedades estatales participantes. Esa negociación, a la luz del artículo 12 del Proyecto de Ley en curso, desembocará en lo que nuestro Derecho Interno se entiende por un «convenio colectivo de carácter estatutario» [26].

Parece evidente que dejar los derechos laborales colectivos al arbitrio de lo que contractualmente los interesados determinen entraña el riesgo de que la parte fuerte, el banco empresarial, se imponga frente a la parte débil, el banco social, convirtiéndose la constitución de SE en un mecanismo para concentrar capitales al tiempo que se merman los derechos de participación, consulta e, incluso, información, reconocidos a los trabajadores a escala nacional. Es aquí donde entra el comentado principio antes-después de conservación de derechos adquiridos. En este sentido, aunque es cierto que la Directiva permite a las partes, con la salvedad de las SE constituidas por «transformación», reducir los derechos de participación o, incluso, renunciar a unos procedimientos de información y consulta de trabajadores a escala europea, exige para ello que la Comisión Negociadora adopte esa decisión por mayoría cualificada de dos tercios [27], siendo, además, un dato significativo que la «referencia» que para esa merma de participación se toma es la proporción «más alta» de representantes de trabajadores existente en los órganos de dirección de las sociedades constituyentes.

La segunda, y probablemente principal, garantía que establece la Directiva 2001/86 para la salvaguarda de los derechos adquiridos de participación y para el establecimiento de unos mínimos de información y consulta es el establecimiento, en el anexo de la misma, de las denominadas «disposiciones de referencia», esto es, unas normas de carácter supletorio que rigen la implicación de los trabajadores en caso de que la negociación entre las partes falle por alguna circunstancia. Concretamente, la transposición que de estas disposiciones de referencia haga el

---

[25] *Vid.* Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*, CES, Madrid, 2003, pp. 78-79 y, respecto de lograr adecuadamente los fines propuestos, Ojeda Avilés: *Subsidiariedad y...,* cit., p. 1380 y ss., donde también, en un sentido parecido, se dice que «la subsidiariedad favorece el tratamiento contractualista en el área del Derecho del Trabajo».

[26] Lo mismo se hizo en el artículo 13 de la Ley 10/1997 de transposición de la DCEE. A este respecto: Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...,* cit., p. 1062.

[27] Dos tercios de los miembros de la comisión negociadora (íntegramente compuesta por representantes de trabajadores), que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos que de los miembros que representen a los trabajadores contratados en, al menos, dos estados». Artículos 3.4 y 3.6 de la DITSE.

Estado miembro en que se inscriba la SE va a ser directamente aplicable en cuatro casos: en primer lugar, cuando las partes así lo decidan, tal y como indica el apartado 1 a) del artículo 7, en una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad; en segundo lugar, cuando no se alcance un acuerdo en el plazo debido, según la letra b) del mismo artículo; y, aunque no se señale de forma explícita por ningún precepto, en los supuestos de ruptura de las negociaciones, siempre que no se haya hecho la mención expresa del artículo 3.6 [28], y de nulidad del acuerdo alcanzado [29]. De este modo, los representantes de los empleados, van a afrontar las negociaciones con la certeza de que, aun en caso de no lograr un acuerdo satisfactorio, contarán con un órgano de representación de trabajadores que asuma las competencias sobre información y consulta a escala comunitaria y con la conservación de los derechos de codecisión ya reconocidos [30], en los supuestos en que la participación en los órganos de dirección esté extendida entre las sociedades partícipes.

Al respecto de la cogestión (parte tercera del anexo) procede, sin embargo, hacer algunas precisiones. Como ya se ha aludido, ante las reticencias de países como el nuestro a tener sociedades en régimen de participación en su territorio, se introdujo la cláusula «opting-out»: en concreto, se dio a los Estados la posibilidad de no aplicar las disposiciones concernientes a la cogestión, para el caso de SE constituidas mediante fusión. No obstante, el empleo de esta cláusula de salvaguarda está muy matizada por el artículo 12.3 del Reglamento, que condiciona el registro de una SE en un Estado que haya ejercitado el «opting-out» a que se alcance un acuerdo que incluya fórmulas de participación de los trabajadores, o bien, a que las sociedades nacionales partícipes en la constitución de la SE no estuvieran antes afectadas por régimen de cogestión alguno. Es por ello que se puede afirmar que el principio antes-después no queda afectado. Es más, aun en caso de que el porcentaje de empleados afectados por un sistema de cogestión no alcance las cuotas establecidas, el artículo 7 de la Directiva confiere a la Comisión Negociadora (íntegramente compuesta por representantes de los trabaja-

---

[28] Dicho supuesto bien pudiera incluirse en el artículo 7.1.b), sin embargo, por motivos didácticos, consideramos acertada la triple división efectuada en: Matorras Díaz-Caneja: *Las fórmulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea,* cit., pp. 76 y 87.

[29] Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...*, cit., p. 1064.

[30] En referencia a las disposiciones subsidiarias de la DCEE, se dijo que cumplían una función de «sanción amenazada», expresión perfectamente trasladable a estas «disposiciones de referencia». *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Por un modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho comunitario y en el ordenamiento español: Problema, sistema y método», en *RMTAS,* núm. 7, 1998, p. 49.

dores) la potestad unilateral de trasladar ese derecho minoritario al plano europeo de la nueva sociedad constituida [31].

c) El papel del legislador nacional: subsidiariedad vertical

A pesar de que, como se ha dejado claro en el epígrafe anterior, los verdaderos protagonistas de la configuración del régimen de implicación de trabajadores en las SE son las propias sociedades partícipes y sus empleados, los Estados conservan, en virtud del principio de subsidiariedad, ciertas competencias al respecto. En este sentido, la intervención legislativa más relevante a nivel interno es la transposición de la Directiva 2001/86 que lleve a cabo el Estado miembro en el que se pretende inscribir la SE resultante. La aplicación de esta norma de transposición constituye una excepción al Convenio de Roma, que estableció como norma aplicable a los trabajadores por cuenta ajena la del Estado donde éstos prestasen sus servicios [32]. Pues bien, en lo concerniente a su implicación en la SE, esta regla general se ha sustituido por la aplicación del principio de eficacia transnacional de las normas. En cualquier caso, dada la complejidad del mencionado régimen, este ordenamiento de registro, de general aplicación para la SE, resulta, por sí mismo, insuficiente y, de forma obligatoria, deberá ser completado por el Derecho de otros países en los que las sociedades constituyentes, la propia SE o las filiales de ésta cuenten con trabajadores. A continuación, presentamos un breve estudio sobre la relación existente entre la Directiva comunitaria y las disposiciones de Derecho interno, en el que se toma como principal referencia el Proyecto de Ley español de 25 de noviembre de 2005.

A diferencia de la Directiva sobre Comité de Empresa Europeo, la Directiva 2001/86 no prevé específicamente su transposición por vía de la negociación colectiva [33], a pesar de ello, la doctrina sigue reconociendo esta posibilidad a los agentes sociales de los Estados miembros [34], lo

---

[31] La técnica legislativa utilizada en el mencionado precepto no es la más adecuada. Cabe plantear la duda de si, para los supuestos de la *SE fus*ión y la *SE ho*lding basta que el sistema de participación afecte a una filial de las sociedades partícipes en la constitución; para más detalle: Casas Baamonde, M. E.: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea,* cit., p. 1027. Además, en nuestra opinión, la utilización de dos «párrafos» o «guiones» diferenciados en los apartados b) y c) del artículo 7 supone una complicación innecesaria e induce a pensar que la CN se ve obligada a defender la cogestión en la SE cuando se sobrepasan esos porcentajes, circunstancia que, para nada, es cierta, dado que, como se ha advertido, ésta puede acordar incluso la «no implicación a escala europea».

[32] Artículo 6.2 del Convenio de Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980.

[33] Cfr. artículo 14 de una y otra directiva.

[34] Eeckhoute, W.: *The making of social...,* cit. Vasquez, F.: *La participación de...,* cit., p. 942.

cual, a la luz del artículo 137.3 del Tratado de la Unión Europea parece acertado. No obstante, y a pesar de que pudiera parecer que lo idóneo para esta materia sea la transposición por vía autónoma, la mayoría de los Estados, únicos responsables de la adecuada transposición de la normativa comunitaria, han preferido la vía herterónoma como medio de implementación de estas directivas. La dificultad técnica de la materia y la habitual falta de eficacia de las negociaciones en el ámbito interprofesional parecen dar la razón a los países que [35], como el nuestro, han optado por la vía legislativa tradicional. Además, si se examinan las transposiciones de la Directiva 94/45 hechas por acuerdo en Italia, Noruega y Bélgica [36], se aprecia como, en mayor o menor medida, se requirió una cierta intervención legislativa [37].

De forma bastante similar a la norma comunitaria sobre el Comité de Empresa Europeo, en la Directiva 2001/45 podemos distinguir, por un lado, un bloque normativo con elevado grado de imperatividad, que presenta un escaso margen de discrecionalidad para los Estados, ubicado en el articulado e integrado, mayoritariamente, por reglas de carácter procedimental [38]; y, por otro, un segundo bloque de normas sustantivas, ubicadas en el anexo, que, a pesar de la remisión formal del artículo 7, en la práctica, vienen a cumplir la tradicional función del Derecho Social Comunitario de establecer un mínimo común en ciertos aspectos mejorable por los legisladores internos [39].

En esa primera parte dominan las relaciones de exclusión, como la definición de los términos o las líneas maestras del propio procedimiento de negociación, y de complementariedad, donde la normativa comunitaria ha creído necesario recurrir a la técnica de la remisión o del reenvío [40]. Esto es, consecuencia de la preferencia conferida a la negociación colectiva, cada Estado miembro se ha de limitar a reproducir

---

[35] Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*…, cit., pp. 126 y 127.

[36] En Italia, Acuerdo interconfederal de 6 del 11 de 1996; en Noruega, país no perteneciente a la UE, pero miembro del Espacio Económico Europeo, el acuerdo de 30 del 11 de 1995; y en Bélgica, el acuerdo núm. 62 de 6 del 11 de 1996. La transposición de la DITSE en Italia ha vuelto a ser por vía legislativa: Decreto legislativo núm. 188 de 19 de agosto de 2005; circunstancia que de por sí pone en tela de juicio el éxito del acuerdo interconfederal de 1996.

[37] Natullio, G.: «I Comitati aziendali europei e le procedure di informazione e consultazione nelle imprese europee: La Direttiva 94/45 CE e la sua attuazione in Italia», en Zoppoli, L. (Coord.): *L'attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei unánalisi comparata.* Edizione Scientifiche Italian. Nápoles, 1998, p. 41 y ss.; y E sposito, M.: «Contrattazione collettiva, accordi aziendali e Comitati aziendali europei», en la misma obra, pp. 119 y ss.

[38] Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*…, cit., p. 103.

[39] *Vid.* Correa Carrasco, M.: *Concurrencia y articulación...,* cit., p. 17. Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo*…, cit., p. 105.

[40] Correa Carrasco, M.: *Concurrencia y articulación...,* cit., p. 13.

la Directiva 2001/86 completándola en los aspectos en que ésta a ellos se remite.

Antes de proceder a enunciar cuáles son los aspectos en los que es precisa esa intervención legislativa interna y su correspondiente reflejo en el Proyecto de Ley español, consideramos pertinente hacer una aclaración. La Directiva 2002/14, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea, de 11 de marzo, obliga a los Estados miembros, como su propio título denota, a establecer unos mínimos de información y consulta para las empresas que radiquen en su territorio, estableciendo, al contrario de la Directiva 2001/86, un catálogo de informaciones de obligado cumplimiento [41]. Pues bien, teniendo en consideración que esta directiva no excluye explícitamente, como sí lo hace respecto del Comité de Empresa Europeo [42], a las SE de su ámbito de aplicación, cabe plantearse la duda de si en virtud de la misma o de cualquier otra disposición de carácter interno, los Estados Miembros pueden condicionar la negociación para la implicación de trabajadores en la SE; esto es, que el acuerdo alcanzado no pueda suponer una renuncia a los derechos de información y consulta que establece para sus sociedades el Estado de registro. Pues bien, aunque cabe criticar la ignorancia de la Directiva 2002/14 sobre la existencia de la Directiva 2001/86, consideramos que ambas disposiciones se sitúan en un plano diferente: la Directiva de implicación en la SE establece su ámbito de actuación respecto de «las materias que sobrepasen o excedan del ámbito estrictamente nacional» [43], quedando a salvo los derechos de información y consulta reconocidos para los centros de trabajo a nivel interno por cada Estado [44]. Es por ello que, como se ha venido expresando, la prioridad de la negociación colectiva respecto de los trabajadores a escala europea, tanto vía SE como CEE, es absoluta [45].

Aunque sin ánimo de exhaustividad, llegados a este punto, interesa hacer una somera exposición sobre cómo está abordando el legislador español algunos de los principales puntos en los que la Directiva 2001/86 requiere de su intervención para la configuración del régimen de las SE registradas en nuestro país.

---

[41] Artículo.4 de la Directiva 14/2002.

[42] Artículo 9.1 de la misma. Además, tampoco se refiere a la DITSE en la exposición de motivos. Tal vez, la coincidencia del proceso de elaboración de ambas normas explique, en cierto modo, su falta de coordinación.

[43] VALDÉS DAL-RÉ: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: Un paradigma del nuevo Derecho Comunitario», en *RL* I, 2003, p. 155.

[44] Artículo 13.3 a).

[45] En este sentido se ha expresado la doctrina, por citar algunos ejemplos: VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...,* cit., p. 153. CORREA CARRASCO, M.: *Concurrencia y articulación...,* cit., p. 18. GÓMEZ GORDILLO: *El Comité de Empresa Europeo*…, cit., pp. 78 y 87.

En primer lugar, la normativa comunitaria parece dejar algunos cabos sueltos en cuanto a la composición y funcionamiento de la Comisión negociadora [46]: así, la posibilidad de integrar o no en ella, en calidad de miembros de pleno derecho, a representantes sindicales que no trabajen para ninguna de las sociedades partícipes; a este respecto, el Proyecto de Ley de 25 de noviembre de 2005 ha establecido, en su artículo 7.2, cómo computar la presencia de estos sindicalistas no empleados [47]. Por otro lado, en el apartado de «gastos», el 9.7 del proyecto limita (a uno) la financiación obligatoria de «expertos» que asisten a la Comisión durante el periodo de negociación [48]. Por su parte, por remisión de la norma comunitaria, el artículo 22 del proyecto regula el régimen de «reserva y confidencialidad» que deben guardar tanto los miembros de la Comisión Negociadora como los del Órgano de Representación de la SE [49]. Aunque de forma tal vez insuficiente, el artículo 26 recoge los mecanismos de protección de los derechos de implicación en caso de utilizarse el procedimiento de constitución de la SE en fraude de los mismos [50]. A pesar de no existir una remisión ni un reenvío explícitos por parte de la Directiva [51], el Proyecto de Ley se ocupa de algunos aspectos de carácter procesal como la capacidad de la Comisión y del Órgano de Representación (art. 24), la jurisdicción y competencia (arts. 33 y 34), la legitimación (art. 35), la legislación y modalidades procesales aplicables (arts. 36 y 37) o la solución extrajudicial de conflictos (art. 38) [52].

---

[46] Sobre la forma del cálculo del número de trabajadores, referencia imprescindible para la elección proporcional de representantes, el artículo 21 del Proyecto de Ley incluye a los trabajadores temporales y a tiempo parcial.

[47] Hallamos la remisión en el artículo 3.2 b) DITSE. En este sentido, el párrafo 2.º de ese 7.2 del proyecto, donde se determinan las reglas de representación mínima de todas las sociedades partícipes, establece cómo se presume que esos sindicalistas que no son trabajadores representan a todas las sociedades que emplean trabajadores en ese Estado.

[48] Posibilidad ofrecida a los Estados por la DITSE en su artículo 3.7.

[49] *Vid.* artículo 8 DITSE. Al respecto, el 22 del proyecto determina cómo las empresas pueden facilitar información «confidencial» a los representantes de los trabajadores y cómo éstos deben guardar sigilo respecto de terceros. Entre las informaciones que se pueden omitir a estos órganos de representación no deben encontrarse aquéllas que guarden relación con el volumen de empleo.

[50] *Vid.* artículo 11 DITSE. El 22 del proyecto indica que si el propósito fraudulento se declara por sentencia judicial debe procederse a un nuevo proceso de negociación de los derechos de implicación, igual al que inicialmente no sirvió para evitar dicho fraude.

[51] Aunque sí existe una referencia en el artículo 12.2 DITSE a que los Estados garanticen el cumplimiento de la normativa por los cauces administrativos y judiciales más adecuados. *Vid.* Rivero Lamas, J.: «La Sociedad Europea y la experiencia española sobre derechos de información y participación de los trabajadores», en *Convegno Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori,* Viterbo, 2005, p. 39.

[52] La modalidad procesal con la que se corresponde será la de conflicto colectivo, con excepción de la impugnación de acuerdos, que, en buena lógica, siguen los cauces de la «impugnación de convenios colectivos».

Como antes anticipábamos, la legislación del Estado de registro de la SE no agota la regulación de la implicación de los trabajadores de la misma, siendo preciso acudir a las legislaciones internas de aquellos otros países donde las sociedades partícipes o la propia SE ya constituida emplean trabajadores. En primer lugar, a esos otros Estados les corresponde determinar la propia noción de los «representantes de los trabajadores» correspondientes a su territorio y la forma de designación de éstos como miembros de la Comisión Negociadora y el Órgano de Representación Comunitaria. Otro aspecto importante en el que debemos atender a la legislación del país de empleo es el referente a la protección de los representantes de los trabajadores; en esta materia sí se aprecia una cierta relación de suplementariedad entre el plano comunitario y el nacional, en el sentido de que es posible conferir un plus de protección al ofrecido por la normativa europea, tal y como lo hace el artículo 31 del proyecto español [53]. Por último, debe hacerse referencia al precitado artículo 13.3 de la Directiva 2001/86, relativo a la conservación de los derechos de implicación a escala interna para las filiales y centros de trabajo sin personalidad jurídica.

Por otro lado, el segundo bloque normativo, el que integran las disposiciones de referencia, a pesar de su «remisión» formal a lo que dispongan los Estados miembros, cumple en la práctica, como se ha avanzado, con la tradicional función de posibilitar el ejercicio de unos derechos mínimos comunes sobre los que, ahora sí, se permite a las leyes estatales de recepción realizar ciertas mejoras, en base a una relación de suplementariedad entre el plano nacional y comunitario [54]. A pesar de ello, el Capítulo II del Título I del Proyecto de Ley español ha optado por reproducir, de forma casi literal, el Anexo de la Directiva, lo cual, bajo nuestro punto de vista, debe valorarse de forma positiva [55], pues un excesivo intervencionismo diferenciador de los Estados no haría sino difuminar aún más el ideal de un modelo único de Sociedad Anónima Europea y crear una coyuntura propicia para el «dumping» o «shopping» societario» [56]. Finalmente, no se puede dejar de señalar como,

---

[53] La directiva, en su artículo 10 se remite a la protección y garantía previstas en el país de empleo; en el apartado 3 del artículo 31, sobre protección de los representantes de los trabajadores, se concede a los miembros de la CN o del ORT un crédito adicional de 60 horas.

[54] Sea el contenido de la información y materias sobre las que ésta y la consulta han de versar el ejemplo más claro. Podemos reiterar lo dicho a propósito de la DCCE, casi idéntica en este sentido, por algunos autores. *Vid.* Correa Carrasco, M.: *Concurrencia y articulación...,* cit., p. 17. Gómez Gordillo: *El Comité de Empresa Europeo…*, cit., p. 105.

[55] La misma conclusión se extrae de leer Correa Carrasco, M.: *Concurrencia y articulación...,* cit., p. 27.

[56] Cfr. Rivero Lamas, J.: «La Sociedad Europea y la experiencia española sobre derechos de información y participación de los trabajadores», en *Convegno Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori,* Viterbo, 2005, p. 11.

después de la aparente insistencia del Gobierno español para incluir, durante el proceso de negociación de la Directiva, la mencionada cláusula «opting-out», el Proyecto de Ley renuncia a recogerla; hecho cuya explicación sólo se puede encontrar en el cambio político producido en nuestro país tras las últimas elecciones generales.

Antes de concluir esta aproximación al tema de la implementación de la Directiva 2001/86 en los ordenamientos internos de los Estados miembros, parece conveniente plantear qué previsiones existen para los casos en que aquella se realice de forma incompleta o tardía. Una de las principales cuestiones conexas a tal transposición es la relativa al momento a partir del cual es posible constituir una SE. Pues bien, el Considerando 22 de la Exposición de Motivos del Reglamento 2157/2001 supedita su entrada en vigor a que «todos los Estados miembros puedan incorporar en su derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2001/86». ¿Quiere esto decir que hasta que el último de los veinticinco Estados miembros actuales no haya transpuesto la directiva no será posible la inscripción de la primera SE? [57] Tan radical conclusión parece, por muchos motivos, poco razonable. En primer lugar, téngase en cuenta que, si se hubiese querido imponer esta indirecta «ratificación» por los Estados, lo lógico hubiese sido llegar al «estatuto» por vía de convenio, y no por medio de un Reglamento, que, en principio, resulta de aplicación directa [58]. Además, la introducción del término «puedan», referido a esa incorporación, introduce un elemento de ambigüedad, pues qué pasa si un Estado «pudiendo» transponer no lo hace. Otro problema añadido es el del creciente número de Estados miembros; con una interpretación totalmente restrictiva se podría llegar al absurdo de que, validamente registradas las primeras SE, la adhesión de nuevos Estados supusiera dejar «suspendida» la constitución de aquéllas SE. Dicho esto, por razones pragmáticas parece lógico hacer una interpretación flexible de ese «considerando» 22, pues la negligencia o la mala fe de un solo Estado podría suponer el «bloqueo» de este proyecto que tanto esfuerzo ha costado sacar adelante; además, dada la complejidad del reglamento y la directiva, no parece que acudir a la eficacia vertical de ésta sea una solución apta. Siguiendo la opinión de algún autor [59], la

---

[57] A este respecto el Grupo de Expertos «SE», en su Documento de Trabajo núm. 5, de 4 de febrero, entendió que la entrada en vigor de la SE se produciría el 8 de octubre de 2004. No obstante, la falta de diligencia de la mayoría de los Estados miembros en la transposición de la normativa comunitaria correspondiente ha provocado muchas dudas al respecto de esta «solución».

[58] Así se hizo con los procedimientos de insolvencia en el Convenio de 23 de noviembre de 1995, que, posteriormente, tras la no ratificación por el Reino Unido, se «sustituyó» por el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, de contenido muy similar.

[59] *Vid.* VASQUEZ, F.: *La participación de los trabajadores...,* cit., p. 943. Aquí se dice que lo que no puede hacerse es inscribir la SE en un Estado miembro que no ha transpuesto la DITSE, ni validar la constitución de una SE en la que han participado sociedades

solución más acertada sería la de interpretar como comprendido en ese «todos los Estados miembros», sólo aquellos que tengan alguna relación con la constitución de la SE: esto es, por una parte, el Estado donde se pretende inscribir la sociedad resultante, y por otra, los Estados de las sociedades que toman parte en la constitución de esa SE, así como los de las filiales y establecimientos de estas sociedades que se vean afectados. Pero, ¿qué sucede cuando en el momento de iniciar el proceso de constitución no se ha transpuesto la norma comunitaria a alguno de esos ordenamientos afectados? Pues bien, de secundar esa interpretación flexibilizadora, cabría afirmar que el retraso no constituye un obstáculo insalvable siempre que la transposición haya tenido lugar en los Estados donde hemos dicho que ésta resulta imperativa antes de que el proceso constitutivo se consume con el registro, de tal forma que se puedan cumplir los trámites previstos [60].

Por otro lado, parece evidente que no siempre vamos a contar con transposiciones «perfectas»; es por ello, que resulta obligado plantearse también cómo afrontar una implementación incompleta. En este sentido, continuando con esa doctrina favorecedora de la flexibilización [61], cabe distinguir entre unas disposiciones «esenciales» y otras que revisten el carácter de «accesorias», resultando las primeras imprescindibles para la correcta constitución de SE y permitiéndose, por el contrario, ciertas deficiencias respecto de las segundas, siempre que éstas no afecten de forma sustancial al ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 2001/86.

3. Coordinación del régimen de implicación de la SE con el Comité de empresa Europeo y otras directivas

Como se advirtió en la introducción a este trabajo, es posible que se produzca una concurrencia entre el ámbito de aplicación de la normativa acerca del Comité de Empresa Europeo y la regulación sobre la implicación de trabajadores en la SE. Las consecuencias de esta posible concurrencia están resueltas en el artículo 13.1 de la Directiva 2001/86 en favor de la aplicación de sus propias disposiciones de transposición; esto

---

radicadas en Estados cuyos ordenamientos no han implementado la Directiva. También se veta la posibilidad de que la SE tenga filiales o establecimientos en Estados que no hayan implementado la normativa comunitaria. Otros autores, sin embargo, parecen quedarse en la interpretación literal de la exposición de motivos. Cfr. Rivero Lamas, J.: «La Sociedad Europea y la experiencia española sobre derechos de información y participación de los trabajadores», en *Convegno Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori,* Viterbo, 2005, p. 28.

[60] Vasquez, F.: *La participación de los trabajadores...,* cit., p. 943.

[61] *Vid.* Vasquez, F.: *La participación de los trabajadores...,* cit., p. 941 y ss.

es, en caso de que una SE sea a la vez una «empresa de dimensión comunitaria» en los términos de la Directiva 94/45, la normativa acerca del Comité de Empresa Europeo queda desplazada en su aplicación. No obstante, hay una excepción a esta regla general; el artículo 3.6 de la Directiva 2001/86 permite que la Comisión negociadora adopte un «acuerdo de no implicación» a escala europea, supuesto en el cual, la Directiva 94/45 y sus normas de implementación cobran el carácter de regulación aplicable, desplazando las disposiciones de referencia de la Directiva 2001/86, tal y como se sigue de interpretar de forma armónica ese artículo 3.6 con el segundo párrafo del 13.1 de esta última norma. De esta manera, se ofrece a los trabajadores la posibilidad de que, si creen que ésta les resulta más favorable, rijan sus relaciones colectivas a escala europea según las disposiciones de incorporación de la Directiva sobre Comité de Empresa Europeo [62]. En nuestra opinión, nos encontramos, de nuevo, ante una muestra más del comentado principio «antes-después».

Al margen de esa Directiva 94/45, existen otras disposiciones de nivel comunitario que, en mayor o menor grado, guardan cierta relación respecto de la implicación de los trabajadores en la SE. Sin embargo, en aras de la brevedad que se impone a esta comunicación, nos limitamos a hacer una mera referencia a algunas de ellas. En este sentido, es preciso referirse, en primer lugar, a la citada Directiva 2002/14, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general para la información y consulta; de otra parte, a la regulación de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea, incorporada por la Directiva 2003/72, de 22 de julio, referida a lo que se podría considerar una SE de carácter especial; y, finalmente, a la más reciente, Directiva 2005/56, de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, alternativa a la fusión de empresas por la vía de constituir una «SE fusión» [63].

III. CONCLUSIONES FINALES

La regulación de la implicación de los trabajadores en las SE se vertebra, como no podía ser de otra manera, a partir de una norma comunitaria, concretamente, la Directiva 2001/86, que establece, en primer lugar, las claves de un proceso de negociación colectiva destinado a concretar esa implicación, y en segundo, una serie de garantías para la obtención de unos mínimos de información, consulta y, en su caso, participación a escala europea. Por consiguiente, es la propia normativa

---

[62] Téngase en cuenta, no obstante, que en la regulación sobre el CEE la iniciativa respecto de las negociaciones corresponde a los representantes de los trabajadores.

[63] Respecto de esta última, ver su artículo 16, sobre participación de trabajadores.

europea la que ha decidido «trasladar» el protagonismo a las partes interesadas, esto es, a las sociedades constituyentes y a sus trabajadores, dando origen a un método de producción normativa que, por un lado, resulta coherente con el papel que corresponde a los interlocutores sociales en la elaboración y aplicación de una normativa de contenido esencialmente laboral, y por otro, cumple con el principio de que el legislador comunitario no regule aquello que se puede hacer de forma más eficiente por otra instancia que, en este caso, por la naturaleza de la materia y la comentada diversidad de derechos de implicación a nivel interno, resulta ser esa negociación colectiva a nivel de empresa y a escala comunitaria. Los legisladores de los Estados miembros, por su parte, han de asumir que su papel en esta materia es limitado y deben hacer un esfuerzo por complementar y aclarar la directiva, resistiendo a cualquier tentación de «nacionalizarla».

En los últimos años se ha venido observando como el Derecho Social Comunitario trataba de impulsar esa negociación colectiva a escala europea, circunstancia que, sin duda, ha contribuido a trastocar la tradicional función armonizadora de las directivas [64]. En este sentido, se ha dicho, con sumo acierto, por nuestra doctrina [65], que la Directiva 2001/86 resulta el «paradigma» de ese «nuevo derecho social comunitario», pues en la misma se reflejan los nuevos principios y tendencias: proporcionalidad, subsidiariedad, en las dos dimensiones explicadas, y renuncia del legislador europeo a los ideales de homogeneidad, ya que la finalidad prioritaria de la Directiva no es otra que la de conservar los derechos de participación donde los había y establecer una protección mínima de los derechos de información y consulta a escala europea, apartando cualquier pretensión de lograr un modelo de implicación único. Se puede añadir, además, que la Directiva 2001/86 parece una buena muestra de la superación del debate sobre el *hard law* y el *soft law* a nivel comunitario. El binomio *hard-soft* ya no puede discernirse como antaño [66], pues, como evidencia esta norma comunitaria de implicación de trabajadores en la SE, instrumentos tradicionalmente tan vinculados con el *hard law* europeo como las directivas están incluyendo rasgos propios del «soft law material»; tal es el caso de la inclusión de cláusulas «opting-out» o la concesión de un amplio margen de discrecionalidad a las partes afectadas [67].

---

[64] Casas Baamonde, M. E.: «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL I*, 1993, p. 62.

[65] Valdés Dal-Ré: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: Un paradigma del nuevo Derecho Comunitario», en *RL I*, 2003, p. 149.

[66] *Vid.* Trubek, D. M. y Trubek, L. G.: «Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination», en *European Law Journal*, núm. 3, 2005, pp. 355-362.

[67] Mazuelos Bellido, A.: «Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces*?,* en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, pp. 29 y 32.

Se puede concluir que, tras muchos años de trabajo, pese a la confusa redacción de la Directiva, la complejidad de todo el entramado normativo y el sacrificio de una perspectiva más armonizadora, con base a los principios expuestos a lo largo de este trabajo (subsidiariedad, proporcionalidad, antes-después), se ha conseguido establecer un régimen de implicación aceptable para todos los Estados miembros, de una forma que, a grandes rasgos, deja a los trabajadores en una posición óptima para trasladar los derechos implicatorios adquiridos a nivel nacional a esa nueva dimensión comunitaria del Derecho de Sociedades que constituye la SE. No se puede ignorar, de otra parte, que el régimen jurídico de este novedoso tipo societario a escala europea y, de manera especial, el relativo a la implicación de los trabajadores en la empresa abre nuevas perspectivas y demanda reglas de articulación de la regulación establecida en cada caso. Todo ello impone a los operadores jurídicos perfilar los ámbitos competenciales de los ordenamientos comunitario y nacional, por un lado, y del espacio abierto a la autonomía colectiva en este nivel supranacional, por otro. Para ello será preciso, según los supuestos, construir o redefinir reglas y principios reguladores de las relaciones que rigen en un ordenamiento plural y complejo como el Derecho social vigente.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

FELIPE JOSÉ CEGARRA CERVANTES
Abogado

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.—I. EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO.—II. LA INTERVENCIÓN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EN LA TOMA DE DECISIONES DE LA UNIÓN EUROPEA.—III. COMPOSICIÓN: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE LOS SINDICATOS MÁS REPRESENTATIVOS.—IV. REFLEXIÓN FINAL.

INTRODUCCIÓN

La creación y consolidación de la Unión Europea ofrece un nuevo ámbito de representación institucional que se suma a los organismos consultivos con los que cuentan los Estados miembros. También en este caso, la Unión necesita contar con la participación e implicación de los distintos agentes sociales para garantizar su legitimidad.

Dentro de las instituciones que reconoce la Constitución Europea, el Comité Económico y Social Europeo aspira a ser el foro de consulta, representación, información y expresión de la sociedad civil organizada, a través del cual las organizaciones económicas, sociales y cívicas pueden participar en el proceso de elaboración de las políticas y las decisiones de la Unión Europea.

I. EL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) es el órgano consultivo de representación de los distintos agentes de la vida económica y social en el marco institucional comunitario [1]. Constituye el lugar privilegiado de representación, debate y expresión de la sociedad civil organizada de la Unión Europea, de la que es un componente esencial el colectivo de los trabajadores.

Originariamente, el CESE fue creado en 1957 por el Tratado de Roma, tanto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), como en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) se preveía la creación de un organismo consultivo de similares características. Por ello, mediante

---

[1] Colina Robledo, M.; Ramírez Martínez, J. M. y Sala Franco, T.: *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 529.

el *Convenio relativo a ciertas instituciones comunes a las Comunidades Europeas*, de 25 de marzo de ese año y que entra en vigor al mismo tiempo que los dos Tratados, las funciones que se asignan a uno y otro comité en ambos textos son ejercidas por un único Comité Económico y Social.

La constitución de un comité de estas características se inspira en el compromiso adoptado en los Tratados CE y EURATOM de asegurar el progreso económico y social y la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los sus pueblos. De este modo, el CESE se enmarca en un sistema organizativo democrático que busca el apoyo y el éxito de una política en la previa confrontación institucionalizada. Sin duda, la participación de los ciudadanos a través de las organizaciones económico-sociales y la conjunción de sus opiniones en un órgano específico es otro símbolo de la democracia social moderna que se suma a la ejercida en los Parlamentos [2].

Siguiendo la regulación de los anteriores Tratados, junto al Comité de las Regiones, el CESE se configura en la Unión Europea como un órgano consultivo que asiste al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión Europea (art. I-32), detallando igualmente el texto de la Constitución Europea las reglas de composición de sus miembros, la convocatoria o la emisión de dictámenes (arts. III-389 a III-392).

II. LA INTERVENCIÓN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EN LA TOMA DE DECISIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

En líneas generales, el CESE desempeña tres misiones fundamentales: en primer lugar, garantiza una función consultiva ante las tres grandes instituciones (Consejo, Comisión y, el Parlamento Europeo), en segundo, permite una mayor participación de los representantes de la sociedad civil organizada en el proyecto europeo y, en tercero, reforzar el papel de la sociedad civil organizada en los terceros países, tanto promoviendo un diálogo estructurado con sus representantes como apoyando la creación de entidades consultivas, respetando las realidades económicas, sociales y culturales de dichos países.

Según dispone el artículo III-389 de la Constitución, el CESE será consultado por el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión en los casos que establece la Constitución [3]. En cualquier caso, se trata de una

---

[2] *Idem,* p. 279.

[3] Al margen de su función como receptor de informes elaborados por la Comisión en materias como el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida, diálogo

fórmula abierta puesto que el mismo precepto establece: *«estas instituciones podrán consultarlo en cualquier otro caso en que lo consideren oportuno»*.

Además, el propio CESE puede emitir un dictamen por propia iniciativa, práctica que se inicia por la vía de hecho en 1974 y ya confirmó el Tratado de Maastricht, antes de que lo refrende la Constitución Europea.

Debe destacarse que, a diferencia de la regulación ofrecida por el artículo 262 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (el CESE era *«preceptivamente consultado»*, es decir, en un momento previo, coetáneo incluso), el artículo III-392 de la Constitución no establece el mo-

---

social, etc., siguiendo la sistematización que efectúa ALEMÁN CANO, J., las principales consultas se refieren a las siguientes materias:

- En materia de libre circulación de personas y servicios (arts. III-134, III-138.1 y III-147-1).
- Cuestiones de naturaleza fiscal, como: a) la armonización de las legislaciones europeas sobre volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos (art. III-171), o b) la aproximación de la normativa de los estados miembros que incidan en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior (III-173).
- En materia de políticas de empleo a la hora de: a) el establecimiento de orientaciones por parte del Consejo Europeo (art. III-206-2), o b) cooperación de los Estados miembros en esta materia (art. III-207).
- En materia de política social: a) en ámbitos como la seguridad social, la protección social o condiciones de empleo de nacionales de terceros países (art. III-210), b) dentro de los dictámenes que emite la Comisión en materias como derecho del trabajo, formación profesional o seguridad e higiene en el trabajo (art. III-213), c) en las leyes o leyes marco europeas referidas a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos como el empleo y ocupación (art. III-214.3), d) dentro del informe anual elaborado por la Comisión, que alude a la consecución de los objetivos en materia de empleo (art. III-216), e) en las leyes europeas de medidas de aplicación relativas al Fondo Social Europeo (art. III-219.3).
- En materia de cohesión económica, social y territorial ha de ser consultado: a) respecto a las leyes o leyes marco europeas atinentes al establecimiento de medidas específicas de política económica y coordinación (art. III-221), b) determinación de las funciones, los objetivos prioritarios y la organización de los fondos con finalidad estructural (art. III-223), c) dentro de las leyes europeas que se adopten relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (art. III-224), d) para el establecimiento de una ley o ley marco referidas al fomento de la competitividad de la Industria de la Unión Europea (art. III-279.3).
- Sobre agricultura, pesca, medio ambiente y protección de los consumidores (arts. III-231, III-233.1.d), III-235).
- En materia de la política común de transportes (arts. III-236 y III-247.1).
- En sede de investigación y desarrollo tecnológico (arts. III-251.1, 252.1, III-253).
- En materia de salud pública, dentro de las medidas encaminadas a proteger y mejorar la salud humana (art. III-278).
- Dentro de las políticas europeas sobre educación, juventud, deportes y formación profesional (art. III 282.1 y 283.1).

mento en el que la consulta deba tener lugar [4], omisión que podría llegar a amparar una consulta posterior a la adopción de la decisión por parte de la institución que debe consultar al CESE.

III. COMPOSICIÓN: LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A TRAVÉS DE LOS SINDICATOS MÁS REPRESENTATIVOS

El CESE estará compuesto por representantes de los diferentes sectores de la sociedad civil organizada. Su número de miembros no podrá exceder de trescientos cincuenta [5] (art. III-389 de la Constitución Europea). En la actualidad el Comité se integra por 317 miembros [6]. España cuenta con 21 que se distribuyen paritariamente en tres grupos representativos.

Como corresponde a este tipo de instituciones, el comité comprende un Pleno, una Mesa y una Secretaría General. De entre sus miembros se elige a un Presidente y dos Vicepresidentes por un mandato de dos años y medio. Para disciplinar su organización interna se dota de un reglamento propio [7]. El CESE cuenta con seis Secciones, que tratan los principales ámbitos cubiertos por los tratados:

— Unión Económica y Monetaria y Cohesión Económica y Social.

— Mercado Único, Producción y Consumo.

---

[4] Alemán Cano, J.: «Participación del Comité Económico y Social en los procesos de toma de decisiones previstos en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 109.

[5] A juicio de Alemán Cano, J. («Participación del Comité Económico y Social en los procesos de toma de decisiones previstos en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 103) la precisión en el Texto Constitucional del número de consejeros debe ser criticada: *«se destaca la inoportunidad de que el legislador constituyente establezca un número de miembros para la composición del Comité porque dicho número podría variar al alza en el caso de que incrementase el número de países que conformasen la Unión Europea en el futuro»*.

[6] La distribución de los miembros es la siguiente:

— Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, 24 cada uno.
— España y Polonia, 21 cada uno.
— Bélgica, República Checa, Grecia, Hungría, Holanda, Austria, Portugal, Suecia, 12 cada uno.
— Dinamarca, Irlanda, Lituania, Eslovaquia, Finlandia, 9 cada uno.
— Estonia, Letonia, Eslovenia, 7 cada uno.
— Chipre y Luxemburgo, 6 cada uno.
— Malta, 5 cada uno.

[7] Versión de 24 de octubre de 2004, que codifica el reglamento aprobado en la sesión plenaria de 17 de julio de 2002 y las posteriores modificaciones a su texto de 27 de febrero de 2003 y 31 de marzo de 2004.

— Transportes, Energía, Infraestructuras y Sociedad de la Información.

— Empleo, Asuntos Sociales y Ciudadanía.

— Agricultura, Desarrollo Rural y Medio Ambiente.

— Relaciones Exteriores.

Estas Secciones constituyen en su seno grupos de estudio para la preparación de los dictámenes. Para asuntos específicos, o que entran dentro de la competencia de varias Secciones se recurre al Subcomité, que limita su tarea al examen de un problema determinado.

Respecto a los consejeros, son nombrados por un período de cinco años renovable mediante decisión por el Consejo a propuesta de los Gobiernos de cada Estado miembro, previa consulta a la Comisión. Igualmente podrá recabar la opinión de las organizaciones europeas representativas de los diferentes sectores económicos y sociales y de la sociedad civil a los que conciernan las actividades de la Unión (art. III-390 de la Constitución). Como apuntábamos, se distribuyen en tres grupos:

— Grupo I: empresarios.

— Grupo II: trabajadores.

— Grupo III: actividades diversas.

El Grupo I está formado por miembros procedentes de los sectores privado y público de la industria y las pequeñas y medianas empresas, las cámaras de comercio, el comercio al por mayor y minorista, la banca y los seguros, el transporte y la agricultura. El Grupo II está integrado en su mayoría por organizaciones sindicales que pertenecen, a su vez, a la Confederación Europea de Sindicatos (CES). Todos aquellos miembros que escapan a la dicotomía empresario-trabajador forman parte del Grupo III: agricultores, artesanía, profesiones liberales, cooperativas, mutualidades, asociaciones de defensa de los consumidores, asociaciones de protección del medio ambiente, asociaciones de familias, personas con discapacidad, miembros de la comunidad científica y docente, organizaciones no gubernamentales, etc.

Por lo que a este estudio interesa, centramos nuestra atención en los integrantes del Grupo II. Ni en los Tratados, ni en el reglamento interno se precisa sobre qué organizaciones recae la función, dejando en este sentido libertad a los Gobiernos para que sean ellos quienes propongan a los miembros. Tan sólo cabrá *a posteriori* plantearse si la propuesta gubernamental es o no discriminatoria o atentatoria del Derecho de libertad sindical[8].

---

[8] Sala Franco, T.: *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 296.

En el caso de España, contamos con 7 miembros dentro de ese bloque [9], que pertenecen a los sindicatos más representativos *ex* artículo 6 LOLS. Por lo que hace a las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal (letra a) del apartado 3 del artículo 6 LOLS), no se plantean especiales dificultades. En cambio, más controvertido ha sido el supuesto de admitir la representación institucional en el ámbito europeo para el sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma (art. 7 LOLS).

Planteadas así las cosas, la representación de los trabajadores en las instituciones europeas a través de las organizaciones sindicales, supone trasladar también a este ámbito la problemática sobre la discriminación y quebranto del derecho de libertad sindical de las minorías sindicales. Cabría entonces aplicar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencias como SSTC 98/1995, de 20 de junio (RTC 1995/98), 75/1992, de 14 de mayo (RTC 1992/75), 53/1982, de 8 de abril (RTC 1982/53), 65/1982, de 10 de noviembre (RTC 1982/65), 7/1990, de 18 de enero (RTC 1990/7), de manera que, aunque es posible el trato desigual a lo sindicatos (entre otras razones, porque la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el art. 28.1 CE), las diferencias de trato entre los sindicatos han de cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad [10].

---

[9] Actualmente corresponde la representación a doña Laura González de Txabarri Etxai (ELA-STV), don Juan Mendoza Castro (UGT), don Juan Moreno Preciados (CC.OO.), don Luis Miguel Pariza Castaños (CC.OO), doña María Candelas Sánchez Miguel (CC.OO.), don Sergio E. Santillán Cabeza (UGT), don José María Zufiazur Narvaiza (Fundación Educación y Trabajo, procediendo originariamente de UGT).

[10] Luján Alcaraz, J.: «La elección o designación de los miembros españoles en el Comité de Empresa europeo», en *Aranzadi Social*, vol. II, 1997, p. 2556.

En este ámbito es especialmente destacable la STC 65/82, de 10 de noviembre (RTC 1982/65). La sentencia trae causa de la pretensión de la Intersindical Nacional Galega (ING) de que fuera declarada como vulneradora del artículo 14 CE (en relación también con el art. 28.1 CE) su exclusión por silencio administrativo del proceso de consultas para la designación de representantes de los trabajadores de cara a la 67.ª reunión de la OIT. Según el artículo 3.5 de la OIT, sus miembros se obligan a designar a los delegados y Consejeros Técnicos no gubernamentales, *«de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores, según el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate».* No se dan, sin embargo, reglas de valor general para determinar qué ha de entenderse por organizaciones representativas ni se establece qué porcentaje o representatividad debe exigirse como mínimo para determinarlas o qué ámbito territorial ha de medirse. Es por ello que los criterios para decidir cuáles son a estos efectos las centrales más significativas deben ser establecidos por cada Estado, con la particularidad de que en nuestro sistema contamos con organizaciones más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma.

Los consejeros del CESE ejercen sus funciones representativas sin sujetarse a un mandato imperativo (art. I-32.4 de la Constitución Europea) esto es, no actúan en nombre de las organizaciones de las que proceden, sino que sólo responden al colectivo de la sociedad civil europea. Sin embargo, en la práctica inevitable es que los consejeros promocionen los intereses corporativos y actúen guiados por las instrucciones que reciben de sus organizaciones. Esta vinculación es doble: por un lado el lazo con el sindicato más representativo y, por otro, con la organización sindical transnacional (como sucede en la mayoría de la ocasiones). En este segundo caso, inciden también las directrices de organizaciones como la Confederación Europea de Sindicatos (CES). No obstante, la no imperatividad del mandato se traduce en la posibilidad de que el consejero no esté obligado a dimitir si cesa su vinculación con la categoría a la que representa [11].

La función de representar a todo el colectivo de los trabajadores, y no solo a un concreto colectivo, que corresponde al Grupo II del CESE, así como el reconocimiento de que el Consejo y la Comisión no se hayan sujetos en última instancia a los criterios de los Gobiernos proponentes, sino que dispone de un amplio margen de apreciación respecto de la representatividad de las organizaciones que aspiran a formar parte del CESE, se puede argumentar desde la doctrina de la STJCE de 30 de junio de 1988 (Asunto *Confederazione Italiana di Azienda* y otros contra el Consejo de las Comunidades Europeas). Según establece: «*una organización sindical que, a nivel nacional solo representa a uno de los elementos constitutivos de uno de los sectores de la vida económica y*

Según el Tribunal Constitucional, ello no quiere decir que cualquier criterio sea lícito, ha de ser objetivo o fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso. Esta objetividad ha de medirse en relación con el objetivo de la designación de representantes, o, en concreto, con el ámbito territorial del ente o de la Administración ante la que ha de darse la representación. Puesto que en la disposición adicional 6.ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (mención que debe entenderse referida a la LOLS, posteriormente) no se contemplaba esta modalidad de representación no se entiende aplicable conforme a los estrictos términos en los que se pronuncia el texto legal, ni siquiera por analogía. De este modo, el Máximo Intérprete de la Constitución concluye: « *hay que advertir a este respecto que no es función del Tribunal Constitucional examinar la oportunidad del criterio adoptado, ni su mayor o menor adecuación al fin perseguido, ni decir si es en este caso concreto la decisión de la Administración puede calificarse de arbitraria y discriminatoria, por no estar fundada en unos hechos que expliquen la distinción establecida entre ambas centrales»*. De los antecedentes resulta que el sindicato vasco (ELA-STV) con el que la demandante había establecido en marco de comparación obtuvo el primer puesto en las elecciones sindicales de su Comunidad Autónoma, mientras que la central gallega ING recurrente consiguió el tercero en la suya, lo que constituye un elemento diferencial entre ambas que permite calificar la decisión gubernamental como no arbitraria o discriminatoria y conduce, en consecuencia, a la desestimación del recurso por no haberse producido infracción del artículo 14 de la Constitución.

[11] Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 281.

social (...) y no a la totalidad de uno de estos sectores, no se encuentra en situación de ser tomada en consideración por el Consejo cuando éste adopte una decisión relativa a la composición del citado Comité (...) la representación adecuada de los diferentes sectores de la vida económica y social en el seno del CESE (...) debe ser garantizada a nivel comunitario. Para garantizar esta representación a partir de las listas de candidatos que proponen los Estados miembros, el Consejo dispone de una amplia facultad de apreciación, tanto más cuanto que, habida cuenta del limitado número de puestos con que cuenta el Comité, es imposible que todos los elementos de cada sector de la actividad económica y social estén representados por naciones de cada Estado miembro». Concluye la sentencia que: *«el Consejo debe examinar la representatividad de todos los candidatos que figuren en las listas establecidas a nivel nacional sin estar vinculado por la distinción que llevan a cabo los Estados miembros entre candidatos representados con carácter principal y propuestos de forma alternativa antes de proceder al nombramiento de los miembros del Comité según los criterios fijados en el artículo 195 —entiéndase del Tratado de la Comunidad Europea—»,* precisando por último que: *«por lo que respecta a la consulta obligatoria a la Comisión (...) el Consejo debe consultar a la Comisión sobre las decisiones que, a partir de las propuestas nacionales, terminen proyectando realizar, es decir, sobre la composición del Comité en su conjunto, y no sobre las propuestas en cuanto tales».*

IV. REFLEXIÓN FINAL

Configurado inicialmente como un organismo auxiliar al servicio de las instituciones europeas, las competencias del CESE han ido evolucionando a medida que el proyecto europeo adquiría mayor peso y se hacía necesario fijar un punto de encuentro de las distintas fuerzas sociales que dan vida a la Unión Europea, entre las que destacan los trabajadores, dotando de un mayor grado de legitimidad democrática y de respaldo social a la política europea.

El CESE ha incrementado su nivel de autonomía respecto de las instituciones a las que asiste. Muy significativa ha sido, sobre todo, la posibilidad de emitir dictámenes por propia iniciativa, que recoge expresamente el artículo III-392.

Por lo que respecta a su composición, en particular el Grupo II, el CESE no fija unas reglas específicas para la elección de los representantes de los trabajadores, siendo de aplicación lo dispuesto en la normativa interna de cada Estado miembro. Como hemos señalado, en España esta labor corresponde a lo sindicatos más representativos que establece la LOLS.

El consejero debe representar los intereses generales del grupo de los trabajadores y no estar sujeto a las directrices de la organización a la que pertenece, no siendo por ello su mandato imperativo. Sin embargo, en ocasiones, la práctica es bien distinta, y el representante actúa bajo las directrices, no sólo del sindicato de origen, también de la confederación supranacional en la que se integra el sindicato.

La preferencia por las organizaciones sindicales más generalistas y con mayor implantación territorial a la hora de designar a los consejeros que integran el CESE, queda justificada, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, por la función que estos sindicatos asumen en representación de los trabajadores en su conjunto.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA

FERNANDO ELORZA GUERRERO
Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. CARACTERIZACIÓN DEL DENOMINADO PRINCIPIO DE «ANTES-DESPUÉS».—II. INCIDENCIA SOBRE LA NEGOCIACIÓN DEL MODELO DE IMPLICACIÓN Y SOBRE EL MODELO LEGAL PROPUESTO EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE.—III. EL PROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS: ¿UN PROYECTO RESPETUOSO CON LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES?—IV. VALORACIÓN FINAL.

I. CARACTERIZACIÓN DEL DENOMINADO PRINCIPIO DE «ANTES-DESPUÉS»

El análisis del proceso seguido hasta la configuración final de la Directiva 2001/86/CE (en adelante DSE), del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (en adelante SE) en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, evidencia cómo una de las grandes preocupaciones comunitarias en relación con la implantación de esta nueva forma societaria, lo ha constituido, salvada la cuestión central del reconocimiento de derechos de implicación de los trabajadores en la gestión de dichas sociedades, la salvaguarda de los derechos participativos de los que venía disfrutando los trabajadores en sus empresas hasta ese momento [1].

Elocuente es en este sentido el Considerando (en adelante Cdo.) núm. 18 de la mencionada Directiva, en el que se expresa que «*la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva*» [2], de tal ma-

---

[1] *Vid.* VASQUEZ, F.: «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», en ESTEBAN VELASCO, G. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (coords.): *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons-CRPME, Madrid, 2004, p. 921 y ss.

[2] Manifestaciones en esta línea se contienen también en los Considerando núm. 7: «*Cuando en una o más de las sociedades participantes en una SE existan derechos de participación, dichos derechos deben preservarse mediante su transferencia a la SE, una vez creada ésta, salvo que las partes decidan lo contrario*», y núm. 11, donde al hilo de una posible falta de acuerdo en la negociación de la implicación de los trabajadores en la SE, y la necesidad de disponer determinados estándar aplicables a las SE desde su constitución, se afirma que «*Dichos requisitos estándar deberán garantizar la práctica eficaz de información y consulta transnacional a los trabajadores, así como su participación en los órganos correspondientes de la SE, cuando dicha participación exista antes de su constitución en las empresas participantes*».

nera que, continúa declarando el Consejo UE, « *los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después)*», por lo que la actuación de la Comunidad en la materia —las « *disposiciones especiales»* que se fijen— deben encaminarse a *«garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores*» (Cdo. núm. 3). A decir del legislador comunitario, por tanto, la protección de los derechos adquiridos se configura no sólo como un principio jurídico fundamental que marca definitivamente la orientación de la Directiva sobre implicación de los trabajadores, sino también como objetivo, expresando de paso con ello una aspiración que tiene su origen, entendemos, en la difícil génesis de la norma comunitaria que nos ocupa. Una protección que por otra parte se pretende a partir de la invocación expresa del denominado principio «antes-después», que en el presente caso parece plantear la exigencia de que el modelo de implicación que se implante en la SE respete, en principio, los derechos existentes de los trabajadores en la materia con anterioridad —no en vano menciona a estos derechos como « *punto de partida*»—.

Arrigo refería no hace tanto de forma un tanto taxativa que « *la normativa sobre la implicación de los trabajadores se sostiene, por tanto, sobre las columnas de los «derechos adquiridos» y el principio «antes-después», que se apoyan sobre la negociación entre DSN y «órganos competentes» de las sociedades participantes en la constitución de la SE, y son unidas por el dintel de las disposiciones de referencia; mientras en las metopas se representan a todo relieve los derechos de información y consulta*» [3]. Nosotros en nuestro caso no nos atreveríamos a decir tanto. Más bien entendemos que resulta más correcto afirmar que el modelo de implicación de los trabajadores tiene por base una única columna constituida por el principio «antes-después», cuya sombra el legislador ha querido que proteja los derechos adquiridos de los trabajadores, columna que es sobrevolada, como cláusula de salvaguarda del planteamiento comunitario que pretende impulsar la participación de los trabajadores en la gestión de las SE, por las denominadas en la Directiva «disposiciones de referencia», pero en la que finalmente la negociación resulta clave a la hora de concluir qué fue de los derechos de implicación de los trabajadores.

En relación con este principio comunitario, hay que comenzar resaltando que lejos de poder ser considerado un recién llegado a la órbita del Derecho Comunitario, el principio antes-después data de mediados de los

---

[3] Arrigo, G. (traducción de Gómez Álvarez, T.): «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea», en *RMTAS,* núm. 52, 2004, p. 15.

años setenta cuando comienzan a figurar de forma diversa ciertas cláusulas en las Directivas, así como en otros documentos comunitarios, en las que en líneas generales se establece que la transposición de la correspondiente Directiva no puede constituir una «justificación», «motivo, o «razón», para empeorar el tratamiento ya en vigor en los distintos Estados miembros [4]. Con carácter general, y pese a las distintas formas en que el mismo ha figurado en diferentes Directivas a lo largo de estos años —lo que guarda relación con las traducciones que del texto comunitario se han hecho a las lenguas de los distintos Estados miembro—, cabe apreciar la existencia de dos modalidades de manifestación del citado principio [5]:

a) Cláusulas que contemplan la posibilidad de que los Estados miembros puedan introducir o aplicar tratamientos más favorables para los trabajadores que los previstos en la misma Directiva.

b) Cláusulas de no retroceso en sentido estricto, que se concentran en excluir un empeoramiento de la regulación vigente al momento de trasposición de la Directiva. Pese a lo que pudiera parecer inicialmente, estas cláusulas constituyen en si mismas una garantía suplementaria para los intereses de los trabajadores, puesto que pretenden garantizar los derechos nacionales más favorables de que vinieran disfrutando los trabajadores [6]. La práctica nos enseña que se presentan bajo dos variantes distintas:

i) Por un lado, las que sostienen que la incorporación de los principios de una Directiva no puede justificar una eventual reducción de los niveles de protección existentes en cada Estado.

ii) Por otro, las que además de afirmar lo anterior reconocen el derecho de los Estados miembro, y también de los in-

---

[4] Carabelli, U. y Leccese, V.: «L'interpretazione delle clausole di non regresso», en *GDLRI,* núm. 103, 2004, p. 536. *Vid.* asimismo con carácter general Delfino, M.: «Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale», en *GDLRI,* núm. 95, 2002, p. 487 y ss.

[5] *Vid.* Carabelli, U. y Leccese, V.: «L'interpretazione delle…», *op. cit.,* pp. 538-540. La doctrina francesa, por su parte, aprecia en el presente caso la existencia por un lado del «*principe de protection minimale*», y por otro del « *principe de non-régression sociale*», manifestaciones ambas finalmente del «*principe de protection nationale renforcée*» (Moizard, N.: *Droit du Travail Communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, Tomo I, PUAM, Marseille, 2000, p. 30).

[6] En este sentido, se ha señalado que de la introducción de disposiciones más favorables por los Estados se deduce *a fortiori* la cláusula de no retroceso (Moizard, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 142). Sin embargo, entendemos que esto no siempre tiene que ser así, pues el establecimiento de disposiciones más favorables que lo establecido en la Directiva no necesariamente ha de suponer una garantía de la totalidad de los derechos existentes (cláusula de no retroceso).

terlocutores sociales en su caso, de establecer, a la luz de la evolución de la situación, «disposiciones diversas» [7]. Esta formulación se ha considerado por algunos expertos que posibilitaría la adopción de disposiciones menos favorables [8], siempre por supuesto que se respeten los mínimos fijados por la Directiva correspondiente, si bien tales disposiciones no podrían pretender la reducción de derechos reconocidos a los trabajadores a la fecha de adopción de la Directiva, algo que por otro lado explicitan ya Directivas más recientes. Desde esa perspectiva, ciertamente se puede concluir que en estos casos el *standard* que registra una especial resistencia, y por tanto se encuentra más protegido, sería el preexistente al momento de adopción de la Directiva [9].

Asimismo, merece reseñarse en estos momentos el carácter instrumental del principio «antes-después» en relación con uno de los principios que inspiran la acción comunitaria en materia social, y que consagra el artículo 136 TCE, tal es « *la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso*», de tal manera que la función última del principio que nos ocupa es precisamente impedir que el proceso de armonización del derecho comunitario incida negativamente sobre los niveles alcanzados o adquiridos por los trabajadores de un Estado miembro de la Unión [10]. No obstante, también ha de reseñarse la distinta suerte corrida por cada una de las dos modalidades que registra el principio que nos ocupa. Pues mientras en el caso de la cláusula primera, la que da cobertura a la intro-

---

[7] Un ejemplo de ello, el artículo 18.3 de la Directiva 93/104/CE, relativa a la ordenación de determinados aspectos del tiempo de trabajo: « *Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar, habida cuenta de la evolución de la situación, disposiciones legales, reglamentarias y contractuales distintas en el ámbito del tiempo de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva, la aplicación de la presente Directiva no constituye una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores*».

[8] CARABELLI, U. y LECCESE, V.: «L'interpretazione delle…», *op. cit.,* p. 542.

[9] En este sentido, CARABELLI, U. y LECCESE, V.: «L'interpretazione delle…», *op. cit.,* p. 547. Como ha señalado MOIZARD, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 151, las instituciones comunitarias no pueden pretender cristalizar definitivamente los niveles de protección interno. No pueden obligar a un Estado miembro a suscribir permanentemente la protección reforzada a que se hubieran adherido al momento de trasponer la Directiva, entre otras cosas porque la política social es compartida con los Estados. Estas cláusulas no participan de un sistema de derechos definitivamente adquiridos a favor de los trabajadores.

[10] En este sentido, *vid.* GAROFALO, L.: «Le clausole di "non regresso" nelle Direttive Comunitarie in materia di politica sociale», en *RGLPS,* Tomo I, 2004, pp. 47-48; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., y CASTELLANO BURGUILLO, E.: *La armonización comunitaria y el modelo social europeo,* http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/, p. 8.

ducción de disposiciones más favorables, el devenir de los años nos ha deparado una «sublimación» [11] de la misma, pasando de ser considerada estrictamente en el ámbito de las Directivas sociales a ser consagrada por el artículo 137.4 TCE como regla general orientadora de la acción de los Estados en materia social [12], con la cláusula del segundo tipo —la que establece el no retroceso— no ha ocurrido lo mismo, con consecuencias prácticas evidentes:

1. La efectividad de la cláusula de no retroceso dependerá de una decisión concreta del legislador comunitario, situación radicalmente distinta a la de la cláusula sobre disposiciones más favorables consagradas ya con carácter general en el artículo 137.4 TCE.

2. De no existir una invocación directa en la Directiva concreta de la mencionada cláusula el operador jurídico no podrá contemplarla al trasponer o interpretar el instrumento comunitario. Lo que no es el caso de la cláusula *ex* artículo 137.4 TCE, que precisamente por haber sido albergada en el Tratado deberá ser tenida en cuenta en todo caso con independencia de que se haga referencia a la misma o no en una Directiva concreta [13].

Por otra parte, ha de resaltarse la rica casuística que registra la introducción del principio antes-después, en cualquiera de sus dos formulaciones básicas, en las Directivas comunitarias. En unos casos, la cláusula correspondiente ha tenido su reflejo en alguno de los Cdo. que introduce la Directiva [14], cuando no en el propio articulado [15]; en otros la

---

[11] En expresión de Carabelli, U. y Leccese, V.: «L'interpretazione delle…», *op. cit.,* p. 541.

[12] Con todo, téngase en cuenta que incluso en el caso de Directivas con un fundamento distinto de la política social ex artículo 137.4 TCE, la cláusula sobre las disposiciones más favorables podrá considerarse vigente siempre que dichas Directivas contengan disposiciones mínimas que tenga por finalidad la protección de los trabajadores en el sentido del progreso. Una reflexión interesante al respecto en relación con la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de un prestación de servicios puede consultarse en Moizard, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 94 y ss.

[13] No obstante, un sector de la doctrina científica ha planteado que el establecimiento de disposiciones más favorables por los Estados no depende en ningún caso de la introducción de una cláusula específica en ese sentido en las Directivas, entre otras cosas porque así como todas las reglas comunitarias persiguen un objetivo de protección de los intereses de los trabajadores, está en la lógica de las mismas posibilitar que los Estados miembros puedan reforzar la protección (M oizard, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 93, citando a Rodiere, P.).

[14] En el caso de la cláusula del primer tipo, *vid.* Directiva 97/81, Directiva 2000/79 ó 2002/14. Por lo que respecta a la cláusula del segundo tipo, *vid.* Directiva 96/34.

[15] *Vid.* en relación con la cláusula del primer tipo la Directiva 75/34 (art. 8.1) o la Directiva 77/187 (art. 7). Por lo que respecta a la cláusula del segundo tipo, *vid.* Directiva 94/33 (art. 16) o la Directiva 2000/34 (art. 3.2).

invocación del principio antes-después ha tenido lugar no sólo en el Cdo. sino también en el articulado [16]; no faltando casos en los que la invocación del mismo se ha producido en las dos modalidades indicadas en una misma Directiva [17], o en los que se ha incorporado posteriormente con ocasión de una reforma de la Directiva en cuestión [18].

La introducción del principio antes-después en el Cdo. de una Directiva o en el articulado de la misma lógicamente no resulta indiferente para el jurista. Y ello porque si bien a la introducción del mencionado principio en el articulado de una Directiva se le puede atribuir un carácter preceptivo, no tiene por qué ocurrir lo mismo cuando la invocación se produce en sede de los Cdo. de la disposición comunitaria. Así, en algún caso [19] se ha señalado que el citado principio a lo más tendría el carácter de criterio interpretativo a tener en cuenta precisamente con ocasión de la interpretación y aplicación de la Directiva concernida, pero en forma alguna podría considerarse que atesora una imperatividad directa. Opinión distinta, sin embargo, evidencian quienes sostienen que las cláusulas de no retroceso —estableciendo una equiparación con la cláusulas sobre disposiciones más favorables en este sentido— tienen la condición en el ámbito del Derecho Comunitario de «*precisos preceptos jurídicos porque son expresión y constituyen actuaciones de los principios que informan la acción comunitaria*» (principalmente del citado principio informador de la acción comunitaria de mejora de las condiciones de vida y trabajo a través de su equiparación por la vía del progreso) [20].

A nuestro juicio, preceptos como el artículo 136 TCE y la consabida consagración de la mejora de las condiciones de vida y trabajo como uno de los objetivos de la Comunidad entendemos que no constituyen un argumento de suficiente peso como para asumir la efectividad directa de la cláusula de no retroceso cuando la misma no se contempla en el

---

[16] *Vid.* Directiva 92/85 en relación con una cláusula del segundo tipo.

[17] En el Cdo., véase la Directiva 2002/44, la Directiva 2003/10 o la Directiva 2004/40. En el texto articulado, véase la Directiva 96/34, que además en los Cdo. contiene una referencia sólo a la cláusula de no retroceso.

[18] Ambas cláusulas se introdujeron por la Directiva 2002/73, de reforma de la Directiva 76/207. Por su parte, la Directiva 2002/74 introdujo una referencia a la cláusula de no retroceso al reformar la Directiva 80/987 (por cierto, esta última ya contenía una referencia a la cláusula del primer tipo).

[19] Carabelli, U. y Leccese, V.: «L'interpretazione delle...», *op. cit.,* pp. 542-543.

[20] Garofalo, L.: «L'interpretazione delle clausole di non regresso», en *GDLRI,* núm. 103, 2004, p. 577. Resalta este laboralista (Garofalo, L.: «Le clausole di "non regresso"»..., *op. cit.,* p. 45) cómo con el Tratado de Ámsterdam la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra ha pasado de ser un efecto ineluctable del funcionamiento del mercado común a constituirse en una de las finalidades de la Comunidad (arts. 2, 3 y 136 TCE, después de Ámsterdam) para lo cual se ha habilitado un específico procedimiento normativo de la acción comunitaria (art. 136 y ss. TCE).

articulado de la Directiva correspondiente. Consideramos que por esta vía implícitamente se estaría asumiendo la sublimación de la mencionada cláusula en línea con lo que ha ocurrido con la cláusula sobre las disposiciones más favorables —cuando resulta evidente que el proceso evolutivo de ambas cláusulas ha sido distinto y que en el caso de la cláusula de no retroceso no hay una consagración efectiva y expresa en el TCE como ha ocurrido con la referida a las disposiciones más favorables[21]—. Por ello, estimamos como más adecuado el planteamiento que considera que cuando la mencionada cláusula no ha sido albergada en el texto articulado de la Directiva correspondiente sino en alguno de sus Cdo. la misma deberá tenerse en cuenta como mero criterio interpretativo. No parece razonable otorgar el mismo significado y relevancia a lo contenido en un Cdo. que a lo consignado en un articulado.

Centrándonos en la DSE resulta clara la invocación de la cláusula de no retroceso, de una forma explícita en los Cdo. de la misma, de una manera un poco menos clara en el articulado. El análisis del conjunto de la Directiva comunitaria arroja a nuestro juicio el siguiente balance por lo que se refiere al principio antes-después en su modalidad de cláusula de no retroceso:

---

[21] Otra cosa es que se puedan establecer valoraciones (*vid.* MOIZARD, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 143) sobre la tendencia a la generalización que pueda registrar la cláusula de no retroceso en virtud de fenómenos como la ampliación de competencias comunitarias, tras la modificación por el Tratado de Ámsterdam del TCE, para adoptar Directivas sociales que contengan disposiciones mínimas, o la circunstancia de que los acuerdos colectivos concluidos por los interlocutores sociales europeos, posteriormente convertidos en Directivas, suelan contener referencias explícitas a la cláusula de no retroceso.

No obstante, no debemos pasar por alto ciertas declaraciones institucionales en favor de la cláusula de no retroceso, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1989 que en su Cdo. núm. 16 manifiesta que « *la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales a nivel de la Comunidad Europea no puede justificar en el momento de su aplicación, ninguna regresión con respecto a la situación actualmente existente en cada Estado miembro*». Partiendo de la evidente carencia de eficacia jurídica vinculante, conviene advertir que en el presente caso se trata de un documento que no ha carecido por ello de efectos jurídicos, como pone de manifiesto su carácter en la práctica de documento inspirador para la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales de los trabajadores (GIL y GIL, L. y USHAKOVA, T.: «Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *RL,* Tomo I, 2003, p. 1247). Lo que sí resulta más discutible es su posible consideración como fundamento jurídico con carácter general de la cláusula de no retroceso, o la imputación de eficacia directa a la misma, como ha hecho en algún caso la justicia francesa en relacion con la interpretación de la Directiva 94/45 (*vid.* MOIZARD, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* pp. 140-141), pese a que « *se piensa, y se quiere (...) que al menos la Carta constituya una referencia ineludible para los órganos que han de aplicar el derecho comunitario y los derechos nacionales de los Estados miembros*» (DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *RMTAS,* núm. 32, 2003, p. 22).

1. La cláusula de no retroceso invocada tiene por objeto no sólo la protección de « *los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa*» (Cdo. núm 18), sino también de las « *prácticas existentes de implicación de los trabajadores*» (el Cdo. núm. 7 menciona expresamente la necesidad de se garantice que « *el establecimiento de las SE no suponga ni la desaparición ni la reducción*» de tales prácticas), lo que nos remite a las experiencias de implicación que con un origen convencional se encuentren vigentes [22]. Por tanto objeto de protección deberán ser no sólo los derechos legales sino también las prácticas convencionales en la materia [23].

2. En línea con la afirmado anteriormente ha de resaltarse, con independencia de lo que se dirá a continuación en relación con el texto articulado de la Directiva, que la invocación en los Cdo. de la misma permite afirmar que la cláusula de no retroceso atesora en este caso el valor de criterio interpretativo a tener en cuenta en la aplicación de la Directiva.

3. El análisis del articulado de la Directiva permite concluir que pese a las declaraciones contenidas en los Cdo. de la misma afirmando con carácter general, en relación con los «derechos» y «prácticas» de implicación la vigencia del principio antes-después, finalmente el legislador comunitario opta por considerar la vigencia del principio mencionado, en su modalidad de cláusula de no retroceso, en unos términos más modestos y distintos a los que inicialmente cabía prever, a saber:

   a) Más modestos porque se trata de un principio que finalmente limita escasamente la autonomía colectiva a la hora de fijar los derechos de implicación en la SE, evidenciando más su potencial en relación con las denominadas «disposiciones de referencia» [24].

---

[22] En este sentido se ha expresado también CASAS BAAMONDE, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)», en *REDT,* núm. 117, 2003, pp. 384-385, apoyándose en las definiciones de implicación, información, consulta y participación contenidas en las letras h) a k) del artículo 2 DSE.

[23] De manera similar a lo que ocurre con la cláusula que ampara la adopción de medidas más favorables, término este último que se viene considerando por la doctrina científica comprensivo también de medidas de naturaleza convencional e incluso contractual (*vid.* MOIZARD, N.: «Droit du Travail Communautaire...», *op. cit.,* p. 72). No en vano, el Cdo. núm. 20 explicita que las « *prácticas nacionales*» se considera « *que abarcan también los convenios colectivos a diferentes niveles, nacional, sectorial o de empresa*».

[24] En este sentido, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)», en ESTEBAN

b) Distintos a los inicialmente previstos porque el planteamiento que evidencia el articulado de la Directiva va en la línea de permitir en ciertos casos la excepción del principio antes-después, algo que en principio no se dejaba entrever en los Cdo. de la misma donde hay una apuesta en términos absolutos por el citado principio. No obstante, esas excepciones que se contemplan en ningún caso identifican a la presente cláusula de no retroceso con aquéllas que contemplan el que los Estados, o incluso los propios interlocutores sociales, a la vista de la situación puedan establecer «disposiciones diversas».

Es el momento, por tanto, de adentrarnos en el conocimiento en mayor profundidad de la cláusula de no retroceso que asume el tenor de la Directiva.

II. INCIDENCIA SOBRE LA NEGOCIACIÓN DEL MODELO DE IMPLICACIÓN Y SOBRE EL MODELO LEGAL PROPUESTO EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE

a) El principio de antes-después como límite a la autonomía colectiva en el establecimiento de derechos de implicación

Cuando se aborda la forma y el alcance con que el principio antes-después, en su versión de no retroceso, condiciona el establecimiento de un modelo de implicación de los trabajadores en la SE, lo primero que llama la atención es que, tal y como comentábamos hace unos instantes, pese a las declaraciones generales en favor de dicho principio contenidas en los Cdo. de la DSE, finalmente la columna que proyectaba su sombra protectora sobre los derechos adquiridos de los trabajadores, imagen a la que nos referíamos al principio de nuestra intervención, resulta tener más de virtual que de real [25]. Y ello porque, realizadas todas las consideraciones introductorias que el legislador comunitario ha estimado oportunas, se termina por consagrar en el articulado de la Directiva comunitaria una amplia libertad de negociación colectiva que descarta por principio la eficacia de la citada cláusula de no retroceso —el tenor del art. 3.3 DSE es claro

---

Velasco, G. y Fernández del Pozo, L. (coords.): *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons-CRPME, Madrid, 2004, pp. 1100-1101.

[25] Discrepamos por tanto de la visión expuesta por Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 382, que sitúa tanto la regulación que promueve la negociación colectiva, como la que prevé disposiciones de referencia subsidiarias, en el marco del principio antes-después, el cual se constituiría en el gran referente y trasfondo de la norma comunitaria.

en ese sentido [26]—, de forma que, como en algún caso ya se ha dicho, el mencionado principio «*apenas dispone de juego aplicativo*» en este caso [27].

Este brindis a la libertad negocial de las partes, pese a la insistente manifestación a favor de la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en la materia, guarda relación con la superación de la orientación inicial de la acción comunitaria en materia social que pretendía la armonización normativa [28], de manera que la presente Directiva constituye un claro ejemplo de la importancia de la convergencia de la voluntad y de los intereses de las partes por encima de lo que son los derechos de las mismas [29] —constatado además que todas las empresas que participan en la constitución de una SE difícilmente van a registrar ni los mismos derechos ni las mismas prácticas participativas, o al menos un mismo nivel en esta materia—.

Pero que apenas disponga de juego aplicativo el principio antes-después no significa desde luego que el mismo no limite la autonomía colectiva en algún supuesto. Existe cierta unanimidad en señalar el supuesto de SE por transformación como el paradigma de claro respeto al principio antes-después, si bien entendemos que centrado fundamentalmente en los derechos de participación de los trabajadores en el sentido de la letra k) del artículo 2 DSE [30]. Este consenso tiene bastante que

---

[26] Artículo 3.3: «*Corresponderá a la comisión negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE*».

[27] Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 1100. Discrepamos por tanto de quienes sostienen de forma rotunda que el principio antes-después se aplica a la vía negocial, « *cuando hay acuerdo o se decide no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas y aplicar la legislación nacional*» (Ansón Peironcely, R. y Gutiérrez Dorronsoro, C.: *La Sociedad Anónima Europea*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 255).

[28] Evidente, por otra parte, en Directivas anteriores como la 94/45/CE sobre Comités de Empresa Europeos.

[29] Para Baglioni, G.: «La nozione di partecipacione dei lavoratori nella direttiva sulla società europea», en *GDLRI,* núm. 98, 2003, pp. 162-163, factores como la fuerte reducción de normas inderogables, las regulaciones plurales y flexibles, la fijación de objetivos sin el consiguiente establecimiento de normas, entroncarían con este planteamiento, constituyendo la confirmación de que « *sobre el terreno de la participación, toda imposición o forzamiento resulta simplemente contraproducente*». En este sentido, Arrigo, G.: «La implicación...», *op. cit.,* p. 25, ha resaltado cómo se confía a las partes negociadoras la tarea siempre delicada de solucionar la tensión existente entre las empresas, interesadas en reducir la presión de los sistemas de participación excesivamente vinculantes, y los trabajadores, que aspiran a mantener —cuando no a elevarla— su cuota de poder dentro de las empresas.

[30] Téngase en cuenta que conforme a la remisión que hace el artículo 4.4 al 13.3 a) DSE, la Directiva no afecta, y por tanto salva del juego de la negociación, « *los actuales derechos de implicación de los trabajadores previstos en los Estados miembros por la legislación y/o la práctica nacionales de que gocen los trabajadores de la SE y sus filiales y establecimientos, distintos de la participación en los órganos de la SE*». Por tanto, los

ver con la circunstancia de que el artículo 4.4 DSE contempla la cláusula de no retroceso en su modalidad si cabe más pura o estricta: aquélla que no permite en ningún caso el establecimiento de disposiciones menos favorables. El problema es que la fórmula empleada no es precisamente simple, y en ocasiones determinar hasta qué punto el nivel de implicación acordado es «*al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE*» no resulta fácil por la diversidad de modelos participativos que pueden darse y la naturaleza de los derechos y prácticas reconocidas. Entre nosotros se ha planteado que por equivalencia habría que entender la suma de derechos y no la media de los mismos, por lo que se vedaría todo acuerdo que implicara un intercambio cualitativo de derechos, obligando a la «*agregación cuantitativa de todos ellos*» [31]. Parecería que en este caso que la DSE es impositiva, lo que para algunos expertos resulta una técnica desaconsejable en el ámbito de la participación [32].

Particularmente, consideramos que incluso en este caso la negociación, como técnica que permite tener en cuenta los innumerables elementos cuantitativos y cualitativos que pueden concurrir en la apreciación del grado de participación de los trabajadores [33], constituye un cauce adecuado para plantear una fórmula que, sin llegar a ser un suma y sigue de derechos, finalmente formule un modelo de implicación que en conjunto pueda considerarse por lo menos como menciona la Directiva «equivalente» al preexistente, lo cual no garantiza desde luego que algún derecho o práctica no «se pierda» por el camino [34] —lo que sí veda claramente el legislador comunitario es la sustitución acordada de los derechos de participación existentes en la empresa que vaya a transfor-

---

negociadores deberán centrarse en calibrar el grado de participación de los trabajadores —en el sentido ya señalado de la letra k) del art. 2 DSE—, y hasta qué punto la fórmula que se negocie, y que puede incluir nuevos derechos de información y consulta, equivale al menos a la existente.

[31] Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 1100.

[32] Baglioni, G., cit. *ut supra* nota núm. 29.

[33] Insiste en esta cuestión Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 419.

[34] Por ello, pensamos que resulta demasiado aventurado afirmar en este caso con rotundidad, como ha hecho Biagi, M.: «Società europea, partecipazione e relazioni industriali in Italia e in Europa», en Bordogna, L. y Guarriello, F. *(a cura di): Aver voce in capitolo. Società europea e participazione dei lavoratori nell'impresa,* Edizioni Lavoro, Roma, 2003, p. 26, «*la intangibilidad de los precedentes derechos de participación/cogestión*» de los trabajadores que vengan a integrar la nueva SE, y su « *inderogabilidad*» en los casos de SE constituida por transformación.

No obstante lo dicho, entendemos que cabría hablar de la intangibilidad de los derechos de implicación preexistentes, distintos de los de participación en los órganos de la SE, pero no en atención a su naturaleza, ni porque el legislador les atribuya directamente tal condición, sino antes al contrario por la vía de la exclusión de los mismos del ámbito de la Directiva que practica el artículo 13.3 a) DSE.

marse por las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores (*vid.* art. 3.6 párrafo 3.º DSE)—. Después de todo, en esta materia no parece que el trasvase del régimen participativo existente antes de la transformación en SE pueda ser automático [35], entre otras cosas porque, por ejemplo, un cambio en la estructura de gobierno de la empresa puede determinar, en principio, un menor peso de los trabajadores en la nueva sociedad si nos atenemos a los viejos esquemas participativos.

Es en el caso de las SE constituidas mediante fusión, creación de una sociedad holding, o de una filial [36], cuando el legislador comunitario permite que se pueda sobrepasar, y por tanto excepcionar [37], el principio antes-después, reconociendo la posibilidad de que los negociadores acuerden una reducción de derechos consistente en fijar una proporción de miembros de los órganos de la SE por debajo de la « *más alta existente en las sociedades participantes*» (art. 3.4 *in fine* DSE [38]). Una excepción de la que hay que resaltar, por un lado su carácter limitado, pues del tenor de la DSE cabe deducir que lo que nunca podrá pactarse es una proporción por debajo de la que se considere más baja de todas las sociedades participantes [39], y su ámbito también limitado, circunscrito no sólo a los supuestos de constitución ya citados, sino además centrado exclusivamente en los derechos de participación ex artículo 2 k) DSE, lo que excluye los derechos de información y consulta y en general cualquier otra forma de implicación de los trabajadores.

---

[35] Guarriello, F.: «La partecipazione dei lavoratori nella società europea», en *GDLRI,* núm. 97, 2003, p. 15.

[36] Sobre la constitución de una SE en cada uno de estos supuestos, así como en el de transformación, remitimos a la obra Esteban Velasco, G. y Fernández del Pozo, L. (coords.): *La sociedad anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons-CRPME, Madrid, 2004.

[37] En contra, Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 1100, considera que el artículo 3.4 no enuncia una excepción al principio antes-después, sino que instituye una garantía suplementaria para el caso de que la comisión negociadora decida una reducción de los derechos.

[38] La norma prevé unas mayorías cualificadas al tiempo que exige un cierto porcentaje de trabajadores afectados por la reducción de los derechos de participación.

[39] Opinión compartida por Garrido Pérez, E.: «La sociedad europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en las empresas», en Baylos Grau, A. (coord.): *La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2003, p. 252, para quien con esta excepción el legislador comunitario busca un equilibrio entre los niveles de participación existentes con anterioridad en las sociedades implicadas de manera que no necesariamente se traslade a la nueva SE el sistema de mayor capacidad de influencia de los trabajadores.

b) El principio de antes-después en las denominadas disposiciones de referencia

Contempla el artículo 7.1 DSE que, a fin de cumplir con el objetivo fijado en el artículo 1 DSE, los Estados miembros en los que se sitúe la sede social de la SE establecerán disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores que deberán cumplir los requisitos establecidos en el Anexo de la mencionada DSE. Estas disposiciones, nacionales por la acción prevista del Estado, tiene un carácter subsidiario, como es sabido, y actúan como una suerte de red de seguridad que pretende garantizar el cumplimiento del objetivo de la Directiva en el caso de que la negociación sobre la implicación de los trabajadores fracase [40].

Al decir de algunos expertos, es en este ámbito donde el principio antes-después concentra todo su vigor aplicativo, si bien centrado y concentrado en los derechos de participación de los trabajadores [41]. Ciertamente, la participación es, junto a los derechos de información y consulta, la preocupación última del anexo DSE que marca los criterios por los que deben regirse las disposiciones nacionales de referencia. Pero es en materia de participación donde el legislador comunitario introduce nuevamente planteamientos claramente influenciados por el principio antes-después. Así, en el caso de las SE por transformación el no retroceso se garantiza estableciendo la continuidad de todos los elementos de participación de los trabajadores « *si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplican antes de la inscripción*» (letra a) Parte 3 Anexo DSE). Por su parte, en los demás casos, el no retroceso se garantiza reconociendo a los « *los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación*» el derecho a «*elegir, designar, recomendar*» la designación de un número de miembros del órgano de control o administración de la SE « *igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE*» —en definitiva se reconoce el derecho a alcanzar el máximo techo participativo, lo que supone ir más allá de la mera conservación de derechos—; al mismo tiempo la ley reconoce a dichos sujetos del derecho a « *oponerse*» a ello, con lo que

---

[40] Sin embargo, se trata de una situación reversible puesto que el apartado g) de la Parte 1 del Anexo contempla el que transcurridos cuatro años desde la constitución del órgano de representación éste pueda decidir iniciar negociaciones en el sentido del artículo 4 DSE, lo que supondría, de llegarse a un acuerdo, la inaplicación de las citadas disposiciones de referencia —una muestra más de la predilección del legislador comunitario por la vía negocial antes que por el modelo legal inducido desde la disposiciones de referencia—.

[41] Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores...», *op. cit.,* p. 1101.

en este último caso se está reconociendo el derecho a la renuncia a alcanzar el nivel máximo participativo existente en la empresa (letra b) Parte 3 Anexo DSE), y con ello se insinúa la no efectividad del principio antes-después en el caso de las empresas como mayores desarrollos participativos.

Sin embargo, nuevamente en el caso de las disposiciones de referencia hemos de hablar de condicionamientos muy significativos, que inciden claramente sobre la pervivencia del principio antes-después, y que tiene que ver con la propia efectividad de las citadas disposiciones, cuyo origen radica en la permanente tensión que subyace en la Directiva entre la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores, sobre todo en los Estados miembros donde la participación cuenta con un desarrollo más notable, y en el interés de ciertos Estados, donde no se han alcanzado esos niveles de desarrollo, por no ver implantados estos modelos participativos en su territorio, caso de España. El ejemplo más claro en ese sentido lo constituye la cláusula *opting-out* consagrada por el artículo 7.3 DSE, en virtud de la cual los Estados pueden prever que las citadas disposiciones de referencia en materia de participación (Parte 3.ª Anexo DSE) no se apliquen a las SE constituidas por fusión [42]. En este caso el legislador comunitario permite a los Estados que no esté dispuestos a garantizar los derechos participativos ajenos a su cultura —y por lo tanto no estén por asumir las implicaciones del principio antes-después— expulsar de su sistema jurídico a las SE susceptibles de albergar tales derechos [43].

De todas formas, no debemos minusvalorar las capacidades de la negociación colectiva en esta materia, dado que conforme al artículo 7.1 b) DSE, la aplicación las disposiciones de referencia —y los aspectos que guardan relación con el principio antes-después— exigen,

---

[42] Al respecto, resulta de interés la reflexión realizada por Baglioni, G.: «La nozione di partecipazione...», *op. cit.,* p. 169, quien al tiempo que destaca cómo en la presente DSE se propone la forma más institucionalizada de participación, otorgándole hasta ahora una dignidad y visibilidad inédita, considera que la cláusula *opting-out* consagrada en el caso de las SE por fusión constituye el signo más evidente de que la promoción de la participación como modelo resulta bastante tímida —anticipando una confrontación no entre niveles de participación, sino entre países y empresas con y sin participación—, hasta el punto de que se introduce la posibilidad formal de realizar poca participación o incluso eludirla.

[43] De hecho, el artículo 12.3 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, sólo contempla en estos casos el registro de la SE en un Estado que haya ejercido la potestad del artículo 7.3 DSE en el supuesto de que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación —la solución negocial se configura como alternativa a la imposible aplicación de las disposiciones de referencia que impidiera la inscripción de la SE en un determinado Estado—, o que ninguna de las sociedades hubieran estado sujetas a normas de participación antes de la inscripción de la SE.

no sólo que los órganos competentes de cada sociedad decidan la aplicación de las mismas y continuar con el procedimiento de inscripción, sino también que la comisión negociadora no haya decidido —se descarta el supuesto de la SE por transformación en la que exista anteriormente participación—, en virtud del artículo 3.6 DSE, terminar las negociaciones iniciadas «*y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores*» (art. 3.6 DSE), descartando por tanto la participación en el sentido de la letra k) del artículo 2, que constituye por cierto la materia de las disposiciones de referencia en las que el legislador comunitario ha puesto mayor empeño en introducir consideraciones vinculadas al principio antes-después.

Por último, el que el artículo 7.2 DSE sólo respalde la aplicación de las disposiciones de referencia con origen en la Parte 3 del Anexo DSE —las referidas a la participación—, en los casos de una SE por fusión, constitución de una sociedad holding, o de una filial sólo si las formas de participación existentes afectaban a un cierto porcentaje de trabajadores sobre el total de los integrantes de la sociedades participantes, condicionan también la pervivencia del principio antes-después desde el momento en que si los modelos de participación no tienen un cierto peso —medido por el porcentaje de trabajadores afectados—, estos modelos no tienen asegurada no ya su proyección al conjunto de la SE, sino entendemos también su pervivencia.

III. EL PROYECTO DE LEY ESPAÑOL DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EUROPEAS: ¿UN PROYECTO RESPETUOSO CON LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES?

La pregunta tiene su interés vista la posición española reticente hasta el final con el proyecto de Directiva sobre implicación de los trabajadores en las SE, y la impresión existente entre algunos expertos comunitarios de que la existencia de sociedades europeas con alta participación de los trabajadores en los órganos de decisión va a provocar «*una onda de choque en los sectores o los países que no conocen la participación de los trabajadores (...) anticipada por la patronal española que no puede admitir la idea de que una sociedad europea se matricule en España y permita una participación importante de los trabajadores en los órganos de decisión*»[44]. Con todo, y dado el enfo-

[44] MOREAU, J.: «L'implication des travailleurs dans la société européenne», en *DS,* núm. 11, 2001, p. 975.

que que hemos impreso a nuestra intervención, nos centraremos aunque sea brevemente en analizar hasta qué punto el proyecto español es respetuoso con los dictados de la DSE en cuanto a protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación [45].

Una pista a estos efectos nos la puede dar el *Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas*, de 18 de mayo de 2005, que en la Conclusión del mismo indica finalmente que « *el Anteproyecto se adecua bastante fielmente a los términos de la Directiva en líneas generales*» [46]. Y tanto. Sobre todo porque lo que caracteriza al proyecto de ley español es su fidelidad a la DSE que llega al extremo de reproducir contenidos del mismo de manera muy notable. No en vano, el proyecto español en su Exposición de Motivos afirma, en relación a la Directiva comunitaria, que «*esta ley persigue (...) la consecución de los objetivos pretendidos con su aprobación, a la vez que su integración correcta en el sistema español de relaciones laborales. Para ello, se unen en su articulado la transposición literal de determinados aspectos de la directiva, junto a la aparición de instituciones propias del derecho laboral español*», afirmando de la norma comunitaria —además de que se basa prioritariamente en la negociación colectiva—, que se articula —en lo que parece un *desideratum* que se hace propio— « *sobre el principio de conservación de los derechos adquiridos (el principio "antes-después")*», del que de una forma didáctica refiere que « *garantiza el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores adquiridos "antes" de la constitución de la sociedad europea, y que dispone el deber de sus fundadores de establecer "después", tras su constitución, sistemas de participación de los trabajadores en la gestión que, al menos, respeten los anteriores*». Novedades por tanto pocas:

a) Por ejemplo, en el artículo 14.3 del proyecto de ley se explicita, lo cual no es malo en aras de la seguridad jurídica, que a efectos de determinar si cabe la aplicación de las «*disposiciones subsidiarias*» («disposiciones de referencia» en la DSE) se « *tomarán en consideración todos los sistemas de participación (...)*

---

[45] Un proyecto por otra parte tardío dado que el plazo de transposición finalizó el 8 de octubre de 2004 y sólo se ha aprobado hasta el momento la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. En este sentido, resulta de interés la consulta del estudio dirigido por el profesor García Murcia, J. (dir.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, Madrid, 2005, p. 545 y ss., precisamente en relación con la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (M enéndez Sebastián, P.).

[46] No obstante el CES aprovechó el Dictamen (p. 5) para expresar su queja por el no sometimiento a la consideración de dicho órgano del Proyecto de Ley sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, dado que el Reglamento 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE constituyen un « *conjunto inescindible*».

con independencia de su origen legal o convencional», lo que habla a favor del planteamiento expuesto en páginas anteriores sobre el tipo de prácticas que entendemos relevantes a estos efectos.

b) Mayor importancia reviste si acaso el régimen del artículo 26 del citado proyecto de ley, titulado «*Efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores*», que tiene su origen en el mandato del artículo 11 DSE —precepto que no habíamos mencionado hasta ahora— en relación con el « *Uso indebido de los procedimientos*», tal es su denominación, y que en gran medida constituye una manifestación más del principio antes-después, por lo que tiene de norma comunitaria que pretende la lucha contra el uso indebido de la SE como figura jurídica que posibilite la privación a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen, o que haga ineficaces los mismos. Pues bien, la idea principal del precepto se puede resumir señalando que la constitución de una SE , o los cambios sustanciales efectuados en la misma, en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores —declarada en sentencia judicial—, generarán la obligación legal de proceder a una nueva negociación. Esta previsión legal se acompaña de otra, D.F. 1.ª por la que se modifica la Ley de Infracciones en el Orden Social, y en la que se tipifica como infracción administrativa muy grave « *El recurso indebido a la constitución de una sociedad europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces*».

¿Podría haberse hecho más desde el punto de vista legislativo? Entendemos que sí. Por ejemplo, el artículo 7.2 DSE, por el que se establecen las circunstancias en que cabría aplicar las disposiciones de referencia resulta un precepto enormemente oscuro, por la complejidad de los supuestos societarios que pueden darse. La norma española no se aventura más allá cuando hay mucho terreno. Lo mismo ocurre con el mandato a los Estados mencionado hace unos instantes (art. 11 DSE) para que arbitren medidas en relación con el uso indebido de los procedimientos para el establecimiento de la implicación de los trabajadores, que el legislador español salva con una referencia genérica a las circunstancias a que se refiere la norma comunitaria, un guiño al poder judicial para que se constituya en vigilante de la situación —una sanción administrativa acostumbrada en nuestro ordenamiento—, pero muchas veces de dudosa eficacia, y eso sí una obligación de volver a negociar sin muchos más apoyos, necesarios en situaciones fraudulentas como las que se pueden dar en estos casos.

IV. VALORACIÓN FINAL

En su momento Blanpain [47] comentó que las tres Directivas —textualmente hablaba de «three *sisters*»— en materia de participación de los trabajadores en la empresa (Directiva 94/45, 2001/86 y 2002/14) retenían en su interior el espíritu de la cooperación que debe animar las relaciones entre empresarios y trabajadores. Desde luego, y pese a la invocación del principio antes —después por la DSE, parece claro que el modelo de implicación de la SE no se pretende construir sobre la intangibilidad absoluta de los derechos de implicación que se vinieran disfrutando, algo por otro lado impensable dada las realidades tan diversas que existen—. Por su parte Weiss [48], no hace tanto, expresaba su temor por las dificultades que podían encontrar las compañías alemanas —paradigma de la participación— para localizar socios con los que fusionarse en otros países. Hecho que nos habla de las dificultades reales para que las empresas perciban las ventajas del nuevo modelo societario. Este mismo profesor reconocía por aquel entonces su incapacidad para predecir el modelo de participación « *que gobernará el futuro*». El tiempo lo dirá, pero desde luego, y pese a la afirmación más o menos insistente del principio antes-después, pensamos que la clave seguirá estando en la negociación del modelo de implicación.

---

[47] Blanpain, R.: *Involvement of Employees in The European Union*, Kluwer, London, 2002, pp. 16-17.

[48] Weiss, M.: «The Future of Workers' Participation in the EU», en AA.VV.: *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Bob Hepple QC*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 249 y 251.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: EXPERIENCIAS COMPARADAS Y TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ
Profesor Colaborador. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN EL ESPACIO DE LA UNIÓN EUROPEA.—III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86/CE: EXPERIENCIAS COMPARADAS.—IV. EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Directiva 2001/1986/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, que viene a completar, en materia de «implicación de los trabajadores», el Reglamento 2157/2001 por el que se regula el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, se puede decir que constituye uno de los hitos más importantes dentro de la historia de conformación del «proyecto común europeo» en orden al desarrollo de su dimensión social.

De todos es conocido el largo, complicado y azaroso proceso por el que se ha discurrido hasta la consecución de la aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y en paralelo a ello de la mencionada Directiva 2001/86 centrada sobre las diversas modalidades de «implicación» de los trabajadores en esa nueva figura jurídica societaria. El hecho de que con el reconocimiento de esta nueva forma jurídica de sociedad mercantil se evitaran los lastres que habían imposibilitado que las estructuras de producción adquirieran una dimensión o escala comunitaria, a fin de posibilitar, sin duda alguna, tanto la realización de actividades económicas transfronterizas, como las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial, además de crear los mecanismos jurídicos necesarios para la libre movilidad intracomunitaria de estas sociedades, hacía de todo punto necesaria la armonización de los sistemas jurídicos nacionales a fin de crear los medios que permitieran la adaptación del Derecho Societario al espacio económico europeo.

Sin embargo, este objetivo chocaba con dos escollos de importante calado: en primer lugar, desde el punto de vista jurídico-normativo, con la total carencia de armonización a escala comunitaria de la organización del ejercicio del poder en las sociedades; y, en segundo lugar, respecto de la participación de los trabajadores, con las formas que cabrían utilizarse a fin de articular a éste como instrumento de control

del poder en las empresas que hayan adoptado una forma jurídica societaria [1].

Uno y otro de los elementos que han imposibilitado durante tres décadas la aprobación de una ordenación jurídica comunitaria centrada en la creación de un nuevo tipo de sociedad uniforme a nivel comunitario han venido a suscitar un importante debate, que ha discurrido y girado en torno a diferentes posicionamientos. Principalmente acerca del papel y función que habría que reconocer a las fuentes de regulación comunitaria en la definición de los objetivos a cumplir, su consecución, y, en fin, sobre los elementos a tomar en consideración para su puesta en práctica, sin que ellos supongan, en cambio, una perdida de influencia del papel que le corresponde en la materia a los órganos legislativos nacionales, a los agentes económicos y a las partes sociales, todo lo cual, en fin, remarca cuáles han sido y vienen siendo los polos de oposición dentro del proceso de conformación del modelo social europeo. Ello ha determinado que los términos en los que se concretó tanto el Reglamento 2157/2001, como la Directiva 2001/86 se puede decir que entre otras características de técnica y de política jurídicas están presididos por una clara «tendencia normativa renacionalizadora» [2], lo cual hace en este momento relevante poner de relieve hasta qué punto ello ha incidido en el modelo social europeo que a primera vista se intenta conformar y preservar con la aprobación de Directivas de este tipo.

II. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN EL ESPACIO DE LA UNIÓN EUROPEA

La actuación normativa comunitaria acerca de la intervención de los trabajadores en las empresas a través de específicos procedimientos de información, consulta y participación, se viene a conformar como uno de los elementos clave de la dimensión social que la política comunitaria viene a imprimir en el proceso de culminación del mercado interior. En este contexto de construcción de un espacio social europeo de relaciones laborales, tales instrumentos de «democracia industrial» tienen una especial importancia, en cuanto que se configuran como mecanismos que posibilitan la apertura de espacios de influencia y de co-responsabilidad de los trabajadores en las decisiones de gestión y gobierno

---

[1] *Vid.* Casas Baamonde, M. E.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida), en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2003, núm. 117, p. 362.

[2] En este sentido, *vid.* Valdés Dal-Ré, F.: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario», en *Relaciones Laborales,* Tomo I, 2003, p. 153.

empresarial —espacios de ciudadanía industrial—, asumiendo en consecuencia una responsabilidad común sobre el gobierno de la empresa. Y en esta línea, la empresa pasa a ser entendida como una organización social pluralista e inclusiva de todos los sujetos implicados [3], y en la que la participación de los trabajadores se configura como uno de los elementos integrantes de la misma, sin por ello derivar hacia un entendimiento de la desaparición del conflicto colectivo, sino más bien todo los contrario: la participación considerada como un instrumento para la solución al conflicto, toda ella basada en una lógica de implicación y cooperación de los trabajadores en la organización productiva [4].

Este planteamiento de política del derecho, en el que la empresa, por tanto, es considerada como una organización productiva en la que los trabajadores constituyen una parte integrante e inescindible de ella, rompiendo de este modo con la concepción tradicional patrimonialista, determina en consecuencia que se reconozcan jurídicamente espacios de acción a los trabajadores en el proceso de toma de decisiones y, en fin, de gobierno de la empresa. Visión esta que se corresponde con una perspectiva de política jurídica y económica en plena coherencia con la idea democrática de la ciudadanía de la empresa [5], aunque si bien con una disímil materialización en función de los «modelos normativos» sobre la participación que se han adoptado por parte de las instancias comunitarias.

De un análisis de las diversas directivas que han regulado de una forma u otra los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, se puede extraer como consecuencia que caben hacer una doble diferenciación de modelos desde una perspectiva instrumental, esto es, en función del carácter temporal o permanente de los mecanismos de participación que se prevén y garantizan:

a) De una parte, encontramos todo un conjunto de Directivas —cuantas tratan sobre crisis, reestructuraciones y saneamiento empresariales— en las que los sistemas o mecanismos de participación articulados se conforman jurídica y funcionalmente desde una vertiente externa a los órganos de dirección y gobierno de la empresa. De manera que viene a pergeñarse un modelo

---

[3] *Vid.* Bonell, C.: *Partecipazione operaria e diritto dell'impresa. Profili comparatistici.* Giuffré edit., Milán, 1983.

[4] En tal sentido, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas,* Ponencia General del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Granada, 2005, texto multicopiado, p. 137. Del mismo autor, *vid.*: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores,* edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 136 y ss.

[5] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas», *op. cit.,* p. 137.

de participación de carácter débil (frente a lo que se entendería como de índole «fuerte», tales como la codecisión o cogestión), coyuntural, con una patente deficiencia de garantías para alcanzar la finalidad para la que han sido creados tales mecanismos de participación (*v. gr.,* caso de la Factoría Renault de Vilvoorde, en Bélgica) y vinculados al objetivo de realizar un tratamiento negociado y, por tanto, anticipado a las medidas sociolaborales que se pretendan arbitrar para afrontar las reestructuraciones, crisis y saneamientos de las empresas.

En fin, a través del reconocimiento y garantía de una serie de derechos de información, así como de consulta orientada a la negociación, se produce una revalorización del *«principio de legitimación por el procedimiento»* del poder empresarial y de sus formas de expresión, lo cual supone, de un lado, una objetivización del poder ejercido por el empresario, sometiéndolo a una causalidad típica, y, de otro, una procedimentalización de este poder, sujetando los actos de gestión y gobierno empresarial al contraste con los intereses de los destinatarios de los mismos [6].

b) En segundo lugar, tenemos a todas aquellas Directivas —94/45, 2001/86, 2002/14 ó 2003/72— que vienen a garantizar derechos de información, consulta o participación singularizados por tener carácter de permanencia procedimental, y que llevan a que la lógica que envuelve a los mismos, en principio, busque un objetivo mayor de implicación de los trabajadores sobre cuestiones que desbordarían lo que se podría entender como de estricta o mera posición jurídica del trabajador. Este fomento institucional de la participación de carácter estable se conforma así en elemento básico ya no sólo, desde la perspectiva política, de creación de espacios necesarios que posibilitan la consecución de la «democracia industrial», sino también, desde y con una exclusiva vertiente economicista, en la consecución de la competitividad del sistema económico comunitario a través del reconocimiento de un papel central a los trabajadores en la gestión de la empresa [7].

Desde esta vertiente por la que se incentiva desde las instancias políticas comunitarias a los diferentes instrumentos que conforman lo que se podría denominar participación o, en los térmi-

---

[6] En este sentido, *vid.* De Luca Tamajo, R. y Cessari, A.: *Dal galantismo al controllo,* Giuffré edit., Milán, 1982, p. 198 y ss.: García Jiménez, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico,* Edit. Comares, Granada, en prensa, así como la bibliografía en éste reseñada.

[7] *Vid.* Arrigo, G.: «La participazione dei lavoratori nell'impresa Europea», en *Rivista Giuridica del Lavoro y della Previdenzia Sociale,* núm. 1-2, 1990, p. 43 y ss.; Monereo Pérez, J. L.: «Los derechos de información de los representantes de los trabajadores», *op. cit.,* p. 144.

> nos más amplios, abiertos y omnicomprensivos de la Directiva 2001/86, implicación de los trabajadores en la empresa, es utilizada ésta desde una estricta vertiente instrumental a fin de alcanzar con ello las necesarias condiciones de paz social, legitimación del poder empresarial y adecuación flexible a las cambiantes condiciones de los mercados abiertos, lo cual posibilitará sin duda alguna la consecución de la competitividad, la productividad y la permanente adaptación para la concurrencia de las empresas europeas en el sistema económico y productivo internacionalizado y abierto.

Partiendo de ello, tal como se ha puesto de relieve, en la década de los ochenta los planteamientos sobre la participación mantenidos a nivel comunitario cambiaron, en tanto que se vino a optar de manera clara hacia la institucionalización del conflicto de intereses y la búsqueda de los medios e instrumentos válidos para reducción/solución de tal conflicto, arbitrándose reglas y procedimientos —agrupados todos ellos bajo el término omnicomprensivo de «participación de los trabajadores»— por los que la cooperación e implicación de los trabajadores en la organización productiva se conforma en lógica central del sistema de relaciones laborales comunitario. Incardinados dentro de esta nuevas orientaciones, encontramos como primera acción normativa comunitaria a la Directiva 94/45 sobre la constitución de un comité de empresa europeo, cuyos resultados, efectos y deficiencias han servido después para aprobar las posteriores Directivas 2001/86 sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y 2003/72 sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea, y cerrándose todo ello con la Directiva 2002/14 sobre el marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, que supone el respaldo decidido a esta orientación de fomento de la participación estable. Todo ello entendemos que determina de manera cierta el que haya una apuesta decidida hacia la promoción, desde las instancias políticas comunitarias, para el desarrollo de un modelo que contempla, trata y comprende a la empresa desde vertiente pluralista, en la que se tienen presentes los diferentes intereses en juego concurrentes, y los distintos colectivos que personifican aquellos.

No obstante, es necesario poner de relieve la modestia del alcance que tienen tales instrumentos de participación de los trabajadores en la empresa. Se puede decir que el Derecho Social del Trabajo sólo ha podido articular y formalizar una modesta racionalización del poder empresarial, ofreciendo en consecuencia una *«ciudadanía de grado débil y limitada»* en este contexto económico capitalista [8].

[8] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas», *op. cit.,* p. 139.

El modelo de participación institucional de los trabajadores presente en la Directiva 94/45, vino a conformarse de manera plural, abierta y limitada. Se previó la realización de la participación de los trabajadores a través de concretos derechos de información y consulta a los trabajadores, lo cual les sustrae a los trabajadores eventuales derechos de implicación efectiva en la gestión y administración de la empresa salvo, claro está, que se previera por las partes un sistema de «participación fuerte» o cogestión. Y se puede decir que ésta es la línea-guía de política jurídica seguida desde las instituciones comunitarias y en la que se han inspirado para la conformación de los sistemas de participación institucional de los trabajadores recogidos en las Directivas 2001/86, 2002/14 y 2003/72. En todos ellos se ha apostado por establecer un modelo abierto y plural, encuadrado dentro de lo que podríamos entender como el «estándar mínimo comunitario» [9], y en cuyo interior se pueden desenvolver los países miembros y los actores económicos y sociales, evitando con ello dos importantes consecuencias: los problemas que plantean la diversidad y complejidad de los sistemas participativos europeos; y el evitar manifestaciones de *«dumping»* social e incluso sindical entre los países miembros de la Unión [10].

En fin, la instauración de estas formas de participación permitirán avanzar en la uniformización —aun a la baja— de los sistemas nacionales, apostándose por la línea de co-responsabilización y cooperación de los trabajadores en el gobierno de la empresa, en pos de crear las condiciones de competitividad y adaptación del sistema económico europeo a los requerimientos del sistema mundial.

III. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86/CE: EXPERIENCIAS COMPARADAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento 2157/2001 que aprueba, como sabemos, el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, en relación a lo previsto en el artículo 14 de la Directiva 2001/86 que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores en la misma, se desprende que la fecha del 8 de octubre de 2004 venía a considerarse el *dies* a partir del cual debería haberse transpuesto las disposiciones de esta Directiva a la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea.

---

[9] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Los derechos de información de los representantes de los trabajadores», *op. cit.,* p. 156.

[10] *Vid.* Pedrazzoli, M.: «Alternative italiane sulla participazione nel quadro europeo: la cogestión», en *GDLRI,* núm. 49, 1991, p. 1 y ss.

Como hemos destacado, el hecho de que la Directiva se configure técnico-jurídicamente como complemento, en materia de implicación de los trabajadores, del Estatuto de la Sociedad Europea, determina que ninguna Sociedad Europea pueda constituirse sin la conclusión de un acuerdo colectivo acerca del tratamiento de cuantos aspectos sean necesarios para materializar una efectiva implicación de los trabajadores en su dirección o gobierno. Todo lo cual pone de relieve la específica interdependencia entre estas dos normas comunitarias, lo que determina que derivada de tal interconexión normativa se configure la transposición a los ordenamientos internos de los Estados miembros de los términos de esta Directiva como algo más que una mera acción normativa de transposición, pues la mera irrealización o incumplimiento de tal obligación determina de forma concomitante la imposibilidad de ser aplicadas las previsiones comunitarias sobre la Sociedad Europea.

Por tanto, la fecha del 8 de octubre de 2004 se constituía en un día de crucial relevancia para la puesta en marcha definitiva de una modalidad jurídica societaria que pretendía dar solución a muchas de las trabas existentes que imposibilitaban una efectiva realización de actividades económicas a escala transfronteriza, creándose los mecanismos jurídicos necesarios para la libre movilidad intracomunitaria de estas sociedades.

Así, a tres años de la aprobación de ambos instrumentos comunitarios, y entendiendo que ello suponía un plazo temporal relativamente amplio para llevar a cabo tal actividad normativa, se concretaba la obligación para los Estados miembros de la transposición de la Directiva 2001/86 a fin de armonizar sus propias legislaciones a las novedades introducidas por la nueva modalidad jurídico-societaria de ámbito europeo. Labor que cabría realizarse bien por actividad legislativa directa del propio Estado, o bien garantizando que los interlocutores sociales adopten las disposiciones necesarias por vía de acuerdo para preservar los derechos de los trabajadores reconocidos en esta disposición comunitaria, pero que en todo caso se configura como elemento de necesaria concurrencia para la puesta en práctica de la posibilidades que crea y establece el Reglamento 2157/2001 a las organizaciones y operadores económicos. De lo contrario la recepción automática establecida para aquel Reglamento no se haría efectiva quedando vedada la posibilidad para numerosas sociedades que operan en más de un Estado miembro de constituirse en Sociedad de Derecho Comunitario y actuar como operador único en toda la Unión Europea.

El análisis de la situación de transposición de la Directiva 2001/86 por parte de los Estados miembros de la Unión Europea pone de relieve varios elementos que habría que reseñar, y que entendemos pone de manifiesto tanto la dificultad, sino rechazo, que para algunos de esos Es-

tados presenta la idea misma de una Sociedad de Derecho Comunitario en plena concurrencia con las sociedades de Derecho interno que vienen reguladas con las particularidades nacionales que las han caracterizado durante años; y, de otro, por las suspicacias y consiguientes salvaguardas que se plantean en relación a la cuestión de la propia participación institucionalizada de los trabajadores en los órganos de administración, gobierno y/o vigilancia de la sociedad creada [11].

Habría que destacar que a fecha de 8 de octubre de 2004 únicamente seis de los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo había materializado la obligada transposición de la Directiva 2001/86. En concreto nos estamos refiriendo a Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Islandia y Suecia. Con posterioridad a esta fecha, y antes de que finalizara el mismo año 2004, el 29 de diciembre, Alemania se incorporó a este bloque de países que realizan el mandato establecido en el artículo 14 de la Directiva 2001/86. Y ya a lo largo de 2005 se han sumado a este bloque países como Francia o Italia.

Una primera conclusión que es posible destacar es aquella por la que se evidencia una manifiesta actitud diferenciada en esta materia por parte de los países del norte de Europa frente a los del área Mediterránea. No deja de sorprender cómo son aquéllos los que vienen a recepcionar en tiempo una Directiva que dado su contenido ya había provocado el rechazo y recelo de buen número de países, y que la llevó a alcanzar las tres décadas hasta su aprobación. Ello constituye evidentemente una muestra más de las salvaguardas a las que hemos hecho referencia con anterioridad y que han llevado a adoptar por los Estados miembros en cierto modo y una vez más una actitud obstruccionista por dilación en la labor de recepción de la normativa comunitaria.

Haciendo referencia a las diferentes experiencias de transposición [12] podríamos destacar, en primer lugar, la llevada a cabo en Suecia, en el que la transposición de la Directiva se realizó a través de tres leyes diferentes referidas a aspectos laborales, mercantiles y fiscales, y para las que se preveía como fecha de entrada en vigor la misma señalada en la Directiva 2001/86 como fecha final para su transposición, el 8 de octubre de 2004. En lo referente a la materia de implicación de los

---

[11] *Vid.* Cochi, F. y Gentile, G.: *I diritti di partecipazione dei lavoratori nella Società Europea: evoluzioni storiche e difficoltà di trasposizione. I casi tedesco, belga, svedese, spagnolo ed italiano. Il ruolo e la posizione del Middle Management,* en http://www.uil.it/quadri/ricerca_societ%C3%A0_europea.pdf, p. 37.

[12] Para un estudio de conjunto de las diferentes experiencias normativas de transposición, *vid.* Cochi, F. y Gentile, G.: «I diritti di partecipazione dei lavoratori nella Società Europea: evoluzioni storiche e difficoltà di trasposizione...», *op. cit.,* especialmente, p. 37 y ss.

trabajadores, es de destacar cómo la ley sueca viene a recoger cuantos aspectos se pusieron de relieve por el comité *ad hoc* creado para su recepción al ordenamiento jurídico de Suecia.

Por otro lado, en Belgica, la transposición se ha venido a materializar a través de un convenio colectivo, el número 84 de 6 de octubre, concluido entre los Sindicatos y Asociaciones empresariales en el seno del Consejo Nacional del Trabajo [13]. El referido Consejo articuló primeramente una serie de comisiones técnicas cuyas conclusiones parciales se elevaron a una comisión general en la que se materializó el texto definitivo del convenio por el que se dió cumplimiento a las obligaciones sobre implicación de los trabajadores en las Sociedad Europea. Su entrada en vigor se fijó igualmente para el 8 de octubre de 2004, aun cuando se le aportó obligatoriedad a este convenio a través de un *«Arrêté royal»* de 22 de diciembre de 2004 (M.B. de 19-1-5). Es especialmente llamativo cómo las partes signatarias han recogido en lo extenso del acuerdo así como en un anexo de este convenio una serie de supuestos a modo de ejemplo para la propia aplicación de lo prevenido en él.

Con posterioridad se han aprobado en Belgica dos leyes que tienen por objeto encuadrar legalemente al Convenio Colectivo número 84, dándole así plena aplicación a cuanto en él se prevé. Y así encontramos la Ley de 10 de agosto de 2005 por la que se establecen medidas de acompañamiento en todo lo referente a la institución del grupo especial de negociación, los órganos de representación (garantías y facultades) y los procedimientos relativos a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. Y, de otro lado, se aprobó la Ley de 17 de septiembre de 2005, que contiene diversas disposiciones de nuevo sobre el grupo especial de negociación, así como las necesarias adaptaciones jurídico procesales —«Code Judiciaire»— a fin de dar plenas garantías para el efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2001/86 y su normativa de transposición.

En Alemania se aprobó la ley de transposición el 29 de diciembre de 2004 con el expreso rechazo del grupo de la oposición. El resultado de este texto viene a caracterizarse por haberse previsto la posibilidad de poder optarse por un modelo de gobierno de la sociedad de tipo «monista» frente a lo que viene siendo una tradición en el sistema societario aleman en el que se prevé un sistema «dualista» con un órgano de dirección y otro diferenciado de supervisión o control.

---

[13] Las partes signatarias del Convenio Colectivo núm. 84 fueron: la Fédération des Entreprises de Belgique, les Organisations Nationales des Classes Moyennes, la Fédération Wallonne de l'Agriculture, la Confédération des Syndicats Chrétiens de Belgique, la Fédération Générale du Travail de Belgique y la Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique.

Otros de los rasgos destacables de la ley alemana se centra en la literal transposición de los términos de la Directiva en materia del principio «antes y después», o el principio de proporcionalidad en la composición de la «comisión especial de negociación», o, en fin, la participación de los sindicatos como sujetos colectivos en la mencionada comisión, así como la preservación de la cuota de género en la misma.

En cuanto a Francia, es la Ley 2005-842, de 26 de julio, denominada *«pour la confiance et la modernisation de l'economie»*, la que viene a dar cumplimiento a la obligada transposición de la Directiva 2001/86 en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Su artículo 12 viene a añadir un capítulo XI al Título III del Libro IV del *Code du Travail* por el que se regula la cuestión de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea y el comité de la Sociedad Europea. Ella se estructura en cinco secciones por las que se establece la regulación de su campo de aplicación, sobre el grupo especial de negociación y la adopción de acuerdo, disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en ausencia de acuerdo, disposiciones comunes (confidencialidad, garantias de los representantes de los trabajadores y competencia judicial), y, por último, las disposiciones aplicables con posterioridad al registro de la Sociedad Europea.

Por último, en cuanto a Italia hay que poner de relieve que en el proceso de transposición de la Directiva 2001/86 ha resultado de especial importancia el hecho de las partes sociales han estado empeñadas durante un largo período en un debate conjunto caracterizado por su complejidad dada la obligación de definir la modalidad de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, y más cuando ello resulta ser una cuestión extraña a la tradición interna en materia societaria así como a la propia tradición de las relaciones industriales en Italia. Ello dio lugar a la suscripción, el 2 de marzo de 2005, de un *«avviso comune»* por un amplio espectro de actores sociales [14], dentro de los cuales sobresale especialmente en cuanto a lo que corresponde a la parte empresarial, que ha sido valorado [15] como un posible indicio de lo que puede ser un concreto interés de los empresarios que operan en diversos sectores industriales por hacer uso de las posibilidades que les ofrece la nueva figura jurídica societaria europea.

En este *«avviso comune»* las partes sociales se han decantado a favor del «modelo dualista» de la sociedad europea, puesto que lo entienden como la opción más idónea para alcanzar los máximos resulta-

---

[14] En concreto el «avviso comune» de 2 de marzo de 2005, fue firmado por: CGIL, CISL, Uil y Confindustria, ABI, ANIA, Confcommercio, Confservizi.

[15] *Vid.* GUARRIELLO, F.: *Il recepimento della direttiva sul coinvolgimiento dei lavoratori nella Societá Europea.*

dos posibles que se pueden derivar de la instancia de participación de los trabajadores en dicha sociedad, lo cual contribuye en mayor medida a desarrollar un *«papel de influencia sobre la estrategia de la empresa, contribuyendo a criterios más evolucionados de transparencia de la gobernanza»*. De este modo se invoca la necesidad de que el decreto legislativo de transposición que lleve a cabo la reforma del derecho societario italiano deba recoger esta opción, a fin de dar respuesta a las solicitudes que se le planteaban por las partes sociales. Sin embargo ello no se ha acogido, por cuanto no ha sido modificado el decreto legislativo de 17 de enero de 2003, que recoge la reforma orgánica del régimen de la sociedad de capital y de la sociedad cooperativa, y en el que se limita a permitir a la autonomía estatutaria de la sociedad la opción entre los diferentes sistemas monista o dualista.

Sin embargo, se ha criticado [16] la escasa decisión de las partes sociales a la hora de diseñar las diferentes variables sobre las que debería el Gobierno y el Parlamento hacer girar la regulación sobre la implicación de los trabajadores en la sociedad europea, en razón a la experiencia en la materia de empresas emblemáticas italianas como Zanussi o otras tantas que pertenecieron al IRI. En este sentido se puede decir que las partes sociales han optado por un modelo mínimo y ambiguo creado desde un plano de paridad entre todos los modelos posibles que se pueden derivar de la Directiva, demostrando en consecuencia un escaso coraje y malinterpretando el papel que deberían cumplir frente a las diferentes opciones que ofrece el legislador comunitario.

Esta escasa voluntad innovadora de las partes sociales es la que ha venido a recoger el propio legislador cuando ha llevado a efecto la transposición de la Directiva 2001/86 al ordenamiento jurídico italiano, a través del Decreto legislativo de 19 de agosto de 2005 (G.U. núm. 220, de 21 de septiembre de 2005). Aunque si bien, se puede decir que va más allá, en cuanto que no recoge parte de las propuestas reflejadas por las partes sociales en el *«avviso comune»* de 2 de marzo de 2005, lo cual ha motivado el que se haya reclamado por aquéllas la acomodación de tal norma a cuanto se propuso en su momento, a fin de dar plena respuesta a los requerimientos que se pretenden alcanzar con la normativa transpuesta.

---

[16] En este sentido, *vid.* FERRANTE, V.: *La trasposizione della direttiva che completa lo statuto della SE: tante incomprensión e poco coraggio,* en http://www.upf.es, p. 3.

IV. EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En relación al proceso de transposición de la Directiva 2001/86 por parte del España, el primer dato que hay que resaltar sería que como Estado miembro de la Unión Europea pertenece al grupo de países que, como hemos destacado en cuanto nos antecede, ha incumplido la obligación de transponer la mencionada Directiva en el tiempo en el que se había establecido en el artículo 14.1 de la misma, y que como sabemos fue el 8 de octubre de 2004. Ello puede deberse a diferentes motivos —falta de voluntad política en regular una materia sobre la que el propio partido político que ostentaba la mayoría legislativa había sido el principal artífice en los últimos tiempos del bloqueo para la aprobación de la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea; también el proceso electoral de 2004 que llevó al consabido cambio del partido político que ocupa el Gobierno—, y puede ser achacable a diferentes «sujetos» —Gobierno de la derecha anterior a marzo de 2004 y/o Gobierno socialista posterior a dicha fecha—, lo cual no permite en ningún caso justificar que seamos de los últimos países en cumplir con esta obligación, y que con ello se imposibilite la puesta en práctica de un nuevo tipo societario de ámbito comunitario de especial importancia para todas aquellas sociedades que operan en más de un Estado miembro, y que pretenden constituirse en Sociedad de Derecho Comunitario y actuar como operador único en toda la Unión Europea.

El Gobierno a fin de dar cumplimiento a la referida transposición de la Directiva 2001/86 inició los trámites legales oportunos para la aprobación de una Ley sobre esta materia, y en este sentido como uno de los primeros pasos a dar, presentó un Anteproyecto de Ley titulado «sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas» ante el Consejo Económico y Social a fin de que emitiese Dictamen sobre el mismo, lo cual se realizó en la sesión del Pleno de 18 de mayo de 2005 [17]. En el mismo habría que destacar determinados aspectos a los que se hace referencia en él, tales como la, a su juicio, insuficiencia que presenta el informe de impacto por razón de género del mencionado Anteproyecto, entendiendo la errónea apreciación que se afirma en relación a la neutralidad de sus disposiciones normativas. La necesidad de completar el catálogo de infracciones con los supuestos que prevean sanciones para cualquier decisión que se adoptare y que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, sea directa o indirecta. Igualmente se pone de relieve en este Dictamen la falta de coincidencia en aspectos concretos entre las organizaciones sindicales y las empresaria-

[17] *Vid.* Dictamen acerca del Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas, en http://www.ces.es.

les, lo cual como después veremos encuentra su fiel reflejo en el propio proceso de discusión parlamentaria. En concreto, cuatro son los aspectos sobre los que hay enfrentamiento de posiciones sobre el contenido final que debería recoger el Proyecto de Ley: la posibilidad de participar representantes sindicales externos en la comisión negociadora; la existencia y alcance de la obligación de financiación de expertos en cuanto que estos apoyen y asistan en sus funciones a la comisión negociadora y el órgano de representación; el alcance de la reserva de información e información confidencial, así como las sanciones que se derivarían de su incumplimiento; y, en fin, sobre el contenido y alcance de los permisos de formación y el crédito de horas de los representantes de los trabajadores.

Posteriormente este Anteproyecto de Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas, fue sometido a Dictamen ante el Consejo de Estado, el cual en Pleno procedió a emitirlo en sesión celebrada el 27 de octubre de 2005. Los aspectos más relevantes se centraron principalmente en: el cuestionamiento del uso del termino «implicación», frente al tradicional, consolidado en Derecho español y más apropiado de «información, consulta y participación»; el tratamiento de los aspectos procesales de este Anteproyecto como modificaciones a los correspondientes textos legales procesales vigentes; el que el Anteproyecto se centre y utilice el criterio del domicilio; aspectos concretos sobre la comisión negociadora como la información que ha de rendir a las organizaciones sindicales, su composición, determinadas reglas referidas a la presidencia de la misma, los expertos que la asistan; sobre el acuerdo de implicación; en materia del régimen de información, consulta y participación se comentan cuestiones como la calificación del mismo, la aplicación del régimen subsidiario, actuación del órgano de representación; en referencia al capítulo de disposiciones comunes se vienen a referir al cómputo de trabajadores, la reserva y confidencialidad y constitución de las sociedades anónimas europeas en perjuicio de los derechos de los trabajadores; en materia procesal, además del ya referido criterio por el que debería establecerse modificaciones a las normas procesales y no una regulación separada, también se resalta la necesaria delimitación del orden jurisdiccional competente, reservando al civil cuantas cuestiones correspondan típicamente a este ámbito; y, por último, se refiere a la disposición adicional del Anteproyecto, la cual debería enderezarse a garantizar los derechos de representación laboral que tenían hasta el momento los trabajadores de las sociedades participantes en la Sociedad Anónima Europea que dejen de existir como entidades jurídicas diferentes, así como prever que la estructura y mandato de sus representantes se adaptará a la situación en que hayan quedado los trabajadores después de extinguirse las sociedades que los empleaban hasta entonces.

Este proceso de transposición ha seguido su curso mediante la presentación por el Gobierno de la Nación del Proyecto de Ley titulado «sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», para el cual la Mesa de la Cámara encomendó su aprobación por el procedimiento legislativo de urgencia [18]. Y, en el momento en el que se escribe, dicho Proyecto de Ley se encuentra dentro de la fase de informe de la Ponencia en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados [19].

A la vista del Proyecto de Ley, y sin entrar a valorar de manera pormenorizada sus aspectos técnicos-jurídicos y jurídico-normativos, pues no es este el momento para ello, si que habría que detenerse mínimamente sobre algunas de las enmiendas propuestas por los diferentes Grupos Parlamentarios sobre el texto de aquél, tales como: ampliación/reducción de los sujetos legitimados para estar presentes como representantes de los trabajadores en la comisión negociadora; presencia, alcance y obligaciones sobre los expertos que asistan a la comisión u órganos de representación; acceso al uso de las nuevas tecnologías propiedad de la empresa; aseguramiento/modulación del derecho a la formación de los miembros del órgano de representación; o, en fin, el alcance de la reserva sobre la aportación de información.

A la vista de ello, podemos afirmar que cabría hacer una triple conclusión: por un lado, el que de nuevo se repite la confrontación de pareceres en aspectos que de una manera u otra incidirán en concretos intereses de la parte empresarial y laboral, y que ya se pusieron de evidencia en el Dictamen del Consejo de Estado; de otro, el que las enmiendas propuestas en buen número de casos no van más allá de meros retoques parciales, obviando las posibilidades que la norma comunitaria permite, y que no se tiene la voluntad política de ponerlos en práctica, optando por una equiparación —además a la baja— de todos los modelos de implicación previstos en la Directiva, haciendo caso omiso a la posibilidad de abrir el debate político sobre una apuesta en firme por los modelos de participación fuerte en el sistema de relaciones laborales de España; y, en fin, al menos no se viene a plantear en el debate parlamentario —por ahora— las posibilidades de excepcionar la aplicación de lo preceptuado en la Directiva sobre implicación de los trabajadores para los casos previstos en el artículo 7.3 de la misma —cláusula del *opting out*—, y que vino a ser la «deshonrosa conquista»

---

[18] Publicado el Proyecto de Ley titulado «sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas», en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 59-1, de 25 de noviembre de 2005.

[19] *Vid.* «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado», publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 59-7, de 14 de febrero de 2006.

que se tuvo que reconocer al Gobierno de España, principal pero no exclusivamente adalid de tal excepción, para que pudiera ver la luz de manera definitiva esta Directiva 2001/86 [20].

V. REFLEXIÓN FINAL

La materialización del Mercado Único Europeo ha supuesto, sin lugar a dudas, el que se vean favorecidas situaciones de expansión de las actividades empresariales más allá de las fronteras nacionales, del mismo modo que situaciones de concentración de empresas con marcado carácter o ámbito europeo. Sin embargo ello no venía en paralelo posibilitado desde las normativas nacionales a través de concretos instrumentos de armonización jurídico-societario, fiscal y laboral. Más bien, ocurría todo lo contrario, impidiéndose, en consecuencia, que las estructuras de producción adquirieran una dimensión o escala comunitaria, tanto para la realización de actividades económicas transfronterizas, como operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial, además de crear los mecanismos jurídicos necesarios para la libre movilidad intracomunitaria de estas sociedades. Como hemos puesto de relieve, ello hacía de todo punto necesaria la armonización de los sistemas jurídicos nacionales a fin de crear los medios que permitieran la adaptación del Derecho Societario al espacio económico europeo, y ésta fue la principal razón por la que se ha venido «luchando» durante tres largas décadas por la consecución de una norma comunitaria que previera esta posibilidad.

Sin embargo, en el nacimiento de la una Sociedad Europea se tuvo en todo caso presente la idea de *pas de société européenne sans une certaine forme de participation*. En consecuencia, la implicación de los trabajadores se configuró como elemento de necesaria concurrencia para que se diera la posibilidad de constituir la Sociedad Europea. Y ello fue y ha sido uno de los principales escollos en el difícil camino hacia la consecución de mayores cotas de democracia industrial en los sistemas de relaciones laborales, siendo además el «caballo de batalla» dentro de la política social comunitaria que ha llevado a que a fin de alcanzar determinados objetivos, se han tenido de sacrificar otros, haciendo que los resultados de los procesos legislativos sean al final sobre consenso de mínimos.

---

[20] Esta excepción determinará en consecuencia el que los Estados miembros compitan en el momento de transponer la Directiva ya no sólo entre los diversos modelos de implicación en la sociedad europea, sino en la propia presencia o no de ella. *Vid.* WEISS, M.: «La partecipazione dei lavoratori nella societá europea», en *Diritto delle Relazioni Industriali,* núm. 1/XIII, 2003, p. 132.

No obstante, el hecho de que la aproximación de la Unión Europea se realice simplemente sobre la incentivación y puesta en marcha de procedimientos para promocionar el concepto de la participación de los trabajadores en la gestión decisional, basando tal estrategia sobre que tal participación es favorable no sólo para los trabajadores, sino también para el propio desarrollo económico de la empresa, permite ser en cierto modo optimista respecto a que se da —aunque pequeño— algún que otro paso hacia el establecimiento de la «democracia industrial» como característica central del modelo social europeo [21].

[21] *Vid.* Weiss, M.: «La partecipazione dei lavoratori nella Comunitá europea», en *Diritto delle Relazioni Industriali,* núm. 1/XIV, 2004, p. 171.

Comunicación a la Ponencia Temática I

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: LA DIRECTIVA 2001/86/CE Y SU PROYECTADA TRANSPOSICIÓN A NUESTRO ORDENAMIENTO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
Profesora Titular de Universidad (habilitada) del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

TERESA VELASCO PORTERO
Profesora contratada laboral a tiempo completo
INSA-ETEA, Facultad de Empresariales
Centro adscrito a la Universidad de Córdoba

SUMARIO:

1. LA DIRECTIVA 2001/86/CE EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA COMUNIDAD EUROPEA.—2. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2001/86/CE.—3. TRANSPOSICIÓN (PROYECTADA) DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

1. LA DIRECTIVA 2001/86/CE EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA COMUNIDAD EUROPEA

El derecho de los trabajadores a ser informados, e incluso consultados, respecto de la toma de algunas decisiones empresariales se presenta, desde hace algún tiempo, como un elemento clave de la Política social comunitaria [1]. Ahora bien, su regulación lejos de ser pacífica plantea serios problemas por la diversidad y heterogeneidad de sistemas nacionales de representación [2]. De hecho, para soslayar esta dificultad (y tras varios intentos frustrados de concreción de un modelo común de representación), la Comunidad ha optado finalmente por garantizar a los trabajadores el acceso a cierta información empresarial y la consulta para la adopción de algunas decisiones particularmente relevantes, edificando estos derechos sobre la base de los sistemas nacionales de representación. A esta técnica responden la Directiva general 2002/14/CE, por la que se

---

[1] Así lo establece el artículo II-27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión cuando consagra el «Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa», y más recientemente el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, cuyo artículo II-87 establece que «deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales».

[2] Nótese, en este sentido, que mientras en algunos Estados funciona un único canal de representación en otros, como el nuestro, coexisten dos cauces de representación; esta circunstancia ha provocado el recelo de los Estados a que la normativa estatal obligue a reformar los modelos propios. *Vid.* M.ª E. CASAS BAAMONDE: «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL*, núm. 10, 1993, p. 3. También, N. CATALA y R. BONNET: *Droit Social Europeen*, Liter, París, 1991, p. 196; M. ROCCELLA y T. TREU: *Diritto del Lavoro della Comunita Europea*, Cedam, Padova, 1993, p. 316 y ss. Además, sobre las distintas vías de participación, J. MERCADER UGUINA: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución europea como telón de fondo», en *RMTAS,* núm. 57, 2005, p. 287.

establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, y las específicas para determinado tipo de empresas: Directiva 94/45/CE, sobre derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria, Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, sobre la implicación en la Sociedad Cooperativa Europea (cuyo Estatuto se aprobó por Reglamento 1435/2003/CE, del Consejo, de 22 de julio). Estas tres Directivas específicas responden al mismo objetivo, a saber: tutelar los intereses de los trabajadores que prestan servicios en empresas que, por exceder del ámbito nacional, presentan especial riesgo de que en su constitución y/o funcionamiento se adopten decisiones que afecten gravemente a los trabajadores que prestan sus servicios en un país distinto a aquel en que se toman las decisiones [3].

La Directiva general no ha sido expresamente transpuesta a nuestro ordenamiento, probablemente porque se ha entendido que los derechos reconocidos a los representantes de los trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores cubren suficientemente el suelo diseñado por la norma comunitaria (aunque respecto de los derechos de consulta genere ciertas dudas). Por su parte, la Directiva 94/45/CE, se transpuso por medio de la Ley 10/97, de manera bastante fiel al texto de la Directiva, mientras que la incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva sobre participación de los trabajadores en Sociedades Anónimas Europeas (en adelante SE) está en proceso de tramitación parlamentaria, y nada se ha hecho aún respecto de la transposición de la relativa a la participación en Sociedades Cooperativas Europeas.

Sin perjuicio de que la transposición de todas estas normas a nuestro sistema plantee cuestiones ciertamente interesantes, esta comunicación tiene por objeto el análisis únicamente de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001 y su proyectada transposición al ámbito nacional.

2. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2001/86/CE

La Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre participación de los trabajadores en la llamada «Sociedad Anónima Europea», completa en

---

[3] Gran parte de lo que digamos con respecto a la Directiva 2001/86/CE es aplicable a la Directiva 2003/72/CE, que establece mecanismos que garantizan que la constitución de una Sociedad Cooperativa Europea (en adelante, SCE) no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las entidades que formen parte del proceso de creación de la sociedad, especialmente en el caso de fusiones y transformaciones. M. ESPÍN SÁEZ: *Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea...,* cit., p. 234.

este concreto punto, no sin dificultad [4], el Reglamento 2157/2001, de aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (de establecimiento de un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los distintos Estados miembros puedan planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria) [5]. Tanto su estructura como, en buena medida, su contenido muestran un gran paralelismo con la Directiva 94/45/CE, relativa al Comité de Empresa Europeo, cuya aplicación prima además sobre esta otra [6], estableciéndose con ello una relación de «subsidiariedad», en el bien entendido que las formas de participación previstas en esta Directiva sólo son aplicables a las sociedades a las que no les resultan de aplicación las reglas de la Directiva 94/45/CE[7].

Por lo demás, debe tenerse en cuenta, en primer término, que la Directiva no ofrece una definición propia de la SE, remitiéndose a tal efecto a lo dispuesto en el Reglamento que desarrolla —según el cual las SE son sociedades anónimas que resultan de procesos de fusión, de la formación de holdings o de filiales de sociedades constituidas en diferentes Estados miembros, con personalidad jurídica propia cuyo capital, nunca inferior a 120.000 euros, se encuentra dividido en acciones, y cuya sede está registrada en algún Estado de la Comunidad (su domicilio social debe hallarse en el Estado miembro en el que se encuentre su administración central)—, y a la Directiva 94/45/CE para concretar lo que se entiende por sociedad que ejerce una influencia dominante, concepto nece-

---

[4] *Vid.* sobre los frustrados proyectos previos relativos a la Sociedad Europea, A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA y S. SCIARRA: *Dizionario di Diritto del Lavoro...,* cit., pp. 488-494. En general, sobre los antecedentes de esta norma, F. VALDÉS DAL-RÉ: «La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después», en *RL*, núm. 6, 2003, pp. 3-12; *vid.* M. E. CASAS BAAMONDE: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación y diferentes modelos de implicación convenida)», en *REDT*, núm. 117, 2003, pp. 358-362; G. ESTEBAN VELASCO: «Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pp. 1768 y ss.

[5] En general sobre el contenido de sendas normas, R. ANSÓN PEIRONCELY: *La sociedad anónima europea. Análisis del Reglamento 2157/2001/CE sobre el estatuto de la sociedad europea y de la Directiva 2001/86/CE*, Bosch, Madrid, 2005; D. DUPRAT: *La societas europaea*, Librería Editora Platense, 2004. Además, G. ESTEBAN VELASCO: «El compromiso de Niza: Por fin la Sociedad Europea», en *Revista de Derecho de Sociedades,* núm. 16, 2001, pp. 141 y ss.; I. FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA: «El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Europea», en *Diario La Ley*, núm. 5645, 22 de enero de 2002, p. 1 y ss.

[6] En este sentido, la Directiva advierte que «cuando una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria con arreglo a la Directiva 94/45/CE o de la Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997(6) por la que se amplía al Reino Unido dicha Directiva, no se le aplicarán, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de dichas Directivas ni las disposiciones que las incorporen a los Derechos nacionales que les afecten».

[7] *Vid.* sobre esta relación, F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea...,* cit., p. 7.

sario para definir las «filiales» (empresas sobre las que una SE ejerza una influencia de este tipo) [8]. Nótese, en todo caso, que se prevén cuatro formas de constitución de una SE, a saber: por fusión, por creación de una sociedad de cartera, por creación de una filial común o por la transformación de una sociedad anónima de Derecho nacional [9].

El propósito de esta Directiva, con escrupuloso respeto del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad [10], es garantizar el derecho de los trabajadores a implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de la SE en la que prestan servicios, impidiendo, además, que el establecimiento de la SE suponga la desaparición o reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de una SE [11]. Para ello se establece un procedimiento de negociación que ha de llevar al establecimiento de mecanismos de información, consulta y, en su caso, participación en dichas sociedades [12]. Se trata de un procedimiento similar al establecido para las empresas de dimensión comunitaria, que comienza con la cons-

---

[8] Sí define, sin embargo, las sociedades participantes —que son aquéllas que participan directamente en la constitución de una SE— y las filiales o establecimientos *afectados* —que son las filiales o establecimientos de una sociedad participante que según el proyecto vayan a pasar a ser filiales o establecimientos de la SE en el momento de su constitución—.

[9] Sobre las distintas formas de constitución de la SE, L. García Rodulfo, J. M. de Faramiñan Fernández-Fígares: «Societas Europaea», en *Aranzadi, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 2, 2004.

[10] Sobre este punto, F. Valdés Dal-Ré: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo Derecho comunitario», en *RL*, núm. 11, 2003, pp. 3-4.

[11] Sobre este punto, J. Luján Alcaraz: «La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001 (LCEur 2001, 3912), por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores», en *AS*, núm. 1, 2002, p. 12; M. E. Casas Baamonde: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...,* cit., pp. 363-364.

[12] Se entiende por información «la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan 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». Por consulta «la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan 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». Y por participación, «la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes 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 oponerse a la designación de una parte o de todos los

titución de una comisión negociadora [13] (una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, o después de adoptarse un proyecto para crear una filial o para transformarse en una SE), que llevará a cabo las gestiones necesarias [14].

Será la comisión negociadora, órgano de estricta representación social y de duración pasajera y transitoria, así formada, la que negocie con los órganos competentes de las sociedades participantes (tal como se indique en los estatutos de la sociedad) a fin de llegar a un acuerdo sobre la constitución de instrumentos de implicación de los trabajadores, pudiendo extenderse la negociación seis meses o incluso un año desde la constitución de la comisión [15]. Este proceso negociador se llevará a

---

miembros del órgano de administración o de control de la sociedad». Esta participación no supone gestión directa sino tareas de vigilancia y de desarrollo de las estrategias empresariales.

[13] La constitución de esta comisión procede cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, teniendo en cuenta que ninguna SE podrá constituirse mediante junta general en tanto no se haya optado por uno de los modelos de participación descritos en la Directiva.

[14] Negociaciones que se llevarán a efecto en el seno de la correspondiente comisión negociadora, integrada por representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados. La norma comunitaria hace una llamada a la legislación nacional para que sea ésta la que concrete la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio, procurando que entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado miembro afectado. No obstante, esta facultad estatal queda constreñida por un considerable número de reglas o condicionante sobre la proporcionalidad y el número máximo de miembros que pueden formar parte de la comisión. Así, por ejemplo, los Estados deben garantizar que los miembros sean elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros. Además, los Estados deben garantizar la entrada en la comisión de miembros adicionales en representación de cada Estado miembro cuando la SE se constituye mediante fusión. Sobre esta cuestión, F. Valdés Dal-Ré: «El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad europea a través de la negociación colectiva», en *RL*, núm. 13, 2003, pp. 3-4. E. Terradillos Ormaetxea: «Iniciativas comunitarias en la promoción de la participación (financiera y otras) en la empresa», en AA.VV. (J. P. Landa Zapirain, coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 65.

[15] Respecto al órgano competente conviene tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, la SE habrá de constar de una junta general de accionistas y, o bien con un órgano de dirección y un órgano de vigilancia (sistema dualista), o bien un órgano de administración (sistema monista). Téngase en cuenta, en este sentido, las reformas que se prevé llevar a efecto en la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo texto refundido se aprobó por RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre, a la que el Proyecto de Ley sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España (de 28 de enero de 2005), programa añadir un nuevo capítulo, el XII («De la Sociedad Anónima Europea») (art. 327, sistema monista, art. 328 y ss., sistema dual).

efecto conforme a las reglas previstas en el Estado miembro en el que la SE tenga su sede registrada, si bien el papel de la autonomía de la voluntad es muy amplio en este aspecto, ya que serán las partes las que decidan, por mayoría absoluta, y tras haber negociado de buena fe («con espíritu colaborador» dice la norma), la forma de implicación de los trabajadores en la SE. La decisión se plasmará en el acuerdo (necesariamente escrito), que habrá de concretar los procedimientos de información y consulta transnacional aplicables a la SE así como, en su caso, el procedimiento de participación. En ausencia de acuerdo sobre estos puntos serán aplicables las normas subsidiarias, que reciben el nombre de «disposiciones de referencia» [16]. Es precisamente este órgano de representación constituido mediante el correspondiente acuerdo el que canalizará la información, consulta y/o participación de los trabajadores de la SE [17].

La implicación supondrá, como mínimo, el reconocimiento de derechos de información y consulta similares a los reconocidos en la Directiva general sobre participación de los trabajadores [18]. Así, las partes

---

[16] El acuerdo deberá contener los siguientes datos: la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación que será el interlocutor del órgano competente de la SE en el marco de las disposiciones relativas a la información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos; las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta al órgano de representación; y la frecuencia de las reuniones del órgano de representación; los recursos financieros y materiales que se asignarán al órgano de representación; en caso de que, durante las negociaciones; la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación. En este sentido, G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad...,* cit., p. 19 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ: «La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (Evolución, marco general y disposiciones de referencia)», en AA.VV.: *La sociedad anónima europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1101-1109; M.ª C. GARCÍA ARCE y J. A. PRIETO JUÁREZ: «Acción social en la empresa...», *op. cit.,* pp. 268-273.

[17] El objetivo del legislador comunitario es que las SE lleguen con los representantes de sus trabajadores a un acuerdo sobre la forma más apropiada de implicación de sus empleados en la sociedad. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad europea...,* cit., p. 9.

[18] La participación es un procedimiento de implicación que las partes pueden reconocer a los trabajadores (a sus representantes), pero que no tiene que atribuirse necesariamente, es más, si existen en las distintas sociedades procedimientos de participación previos a la creación de la SE, las partes en principio deberán preservarlos transfiriéndolos a la SE, aunque la Directiva les permite llegar a un acuerdo para que no se produzca tal mantenimiento. De este modo, la Directiva prevé que todo proyecto de constitución de una SE deberá ir acompañado de negociaciones con los representantes de los trabajadores en las respectivas sociedades con el fin de organizar la participación de los trabajadores en la SE. Si sobre esta participación se llega a un acuerdo será éste el aplicable, si, por el contrario, el acuerdo no se consigue serán de aplicación las disposiciones de referencia del Anexo de la Directiva, que contemplan, en todos los casos, la información y la consulta de los trabajadores sobre la base de informes regulares elaborados por la dirección

pueden optar por limitar los derechos de implicación a la información y consulta, que a su vez, podrá llevarse a efecto, a través de un órgano de representación específico, o mediante uno o más procedimientos de información y de consulta, necesariamente concretados en el acuerdo. Pero también puede ocurrir que las partes opten por la «participación de los trabajadores», en cuyo caso deberán constar en el acuerdo los aspectos sustanciales de las normas de participación [19].

Cuando la comisión negociadora no llegue a un acuerdo en el plazo máximo de un año, y también cuando las propias partes así lo decidan, la implicación de los trabajadores en la SE se regirá por las «disposiciones de referencia» del Estado en el que se encuentre la sede social de la SE. Estas disposiciones nacionales deben respetar las prescripciones anunciadas como disposiciones de referencia en el Anexo de la Directiva, y contener, al menos, la composición del órgano de representación de los trabajadores, los procedimientos de información y consulta y los de participación.

En todo caso, en defecto de acuerdo sobre el procedimiento de información y consulta se imponer la creación de un «órgano de representación de los trabajadores» [20]. Este órgano diferenciado de representación, de cuya composición será informado el órgano competente de la SE, estará compuesto, a tenor de lo dispuesto en las disposiciones de referencia de la Directiva, por trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, conforme a la legislación o prácticas del Estado en el que la SE tenga registrada su sede, y siempre respetando la proporcionalidad entre los representantes de cada Estado presentes en el órgano y el número de empleados que prestan servicios en cada territorio [21]. En el seno de este

---

referidos a ámbitos precisos, y en algunos supuestos, a los que aludiremos, mecanismos de participación.

[19] *Vid.* M. E. CASAS BAAMONDE: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación y diferentes modelos de implicación convenida)», en *REDT*, núm. 117, 2003, pp. 335 y ss.; F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad europea...,* cit., pp. 8-11.

[20] Si, por el contrario, se alcanza el acuerdo, las partes podrán, en lugar de constituir un órgano específico de representación, decidir que los trabajadores estén representados en el órgano de vigilancia o en el de administración correspondiente de la SE, o bien establecer un modelo diferente (ni órgano específico ni representación en los de la sociedad), siempre, por supuesto, que se respete el nivel de información y de consulta previsto para el modelo que establece un órgano diferenciado. En este sentido, G. A RRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad...,* cit., pp. 19-20.

[21] El órgano de representación podrá constituir en su seno un comité restringido de no más de tres miembros (siempre, por descontado, que las dimensiones de la SE lo aconsejen), y elaborará su propio reglamento interno.

órgano harán realidad los trabajadores sus derechos de información y consulta, o en su caso de participación [22].

Respecto a los términos en los que se reconoce el derecho de información y consulta del órgano de representación en la Directiva, lo más reseñable es que alcanzarán solo a las cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros Estados miembros o a aquellos que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro. Para hacer efectiva esta prerrogativa el órgano de representación tendrá derecho a reunirse al menos una vez al año con el órgano competente de la SE, sirviendo de base a dicha reunión la información extraída de los informes periódicos elaborados por el órgano competente, en relación con la evolución y perspectivas de las actividades de la SE, y en ella se tratarán especialmente los siguientes temas: estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y la evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos procesos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierres de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos. De los resultados de las reuniones, los miembros del órgano de representación informarán a los representantes de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, debiendo respetarse en todo caso el deber de confidencialidad.

Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el nivel de implicación de los trabajadores en la SE en cuestión (también si así lo deciden expresamente), al órgano de representación se le aplicarán las disposiciones de referencia del Estado en que la SE tenga su sede [23]. En tal caso,

---

[22] En este sentido, es preciso advertir que en todas las SE este órgano tendrá, como mínimo, las competencias y poderes de información y consulta a que se refiere la Directiva, y tendrá atribuido el derecho de «participación» (recordemos que la aplicación de las disposiciones de referencia presupone la ausencia de acuerdo) en los supuestos previstos en la Directiva y en los términos enunciados en la parte tercera de su Anexo. A los cuatro años de su constitución, el órgano de representación de la SE decidirá si inicia negociaciones para llegar a un acuerdo sobre el mecanismo de implicación de los trabajadores, en cuyo caso, este órgano hará las veces de comisión negociadora, o si continúa rigiéndose por las disposiciones de referencia del Estado en el que tiene su sede.

[23] Las disposiciones aplicables serán las relativas a la «participación de los trabajadores» (en lugar de simplemente las de información y consulta, que ya advertimos constituyen el nivel mínimo de implicación), en función de la existencia de mecanismos de participación previos a la constitución de la SE (pues sólo en este caso será preciso establecer, más bien, mantener mecanismos de participación) y del origen de la SE, en concreto, en los siguientes supuestos: a) si se trata de una SE constituida por transformación, cuando las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se venían aplicando a una sociedad transformada en

los trabajadores de la SE dispondrán, además de los derechos de información y consulta, del derecho de participación, que se regirá por las reglas dispuestas al efecto en la Directiva. La primera regla que debe tenerse en cuenta es que si se trata de una SE por transformación la participación organizada en la sociedad antes de su transformación continuará resultando aplicable. En los demás casos (cuando la SE no se ha constituido por transformación), la participación consistirá en el derecho de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un determinado número de miembros del órgano de administración o de control de la SE, ese número será «igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE» [24].

Por último, la Directiva recoge una serie de disposiciones en relación con cuestiones como el deber de confidencialidad y reserva, la

---

SE; b) si la SE ha resultado de un proceso de fusión, estas disposiciones serán aplicables si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes; o si, antes del registro de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos de un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la comisión negociadora así lo decide; c) si la SE se ha constituido mediante la creación de una sociedad holding o de una filial, las disposiciones sobre «participación» serán aplicables si antes de la inscripción de la SE se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos al 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes; o si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen a menos del 50% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes y la comisión negociadora así lo decide.

[24] De este modo, si la sociedad procede de un proceso de transformación, la participación que se impone a la SE alcanzará a la intervención de los trabajadores en el órgano de administración o control de la SE en los términos que se viniesen imponiendo en la legislación del Estado miembro que previese reglas de participación antes de la inscripción de la SE. Si la SE no deriva de un proceso de transformación, la participación consistirá en el derecho de los trabajadores a intervenir en el órgano de administración o de control de la SE eligiendo, designando, recomendando u oponiéndose a la designación de los miembros del mismo. Esta designación estará limitada a un número máximo, que alcanzará al mayor de entre los reconocidos en cada sociedad antes de la constitución de la SE, es decir: se tomará la proporción más alta de miembros en el órgano de administración o control que se permitiese a los trabajadores designar en las distintas sociedades antes de la inscripción de la SE. El modo en que se proceda a la designación de los miembros en el órgano de administración o control corresponderá concretarlo al órgano de representación diferenciado (recordemos, de obligada creación en defecto de acuerdo), siempre respetando el criterio de proporcionalidad, es decir: en función del número de trabajadores empleados en cada Estado, pudiendo cada Estado determinar la forma de reparto de los puestos que le correspondan. Una vez hecha la distribución correspondiente de los puestos, los representantes de los trabajadores tendrán los mismos derechos (incluido el voto) y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas.

protección de los representantes de los trabajadores, o el uso indebido de los procedimientos [25].

3. TRANSPOSICIÓN (PROYECTADA) DE LA DIRECTIVA AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La transposición de esta Directiva, necesariamente conjugada con los mandatos del Reglamento, debía haberse llevado a efecto a más tardar el 8 de octubre de 2004 [26]. En nuestro caso una incorporación expresa de esta norma resulta totalmente imprescindible, ya que su objeto es la armonización de instrumentos de información, consulta y participación transnacional en el marco de un tipo concreto de empresa, y la legislación española no contiene regla alguna en este sentido [27]. Aunque esta integración aun no se ha llevado a cabo, sí se ha aprobado ya la ley que garantiza la efectividad de las normas mercantiles de

---

[25] Respecto a la confidencialidad, se recuerda a los Estados que deben imponer a los miembros de la comisión negociadora y de los órganos de representación, así como a los representantes de los trabajadores y a los expertos, la obligación de preservar la información que les proporcione la sociedad con carácter confidencial, información que en los excepcionales supuestos previstos *ad hoc* en la norma nacional puede reservarse para sí la empresa (cuando pueda ocasionar un perjuicio grave a los intereses de la sociedad), pudiendo en tales casos el Estado exigir una autorización previa para la no cesión. La norma también hace una llamada al «deber» de los representantes de trabajadores y de los órganos de control y administración de la SE de trabajar con espíritu de colaboración, respetando los derechos y obligaciones recíprocos, entre ellos el derecho de los miembros de la comisión negociadora, del órgano de representación y de los representantes de los trabajadores en general de disfrutar en el ejercicio de sus funciones de la misma protección y garantías ofrecidas a los representantes de los trabajadores en el territorio de cada Estado, especialmente el pago del salario durante la realización de sus funciones; y a la obligación de los Estados de ejercer el debido control para evitar que se creen órganos artificiales de implicación, es decir: que resulten ineficaces, previendo, entre otros medios, recursos administrativos o judiciales a los que puedan acudir los representantes de los trabajadores cuando el órgano de control o de administración de la SE o de la sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información.

[26] Esta transposición puede hacerse directamente por los Estados o garantizando que los interlocutores a tal fecha hubiesen adoptado las medidas precisas para preservar los derechos de los trabajadores reconocidos en la norma comunitaria. En nuestro caso la transposición, vista la fórmula empleada por el legislador comunitario, debería asemejarse a la propia de la 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, en lo que a la entrada de los interlocutores sociales se refiere, teniendo en cuenta que esta última no ha sido aún transpuesta, si bien la necesidad de un acto de transposición expreso en este caso no resulta tan perentorio como en el que ahora nos ocupa.

[27] La situación normativa es equiparable a la generada con la aprobación de la Directiva sobre el comité de empresa europeo, la legislación española debe adaptarse a esta nueva forma de organización empresarial, la SE, acomodación que debe acontecer tanto a nivel administrativo, mercantil y fiscal, como laboral, en concreto, en lo que se refiere a la implicación de los trabajadores en las decisiones empresariales.

aplicación directa contenidas en el Reglamento (CE) número 2157/2001 —Ley 19/2005 sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España—, y existe un proyecto de ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas en tramitación parlamentaria en estos momentos [28].

Este proyecto de ley es un texto complejo, que en parte reproduce el contenido de la Directiva y, en parte, hace uso de la autorización de la norma comunitaria para concretar determinados aspectos. Aunque su adecuación a la Directiva no ha generado excesiva polémica sí se han producido ciertas discrepancias entre organizaciones sindicales y empresariales sobre determinados aspectos de su regulación [29]. En todo caso, su articulado se estructura en cuatro títulos: uno preliminar dedicado al objeto de la ley y una serie de definiciones básicas, y a continuación un Título I que contiene las disposiciones aplicables a las SE domiciliadas en España, un Titulo II sobre disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas, pero sin tener en nuestro país la dirección central, y un Título III dedicado a los procedimientos judiciales que garanticen el cumplimiento de lo en ella dispuesto [30].

Por lo que al Título Preliminar respecta, señalar que el proyecto hace propias las definiciones de la Directiva, lo que ha recibido la crítica del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, en tanto que la fórmula «implicación de los trabajadores», resulta completamente ajena a nuestra regulación tradicional de las relaciones laborales [31].

---

[28] El texto del anteproyecto fue objeto de los informes y dictámenes preceptivos por parte de determinados órganos consultivos: Consejo Económico y Social, Consejo General del Poder Judicial y Consejo de Estado, habiendo emitido el CES, el 20 de mayo de 2005, informe favorable sobre la transposición de la Directiva que se pretende con esta norma, que a fecha 5-4-2006 se encuentra en fase de publicación de las enmiendas presentadas al texto remitido por el Gobierno. Además, según consta en los documentos correspondientes, en la elaboración del Anteproyecto de Ley el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales consultó ampliamente a los interlocutores sociales, incorporando a su texto alguna de sus propuestas, cumpliendo con ello el compromiso asumido en la Declaración del Diálogo Social suscrita por el Gobierno, las organizaciones sindicales UGT y CCOO y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME el 8 de julio de 2004.

[29] El Dictamen el Consejo de Estado señaló algunas cuestiones que consideraba de interés, aunque también desde la óptica de que se trataba de matices subsumibles todos dentro de las facultades que el legislador comunitario reconoce al nacional.

[30] La dualidad de objeto y alcance puesta de manifiesto en los Títulos I y II ha venido determinada por la regulación de la previa ley mercantil (Ley 19/2005), y es similar a la solución adoptada por la Ley 10/1997 en relación con la constitución del Comité de Empresa Europeo.

[31] En opinión del CGPJ sería más conveniente hablar de derechos de «información, consulta y participación», sin englobarlos en ese término general de «implicación» que entiende que puede provocar problemas interpretativos; el Grupo Parlamentario Popular se ha hecho eco de esta consideración, y ha presentado una enmienda al título de la ley en

Respecto al grueso de la regulación (Título I), el proyecto alude al establecimiento de un procedimiento para que los trabajadores de las SE participen en la elaboración de un acuerdo para regular los procedimientos de información y consulta e, incluso, de participación en la toma de decisiones de la SE y, subsidiariamente, para el caso de que no se llegue al acuerdo, cuales serán los instrumentos aplicables para garantizar esos mismos derechos. El procedimiento de negociación se iniciará desde el mismo momento en que los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes hayan establecido el proyecto de constitución de la SE, procediéndose a la constitución de la correspondiente comisión negociadora. Las reglas de composición de esta comisión han derivado en discrepancias entre organizaciones sindicales y empresariales, particularmente por la previsión del proyecto que dispone que podrán ser designados como representantes de los trabajadores en este órgano representantes sindicales, sean o no trabajadores de las sociedades participantes, o de sus centros de trabajo o de las empresas filiales afectadas, presencia de representantes externos que la patronal rechaza plenamente [32].

Por lo demás, el proyecto de ley contiene una descripción bastante detallada de las funciones y régimen de funcionamiento de la comisión negociadora, así como del contenido mínimo y eficacia jurídica del acuerdo, aunque deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad en relación con las materias que pueden incluirse en el acuerdo y sobre su vigencia, denuncia y renegociación. En cuanto al acuerdo, no es obligatorio que reconozca los derechos de participación, sobre los cuales puede disponerse incluso en el caso de que las empresas participantes tuvieran reconocido algún sistema de este tipo, aunque para adoptar este tipo de acuerdo se refuerzan las mayorías exigidas.

Respondiendo a lo establecido en la Directiva, el proyecto de ley establece un régimen de implicación de los trabajadores que se aplicará si las partes así lo consideran conveniente o bien si no llegan a un acuerdo sobre su propio mecanismo de implicación. La aplicación del mecanismo subsidiario no es automática, sino que solo será obligatoria si la comisión negociadora ha adoptado la decisión de no iniciar las

---

este sentido. Otros grupos parlamentarios también han presentado enmiendas, siendo de destacar la de ERC, en el sentido de que puedan participar trabajadores de las empresas implicadas aunque no sean representantes ni sindicales ni unitarios, para posibilitar la participación de trabajadores de las empresas en las que no haya órgano de representación estable.

[32] El Grupo Parlamentario Popular ha presentado una enmienda a este artículo, aunque no parece claro que elimine la posibilidad de que participen trabajadores externos a la empresa: «Podrán ser designados como representantes de los trabajadores en la comisión negociadora representantes sindicales, los trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados, en los términos previstos en la normativa aplicable» (Enmienda núm. 22).

negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes para la celebración del acuerdo o dar por terminadas las negociaciones en curso y someterse a las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE emplee a trabajadores. En este mecanismo subsidiario (que se corresponde con lo que la Directiva llama «disposiciones de referencia») se distingue entre los derechos de información y consulta y los de participación, de tal manera que, haciendo uso de la autorización que otorga la Directiva al legislador nacional, el procedimiento de participación sólo será obligatorio en los supuestos que expresamente señala la ley, y que vienen a exigir, en términos generales, que existan previamente mecanismos de participación en las sociedades implicadas.

La composición de este órgano de participación (normas subsidiarias) tampoco es pacífica, como ya se señalara en el informe del CES. El proyecto de ley establece que sus miembros deberán ser trabajadores de la SE, considerando los sindicatos que se debería permitir, al igual que se hace con la comisión negociadora, la participación de representantes sindicales ajenos a las empresas [33].

Siguiendo lo establecido en la Directiva, el proyecto de ley establece que la SE debe financiar el funcionamiento del órgano de representación, y detalla de manera específica cuáles son los gastos que debe asumir, entre ellos la financiación de, al menos, un experto designado por el órgano de representación, lo que, de nuevo, ha sembrado la discordia entre sindicatos y patronal, al entender esta última que la Directiva no crea una obligación empresarial de financiación de expertos, lo que resulta francamente difícil de sostener a la luz de sus Disposiciones de referencia (Parte 2 ap. H) en las que se advierte que los Estados podrán limitar la financiación de la SE a un solo experto (justamente es lo que se hace el proyecto de ley) [34].

En cuanto a la actuación del órgano de representación, el proyecto de ley recoge un gran número de puntualizaciones al régimen previsto en la Directiva que, estando dentro del margen de discrecionalidad que ésta concede a los legisladores nacionales, han sido en su mayoría informadas favorablemente por el Consejo de Estado y que, por otra parte, no han sido objeto de enmiendas por los distintos grupos parlamentarios salvo en algunos aspectos muy concretos, entre ellos el relativo al permiso de formación que según el proyecto de ley tienen los miembros de

---

[33] Ningún grupo parlamentario se ha hecho eco de esta pretensión, al no haberse presentado enmiendas al artículo correspondiente.

[34] Tampoco se han introducido enmiendas en este sentido, a pesar de que se han presentado varias al artículo correspondiente, que pretenden que se financien los gastos que se consideren «suficientes», incluyendo el acceso a Internet y los derivados del correo electrónico.

dicho órgano cuando resulte necesario para el correcto desempeño de sus funciones[35].

El tema de la confidencialidad que deben guardar los distintos implicados sobre la información a la que tienen acceso viene recogido expresamente, así como la responsabilidad por el incumplimiento de este deber, a pesar de que los empresarios solicitaban una mayor concreción de dicha responsabilidad. Más discrepancias ha suscitado la posibilidad que establece el proyecto, basándose en el texto de la Directiva, de que la SE se reserve información. Establece el artículo 22.2 del proyecto que, «excepcionalmente», el órgano de control o de la administración de la SE o de una sociedad participante establecida en España no estará obligado a comunicar informaciones específicas sobre determinados temas. Para las organizaciones de empresarios, debería eliminarse la excepcionalidad de la reserva, que señala el proyecto de ley y que no menciona la Directiva. Pero en realidad la ley es menos dura para los empresarios que lo que permite la Directiva, según la cual los Estados miembros pueden supeditar la dispensa a autorización administrativa o judicial, no habiendo hecho uso el legislador nacional de esta facultad. De todas formas, el GPP ha presentado una enmienda en el sentido de suprimir la excepcionalidad.

Por lo que se refiere a la protección de los trabajadores, la Directiva establece, con carácter general, que los miembros de la comisión negociadora, los del órgano de representación y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta gozarán de la misma protección y garantías previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o práctica nacional y, que, en el caso de que se trate de trabajadores de la plantilla, debe garantizárseles el pago de su salario (art. 10.2). Por otra parte, las disposiciones de referencia de la Directiva, en su parte 2, g, establecen que, en la medida de sus funciones, los miembros del órgano de administración tendrán derecho a un permiso de formación sin pérdi-

---

[35] Las organizaciones empresariales han manifestado su opinión de que el régimen de protección de los trabajadores participantes en estos procesos es excesivamente garantista y que, en concreto, el permiso de formación que recoge el proyecto de ley de manera separada debería estar subsumido en el crédito horario que se les concede a estos trabajadores, pues aunque la Directiva habla en sus disposiciones de referencia de dicho permiso de formación, hay que tener en cuenta que esta no contiene un crédito salarial concreto, sino tan solo el mandato genérico de que a los trabajadores participantes se les conserve su salario. Artículo 18.5 del proyecto, que regula este permiso de formación, se han presentado dos enmiendas de signo contrario. Para el GP IV-IU-ICV la formación debe garantizarse en todo caso, y no sólo «en los casos en que sea necesario para el desempeño de sus funciones», como señala el proyecto. Por otra parte, el GPP también ha presentado una enmienda a este apartado, pero tan sólo ajustando su literalidad a la correspondiente disposición de referencia de la Directiva, aunque por medio de otra enmienda al artículo 31.1 subsume dicho permiso en las sesenta horas del crédito horario.

da de su salario. El proyecto de ley no sólo se remite de forma genérica a la protección que señala el ET para los representantes de los trabajadores, sino que contiene una serie de disposiciones específicas, la más llamativa de las cuales es el establecimiento de un crédito horario de 60 horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que dispongan en su condición de representantes nacionales de los trabajadores, además del ya mencionado permiso de formación de los miembros de órgano de representación [36].

El Título II, como señalábamos, se refiere a las Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas. A este respecto, el proyecto regula una serie de detalles sobre identificación de los representantes de los trabajadores, para lo que se remite al ET y a la LOLS, la designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y el órgano de representación (siguiendo unas reglas muy definidas), la protección de los representantes de los trabajadores, y la cuestión de la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros.

Por último, debe señalarse que atendiendo al mandato de la Directiva de que el legislador nacional debe tomar medidas para evitar el uso indebido del recurso a la constitución de una SE para privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen, y de garantizar el cumplimiento de lo establecido en la Directiva, el proyecto de ley contiene un Título relativo a los procedimientos judiciales a utilizar, así como una Disposición final relativa a las infracciones y sanciones en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades europeas. Aunque finalmente no ha sido atendida, el Consejo de Estado recomendó en su informe que los aspectos procesales en lugar de mantenerse en esta norma (de carácter sustantivo), se incorporasen, con la correspondiente reforma, a LPL, de modo similar a lo hecho respecto del régimen sancionador con la LIS.

El proyecto establece la competencia del orden jurisdiccional social sobre este tipo de procedimientos, excepto en el caso de las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas y de las atribuidas al orden jurisdiccional civil en relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE. Además, señala cuáles serán los procedimientos aplicables en los distintos litigios, según la materia sobre la que versen.

En cuanto al régimen de infracciones y sanciones, recoge las indicaciones de la Directiva, puesto que considera que son infracciones muy graves distintas actuaciones relativas a los procedimientos y derechos

---

[36] Como hemos dicho, se ha presentado una enmienda del GPP en el sentido de que el permiso de formación se subsuma en las 60 horas del crédito horario.

reconocidos en el proyecto de ley, y también el recurso indebido a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces.

En definitiva, un proyecto de ley bastante completo y, en principio, ajustado a los imperativos de la normativa comunitaria, cuya tramitación es de desear que se agilice para que cuanto antes se concrete la transposición de la Directiva en una materia sobre la que no tenemos regulación nacional.

Comunicación a la Ponencia Temática I

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

JOSEFA ROMERAL HERNÁNDEZ
Profesora Asociada de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. DEL TRATADO CEE AL ACTA ÚNICA EUROPEA: PRIMER Y SEGUNDO PROGRAMA DE ACCIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD. A) Primer Programa Comunitario en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo. B) Segundo Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el lugar de trabajo.—3. DEL ACTA ÚNICA AL TUE: TERCERO Y CUARTO PROGRAMA DE ACCIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD. A) Tercer Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el trabajo. B) Cuarto Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el trabajo.—4. ESTRATEGIA COMUNITARIA DE SALUD Y SEGURIDAD (2002-2006).—5. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito comunitario, la participación de los trabajadores y sus representantes en materia de seguridad y salud ha adquirido más importancia que la participación en el resto de materias sociales, sin duda por el protagonismo que ocupa la Seguridad y Salud laboral dentro de la normativa social comunitaria, a diferencia del dispensado a otras cuestiones que integran el Derecho Social Comunitario. Esta relevancia está fundamentada, por un lado, en razones económicas —recuérdese que la Comunidad Europea nació con un espíritu eminentemente económico— en este contexto, la seguridad y salud tienen un fuerte impacto sobre el funcionamiento general del Mercado único y sobre la situación económica de los países miembros [1]. Por otro lado, también existen razones sociales para el cumplimiento del objetivo comunitario de mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores (art. 117 TCE), por lo que es necesario adoptar medidas preventivas para preservar su seguridad y salud. Por último, se trata de normativa incluida, desde el Acta Única, dentro de las parcelas en las que la Unión Europea cuanta con mayores competencias de armonización [2].

---

[1] Téngase en cuenta que en el TCEE es esencial el principio de libre circulación de mercancías. Con las medidas de seguridad e higiene que puedan adoptar los distintos Estados miembros, puede verse limitada la circulación de mercancías dentro del territorio de la comunidad, cuando éstas no reúnan los requisitos exigidos en los diferentes países comunitarios. También puede tener una fuerte incidencia sobre la competitividad de las empresas; los diferentes costes de implantación de las medidas preventivas pueden suponer diferencias en los costos empresariales en los diferentes estados miembros, que pueden originar la introducción de prácticas de *dumping* social en el mercado común, además de ir en detrimento de la salud y seguridad de los trabajadores.

[2] Estamos ante una de las materias que integran la política social que mayor cobertura normativa tienen en el ámbito europeo; puesto de manifiesto a través de los diversos programas de acción dictados en Seguridad e higiene, y en el más del centenar de Directivas y Recomendaciones aprobadas en cumplimiento de estos programas.

Dentro del especial desarrollo normativo de la Seguridad y Salud en el ámbito comunitario, la función de participación de los trabajadores o sus representantes está presente en sus diversas formas de diálogo social entre las partes sociales, información, formación y participación, tanto a nivel institucional como a nivel de empresa [3]. No debemos olvidar que el derecho a la protección de la salud tiene una dimensión colectiva importante, puesto que afecta a las condiciones comunes de desarrollo del trabajo de quienes prestan servicios en un concreto centro de trabajo; igualmente, los problemas de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones empresariales se plantean fundamentalmente de forma colectiva y la obtención de un nivel adecuado de seguridad e higiene sólo se puede decir que se ha conseguido cuando dicho nivel es general [4]. Así, junto a la dimensión individual del derecho a la integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud, existe también un derecho colectivo de control y promoción de los representantes de los trabajadores en la materia.

2. DEL TRATADO CEE AL ACTA ÚNICA EUROPEA: PRIMER Y SEGUNDO PROGRAMA DE ACCIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD

Desde los primeros Tratados Constitutivos de la Comunidad, la Seguridad y Salud en el trabajo aparece como un principio con entidad propia. El TCE se marca como objetivo en el artículo 117 la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso; el artículo 118 encomienda a la Comisión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social y, particularmente, por lo que aquí nos interesa, en la protección contra accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y la higiene del trabajo; mediante el intercambio de estudios, dictámenes y la organización de consultas. El Tratado de la CECA, en el artículo tercero, se refiere a la promoción de la mejora de las condiciones de vida y trabajo, y el artículo 55 establece que se promueva la

---

[3] Tanto en los distintos planes de acción diseñados en Seguridad y Salud, como en las Directivas aprobadas en su desarrollo, se hace especial hincapié en el derecho de información, consulta y participación de los trabajadores y sus representantes en la materia objeto de estudio.

[4] *Vid.* GONZALEZ ORTEGA, S.: «Derecho a la salud y control de los trabajadores», en *RL*, núms. 77-8, 1990, p. 83. En el mismo sentido, CRUZ VILLALÓN, J.: «La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales», en *TL*, núm. 26, 1993, p. 8. MORENO VIDA, M. NIEVES: «La seguridad y salud en el trabajo: El deber de prevención de riesgos profesionales. Un análisis desde la perspectiva de la Directiva 89/391/CEE», en *XII Jornadas Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), Universidad de Granada, 1996, p. 593.

investigación técnica en lo referente a las condiciones de seguridad en el trabajo. El Tratado EURATOM, firmado también en Roma conjuntamente con el de la CEE en 1957, aunque referido a un sector muy concreto, dedica los artículos 30 al 39 a la protección de la salud en el trabajo, principalmente contra las radiaciones ionizantes. Ahora bien, aun habiendo hecho mención expresa a la materia en cada uno de los tratados constitutivos, se trata, más bien, de una declaración de intenciones, puesto que no regulan medidas normativas flexibles y eficaces que permitan una armonización real [5].

El programa de acción social aprobado por el Consejo [6], recoge el establecimiento de un plan de acción en favor de los trabajadores tendente a la humanización de las condiciones de vida y de trabajo. A tales efectos, se crea el Comité Consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo en 1974 [7], y la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo en 1975.

A. Primer Programa Comunitario en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo

En desarrollo del mandato contenido en el programa de acción social, el Consejo aprueba por Resolución de 29 de junio de 1978 el que se ha denominado el Primer Programa Comunitario en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo [8], con una vigencia, en principio, hasta finales de 1982. Este importante programa pretende sentar las bases de la Seguridad e Higiene Comunitarias. Nace con una idea globalizadora, al considerar que la mejora de las condiciones de trabajo debe alcanzar a la totalidad de los sectores de la economía. Apoyándose sobre la premisa de la máxima participación social, pretendía crear, entre las autoridades de los Estados miembros y los responsables socia-

---

[5] Según la jurisprudencia consolidada del TJCE, estos objetivos sociales son esencialmente programáticos, lo que no significa que carezcan por completo de efectos jurídicos ya que constituyen elementos importantes para la interpretación de otras disposiciones del Tratado y del Derecho comunitario derivado en el ámbito social. *Vid.*, para más información, CAMAS RODAS, F.: *La Normativa Internacional y Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 115 y ss.

[6] Aprobado por Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974. DOCE, núm. C 13/1, de 12 de febrero de 1974.

[7] El Comité Consultivo para la Seguridad, la higiene y la protección de la salud en el trabajo, se crea por Decisión del Consejo 74/325/CEE, de 25 de junio, DOCE 1185, de 9 de julio de 1974. Se trata de un órgano de composición tripartita y con funciones de asistencia a la Comisión en la preparación y puesta en práctica de las actividades que inciden en esta materia.

[8] DOCE, núm. C 165/1, de 11 de julio de 1978.

les, una unidad de opinión y de acción contra los riesgos de cualquier naturaleza [9].

En desarrollo de este programa se aprobaron hasta un total de ocho Directivas, una genérica o marco y siete específicas [10]. En todas ellas se recoge la obligación del empresario de informar a los trabajadores y/o sus representantes sobre las técnicas de prevención que deben ser respetadas por los trabajadores y sobre las medidas que debe tomar el empresario y los trabajadores. En el caso de la Directiva 80/605, de 28 de julio de 1982 [11], relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición al plomo metálico y a sus componentes iónicos, y la Directiva 83/477, de 19 de septiembre de 1983 [12], relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición al amianto, recogen la obligación del empresario de consultar a los trabajadores y/o a sus representantes sobre la evaluación de ambos contaminantes, y con anterioridad a la adopción de medidas.

B. Segundo Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el lugar de trabajo

De la mano del nuevo concepto de *«espacio social europeo»,* acuñado en el *memorándum* elaborado por el Gobierno Francés para la reunión de Jefes de Estado (1981), donde se marcaron como objetivos preferentes de política social el fomento del diálogo social y la cooperación en materia de protección social, se activa el Segundo Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el lugar de trabajo, aprobado por Resolución del Consejo de 27 de febrero de 1984 [13], con una duración hasta finales de 1988. Este segundo programa aparece

---

[9] La finalidad primordial de este programa es la elevación del nivel de seguridad y protección de la salud de los trabajadores con respecto a los riesgos profesionales de cualquier naturaleza, haciendo más eficaces la prevención y el control de estos riesgos. Para su consecución, pretende una armonización de nociones y terminología, así como la mejora de los conocimientos para la identificación y evaluación de los riesgos y una mejora del comportamiento humano para promover y desarrollar el espíritu de seguridad y salud. Hace especial hincapié en la necesidad de una vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores, y en la conveniencia de la participación de los trabajadores en estas tareas de vigilancia y control, ya sea de manera directa o institucional. Para más información sobre este programa de acción ver, PÉREZ ALERCANT. A.: *El Derecho Comunitario Europeo de la Seguridad y la Salud en el trabajo,* Tecnos, 1993, p. 48.

[10] Un listado de las directivas promulgadas en desarrollo de este programa se pueden ver en: AA.VV.: *Curso de prevención de riesgos laborales: España en el marco de la Unión Europea,* RUIZ RODRÍGUEZ I. y GONZALEZ TOROLLO F. J. (coords.), Dykinson, 1999, pp. 13, 14.

[11] DOCE L, núm. 247, de 23 de agosto de 1982.

[12] DOCE L, núm. 263, de 24 de septiembre de 1983.

[13] DOCE, núm. C 67/2, de 8 de marzo de 1984.

como una continuación y ampliación del primero en cuanto que insiste en los mismos extremos «reducir las consecuencias de los accidentes de trabajo y armonizar los enfoques nacionales; fomentar la participación de los interlocutores sociales y realizar una labor de asesoramiento a través de los órganos especializados» [14].

En desarrollo de este programa se aprobaron importantes Directivas como la Directiva 86/188, de 12 de mayo de 1986, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo [15], y la Directiva 88/610, de 24 de noviembre de 1988, relativa a la prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales [16]. En ellas se regula de manera general el derecho de información de los trabajadores respecto de los riesgos a los que están expuestos y las medidas a adoptar por el empresario para prevenir los riesgos. En el caso de la Directiva sobre ruido, también regula el derecho de participación de los trabajadores y/o sus representantes, con arreglo a la legislación y los usos nacionales, en la evaluación de riesgos (art. 3.4) [17].

3. DEL ACTA ÚNICA AL TUE: TERCERO Y CUARTO PROGRAMA DE ACCIÓN EN SEGURIDAD Y SALUD

A partir de la entrada en vigor del Acta Única Europea el 1 de julio de 1987, la base jurídica para la elaboración de Directivas sobre seguridad y salud en el trabajo cambia profundamente. Hasta entonces, la base jurídica sobre la que se apoyaron los primeros programas de acción para la elaboración de Directivas en la materia había sido el artículo 100 del TCEE, que exigía la unanimidad y la consulta previa al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social para la adopción por el Consejo de Directivas propuestas por la Comisión con carácter armonizador. Con la aprobación del artículo 118 A), se reafirma la competencia comunitaria en el ámbito de la seguridad y la salud de los trabajadores y, se conforma una base jurídica específica para adoptar Directivas sobre disposiciones mínimas en esta materia, ahora por el Consejo y a propuesta de la Comisión, pero por mayoría cualificada, con el dictamen

---

[14] Para la consecución de estos objetivos presenta un conjunto de 21 acciones, agrupadas en siete grandes capítulos. Dentro del capítulo III, de organización, la acción 14 proyecta la elaboración de los principios de participación de los trabajadores y sus representantes en la mejora de las medidas de protección de la salud y seguridad en el trabajo.

[15] DOCE L, núm. 137, de 24 de mayo de 1986.

[16] DOCE L, núm. 85, de 28 de marzo de 1987.

[17] Un listado de las directivas promulgadas en desarrollo de este programa se pueden ver en: AA.VV.: «Curso de prevención de riesgos laborales: España en el marco de la Unión Europea...», ob. cit., pp. 13, 14.

previo del Comité Económico y Social y en cooperación con el Parlamento Europeo [18]. Ese cambio de exigencias en la adopción de acuerdos incrementó considerablemente la producción normativa tanto en la dimensión cualitativa, abarcando un mayor número de campos y contenidos, como cuantitativa.

Tras la entrada en vigor del Acta Única Europea, el Consejo reaccionó inmediatamente y en la primera sesión de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, antes de llegar a término el programa de acción de 1984, adoptó una Resolución con fecha 21 de diciembre de 1987, por la que acoge favorablemente la comunicación de la Comisión de 23 de octubre de 1987, sobre un nuevo programa de acción relativo a la seguridad, la higiene y a la salud de los lugares de trabajo, programa que suponía un firme apoyo a la aplicación del artículo 118 A) en el espacio comunitario [19].

A. Tercer programa de acción en materia de Seguridad y Salud en el trabajo

Este tercer programa de acción constituye una guía de las nuevas actuaciones que emprendería la Comisión en la materia. Ahora se pretende superar la etapa higienista anterior [20], y orientarse hacia la mejora de las condiciones de trabajo en general, y a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante el establecimiento de unas disposiciones mínimas de aplicación progresiva a todos los Estados miembros. Se estructura en cinco grandes áreas de trabajo, que abarcan materias tan diversas como las de prevención de riesgos, formación en seguridad o actuaciones de los representantes de los trabajadores, que a

---

[18] Para más información sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Acta Única Europea sobre la seguridad y la salud en el trabajo, *vid.* GRAU RÍOS, M.: «La Presidencia Española de la C. E. y la Seguridad y la Salud en el Trabajo», en *Salud y Trabajo,* núm 71, 1989.

[19] La Comunicación de la Comisión sobre su programa en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el trabajo puede verse en COM (87) 520, de 23 de octubre de 1987; posteriormente fue publicado en versión resumida, junto a la Resolución del Consejo en DOCE núm. C 28, de 3 de febrero de 1988. En la Resolución, el Consejo se limita a acoger favorablemente el programa de acción y a establecer algunas pautas de desarrollo de la política comunitaria. En estas pautas insiste en la colaboración de las partes sociales a nivel comunitario en la preparación de las Directivas y a nivel nacional en su posterior aplicación al derecho interno de los Estados, así como en la concepción y aplicación de las políticas nacionales hasta llegar al nivel de la empresa. La Resolución considera que es importante la información, sensibilización y formación de empresarios y trabajadores para alcanzar óptimos resultados en la política prevencionista.

[20] Donde se elaboraban Directivas dirigidas al control de riesgos concretos; es decir, se trataba de Directivas enmarcadas en el exclusivo terreno de la higiene industrial. *Vid.* GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F., en *RL,* 1989, tomo II, pp. 1296-1307.

su vez se dividen en un importante número de acciones específicas [21], dirigidas todas ellas a temas más generales relacionados con la seguridad en todos los centros de trabajo, abarcando los diversos aspectos que aparecen implicados en la prevención y protección de la seguridad y salud del trabajador. De especial relevancia es el apartado dedicado al *diálogo social*, donde se expresa la intención de potenciar la colaboración entre empresarios y trabajadores y estrechar el diálogo entre los interlocutores sociales. Dedica bastante atención a la obligación del empresario de facilitar a los representantes de los trabajadores información adecuada sobre las cuestiones de seguridad y salud, especialmente en el caso de introducción de cambios tecnológicos en las empresas.

En desarrollo de este programa y sobre la base de los trabajos de la Comisión relativos a la dimensión social Europea, septiembre de 1988 —*Documento Marín*—, y la Resolución del Parlamento Europeo de diciembre de 1988, en el que se afirma que los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa deben extenderse a escala comunitaria, aparece la pieza básica del Derecho Comunitario en materia de seguridad y salud: la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo [22]. Esta Directiva, siguiendo la línea del programa de acción, nace con carácter generalista, pues pretende determinar la estructura jurídica básica en la materia para conseguir la mejora de las condiciones de trabajo en general [23]. Con esta Directiva cambia completamente el panorama de la participación de los trabajadores al desarrollar de forma amplia los derechos de consulta, información, formación y participación de los trabajadores [24]. Además de esta Directiva Marco se aproba-

---

[21] Las áreas de trabajo son las seis siguientes: a) seguridad y ergonomía en el trabajo, para lo que se prevé la aprobación de Directivas referentes a las instalaciones, equipos y maquinaria, así como referentes a los equipos de protección individual y señalización de seguridad en el centro de trabajo; b) salud y seguridad en el trabajo frente a agentes físicos, químicos y biológicos; c) información de los trabajadores y sus representantes; d) Formación de los destinatarios y de los responsables de las medidas de seguridad y salud laboral. e) Evitar trabas financieras, jurídicas y administrativas que obstaculicen la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas; f) fomento del diálogo social.

[22] DOCE 183, de 29 de junio de 1989.

[23] Para más información sobre la materia ver: Sancho Cuesta, J.: *La Seguridad e Higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2.ª ed., 1993.

[24] Para un estudio específico de la Directiva, puede verse, entre otros, González Ortega, S.: «La Directiva Marco en materia de seguridad», en*Autonomía colectiva y autonomía individual, IX Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992; Grau Ríos, M. y Pinilla García, J.: «La Directiva "Marco" sobre la seguridad y la salud en el trabajo», en *Salud y Trabajo,* núm. 80, 1990; Fernández Marcos, L.: «Directiva marco comunitaria de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo», en *Mapfre Seguridad,* núm. 37, 1990; y Sempere Navarro, A. V. y

ron otras trece Directivas específicas [25]. Todas ellas prestan una especial atención y conceden una importante relevancia a la participación de los representantes de los trabajadores, especialmente a través del reconocimiento de facultades de información, consulta y participación.

Posteriormente al Acta Única Europea se adopta la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, en la que la seguridad y salud ocupan un lugar importante. Dentro del conjunto de derechos fundamentales reconocidos, en el punto 19 dedicado a la seguridad y salud, se insta a continuar adoptando medidas para proseguir la armonización de los ordenamientos jurídicos nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo, y se insiste en que las medidas que se adopten deben tener especialmente en cuenta la promoción de la formación, información, consulta y participación de los trabajadores, particularmente en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos.

Este derecho tuvo buena acogida en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre los derechos sociales fundamentales comunitarios [26], donde se incorporan diversos aspectos ya presentes en convenios internacionales como el número 155 de la OIT, para respaldar la adopción de un precepto sobre protección en el campo de la seguridad y salud en el trabajo [27]. Se proponen adecuar las modificaciones necesarias de las Directivas existentes para adaptarse a los progresos técnicos. Posteriormente el Consejo, mediante Decisión 91/388/CEE, de 25 de julio [28], aprobó otro amplio programa de acciones en materia de seguridad y salud, entre las que se encontraba la declaración del año 1992 como año europeo en la materia.

B. Cuarto Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo

Tras el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, cuyo protocolo anexo en materia social recoge entre los objetivos prioritarios, la mejora del medio ambiente de trabajo para proteger la salud y la

---

CARDENAL CARRO, M.: *Trasposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en diferentes países de Europa,* Universidad de Murcia y Fundación Mapfre, 2002.

[25] Puede verse un listado de las Directivas específicas aprobadas en desarrollo del Tercer Programa de acción en: AA.VV.: *Curso de prevención de riesgos laborales: España en el marco...,* cit., pp. 19 y 20.

[26] DOCE núm. C 126, de 26 de abril de 1989.

[27] *Vid.* PÉREZ ALERCANT, A.: *El Derecho Comunitario Europeo de la Seguridad y la Salud en el Trabajo,* Tecnos, Madrid, 1993, p. 59.

[28] DOCE núm. C 293, de 25 de julio de 1991.

seguridad de los trabajadores y el fomento del diálogo social y la participación de los trabajadores, la Comisión aprobó el que sería el Cuarto Programa de Acción en materia de seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo, para el período de 1996-2000 [29]. Este cuarto programa, a diferencia de los anteriores en los que la acción fundamental de la Comunidad consistía en la elaboración de normativa para el control de los riesgos y la mejora de las condiciones de trabajo, centra su atención en labores de fomento y control de la transposición por los Estados miembros de la normativa comunitaria ya existente; mediante el desarrollo de medidas de carácter informativo y de vigilancia de la adecuada aplicación de la legislación comunitaria en este ámbito. Para la adecuada ejecución de estas medidas, la participación de los interlocutores sociales resultaba ser una pieza básica. Una de las prioridades de este programa —en línea con las propuestas de actuación de la OIT— fue aumentar los canales de información y procurar la integración de procedimientos eficaces de salud y seguridad en la empresa a través de mejores prácticas de gestión de la prevención.

En cuanto al sistema de gestión de la prevención, la Unión Europea, siguiendo las directrices de la OIT, a través del Comité Consultivo creado *ad hoc,* publicó el documento 0135/4/99 EN, en 1999 titulado *«European guidelines on the successful Organization of safety and health protection for workers at work (Safety and health managements systems)».* En este documento se subraya que las condiciones básicas para que el sistema de gestión de la seguridad y la salud sea eficaz son: a) Implantación voluntaria. b) Tener en cuenta las circunstancias de las PYMES. c) Desvinculación de los objetivos de certificación. d) Contribución a la mejora de la cooperación con las autoridades. E) Incorporación a los trabajadores y/o sus representantes en el diseño, la implantación y la evaluación del sistema de gestión de la seguridad y la salud [30].

4. ESTRATEGIA COMUNITARIA DE SALUD Y SEGURIDAD (2002-2006)

Ante los profundos cambios que se están produciendo en la sociedad y en el mundo del trabajo, en el ámbito europeo, puestos de manifiesto en el Consejo Europeo de Lisboa celebrado en marzo de 2000, que afectan a la composición de la población activa, las formas de

---

[29] DOCE núm. C 262, de 7 de octubre de 1995. Documento de trabajo de la Comisión COM/95/282.

[30] 0135/4/99 EN, titulado *«European guidelines on the successful Organization of safety and health protection for workers at work (Safety and health managements systems)».* Para más información al respecto, *vid.* RUBIO ROMERO, J. C.: *Gestión de la prevención de riesgos laborales,* Ediciones Díaz Santos, S. A., Madrid, 2002, p. 74.

empleo y los riesgos en el lugar de trabajo, la Comisión Europea puso en marcha una nueva estrategia comunitaria en salud y seguridad para los años 2002-2006, con vistas a crear más y mejores puestos de trabajo. La Resolución del Consejo de 3 de junio de 2002 es la que aprobó la nueva estrategia comunitaria presentada por la Comisión en la Comunicación de 11 de marzo de 2002 [31]. En este caso, más que una planificación de actividades específicas, se establecieron orientaciones a seguir por las instituciones comunitarias en el marco de sus competencias.

La nueva estrategia comunitaria —en coherencia con los planes de actuación de la OIT a nivel internacional [32]— parte de la consideración de que la salud y la seguridad son elementos esenciales de la calidad de trabajo, y que para conseguir garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable se deben cumplir cuatro exigencias:

— Planteamiento global del bienestar en el trabajo: La política comunitaria de salud y seguridad en el trabajo debe ocuparse de fomentar un verdadero bienestar en el trabajo (físico, moral y social), no sólo la ausencia de accidentes o enfermedades profesionales.

— Creación de una verdadera cultura preventiva: La política comunitaria de salud y seguridad debe basarse en la promoción de medidas preventivas en las que participen tanto agentes sociales como trabajadores, con vistas a la implantación de una verdadera cultura de prevención.

— Mejora en la aplicación de la legislación existente: Para facilitarla, la Comisión se compromete a realizar acciones que favorezcan, mediante una estrecha colaboración entre las autoridades nacionales, una aplicación correcta y equivalente de las Directivas.

— Mejora de los conocimientos y la concienciación de todos los agentes interesados, e integrar la dimensión de la salud y la seguridad en el trabajo en las demás políticas comunitarias.

En virtud de la nueva estrategia comunitaria de seguridad y salud, el 5 de febrero de 2004, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la trasposición en los Estados miembros de las Directivas de salud y seguridad en el tra-

---

[31] Comunicación de la Comisión sobre la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006) COM (2002) 118, de 11 de marzo de 2002.

[32] *Vid. Estrategia Global en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, Ginebra, 2003.

bajo, fundamentalmente la Directiva Marco 89/391 y su aplicación práctica en el lugar de trabajo [33]. Entre otras cosas destaca el efecto positivo que sobre la seguridad y salud en el trabajo está teniendo la participación organizada de los representantes de los trabajadores en la empresa [34], y la necesidad de seguir incidiendo en la formación e información activa de las empresas y trabajadores en materia preventiva.

En respuesta a esta Comunicación, el Parlamento Europeo elabora una propuesta de Resolución sobre la promoción de la salud y la seguridad en el trabajo, de 8 de febrero de 2005 [35]. En esta propuesta, en cuanto a lo que interesa a nuestro objeto de estudio, subraya que dado el papel fundamental que desempeñan los representantes de los trabajadores en la mejora de las condiciones de trabajo, y dadas las oportunidades que ofrece la Directiva 89/391 para ello, es preciso intensificar la participación paritaria de los trabajadores y empleadores en la elaboración de la estrategia de prevención y continua mejora de las condiciones de salud y seguridad en la empresa [36]. Insta así, a los Estados miembros a que aumenten el número, la calidad y las competencias de las Inspecciones de Trabajo, si bien considera, que la prevención de los riesgos profesionales no debe basarse en la figura del inspector de trabajo sino en la colaboración de los agentes sociales, especialmente entre empresarios y trabajadores en su lugar de trabajo [37].

5. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Como no podía ser de otra forma, dada la trayectoria seguida por la Comunidad Europea en el tratamiento del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa introduce dentro de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Parte II, Título IV) «el derecho de los trabajadores a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad» (art. II-91).

---

[33] Documento COM (2004) 0062, de 5 de febrero de 2004.

[34] Las estadísticas y las tendencias de algunos Estados miembros demuestran que en aquellos casos en que se registra una participación organizada de los representantes de los trabajadores en la salud y seguridad en el trabajo, la situación mejora rápidamente. Por el contrario, una participación reducida de los órganos de representación de los trabajadores conduciría a una disminución del nivel de la salud y la seguridad en el trabajo.

[35] Parlamento Europeo, documento de sesión, A6-0029/2005, de 8 de febrero de 2005.

[36] Ver Informe del Parlamento Europeo sobre la promoción de la salud y de la seguridad en el trabajo. Puntos 6 y 7.

[37] Informe del Parlamento Europeo sobre la promoción de la salud y de la seguridad en el trabajo. Apartado 12.

Al igual que en el caso del derecho fundamental, del deber de garantizar a los trabajadores o a sus representantes la información y consulta (art. II-87), en desarrollo de este derecho, y con el objeto de conseguir la equiparación de los derechos sociales en los países de la Unión, encomienda tanto a la Unión como a los Estados miembros orientar sus políticas sociales al fomento del diálogo social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, entre otras (art. III-209). Para alcanzarlo, la Unión se compromete a apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la información y la consulta de los trabajadores, y la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión [art. III-210 a), b), e) y f)].

Aunque los derechos de información y consulta de los trabajadores y/o sus representantes, en materia de seguridad y salud en el trabajo, han sido ampliamente reconocidos y tratados en los distintos planes de acción y directivas en la materia, el reconocimiento en el Tratado de la Constitución Europea del derecho a la información y consulta de los trabajadores incluida la cogestión puede servir como revulsivo para permitir un desarrollo más activo de modelos de participación de los trabajadores en la gestión, planificación y puesta en marcha de los planes y medidas preventivas en la empresa, que favorezcan la creación de una verdadera cultura preventiva que permita anticiparse y controlar los riesgos laborales.

6. CONCLUSIONES

1. En el espacio social europeo, la consulta, información y participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos adquiere más importancia que la participación en el resto de materias, dado la entidad del derecho al que afecta: la integridad física de los trabajadores. Sin olvidar que desde los orígenes de la Comunidad Europea, la seguridad y la salud constituye la materia social que cuenta con mayores competencias armonizadoras; y por ello, se trata de una de las materias que integran la política social que mayor cobertura normativa tiene en el ámbito europeo.

2. La Unión Europea en coherencia con los postulados de la OIT, considera la seguridad y salud como elemento esencial de la calidad de trabajo. Para conseguir garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable es necesaria la cooperación entre todos los agentes que constituyen la empresa, con vistas a implantar una verdadera cultura preventiva que permita anticipar y controlar los riegos.

3. Los estudios practicados, las estadísticas y tendencias de algunos Estados miembros demuestran que la participación organizada de los representantes de los trabajadores en la salud y seguridad en la empresa mejora la situación de forma efectiva y rápida [38].

[38] *Vid.* Documento COM (2004) 0062, de 5 de febrero de 2004.

Comunicación a la Ponencia Temática I

DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LA CONSTITUCIÓN EUROPEA (UN ESTUDIO DEL ART. II-87)

HELENA YSÀS MOLINERO
Becaria FPU en la Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: MARCO GENERAL DEL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.—2. TEXTOS COMUNITARIOS PREPARATORIOS DEL ARTÍCULO II-87 TCUE.—3. CONTENIDO DEL ARTÍCULO II-87.—4. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO III-210.1 A LA LUZ DEL ARTÍCULO II-87.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: MARCO GENERAL DEL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL TEXTO DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Los derechos de información y consulta no se recogen por primera vez, en el contexto europeo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aprobada definitivamente en el año 2000 e incorporada al texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (TCUE), sino que ya habían sido recogidos en otras «cartas» de derechos de raíz comunitaria o europea (la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, y la Carta Social Europea Revisada, de 1996).

Sin embargo, existe una diferencia esencial entre estos dos últimos textos y la CDFUE, puesto que ni la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT) ni la Carta Social Europea Revisada (CSE-R) se plantearon en el momento de su redacción con la perspectiva de que en un futuro más o menos próximo se convertirían en un instrumento jurídicamente vinculante que se incorporaría al derecho originario de la entonces Comunidad Europea.

Por el contrario, la CDFUE fue redactada, como en numerosas ocasiones han admitido abiertamente algunos de los convencionales que participaron en su redacción, como si el texto que tuviera que salir de la Convención de la Carta fuese un texto vinculante, no por ello ignorando el debate que se iba a desarrollar sobre los efectos jurídicos de la Carta, y que acabaría con un aplazamiento de la cuestión al debate sobre la futura Constitución para Europa [1].

---

[1] La preparación de la Carta —que, además, pretende ser una declaración de derechos fundamentales completa, es decir, abarca tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales, económicos y culturales— para incorporarse con plenos efectos al ordenamiento comunitario se demostró cuando la Convención sobre el futuro de Europa la convirtió en

Cuando hablamos de la Constitución Europea partimos de la hipótesis de la futura aprobación del TCUE, posibilidad sin duda discutible, muy especialmente después de su rechazo en referéndum en algunos Estados de la UE el pasado año 2005. La incertidumbre es absoluta; cabe decir, sin embargo que, puesto que nada está decidido, el texto puede llegar finalmente a buen puerto. Si ello no fuese así, creemos que la CDFUE, como texto independiente del TCUE, adquirirá en un futuro vinculación jurídica por sí sola o bien incorporada al Tratado. Es por ello que creemos importante, pese a la mencionada incertidumbre sobre la eficacia del texto, el estudio del contenido y de las implicaciones del artículo que establece el derecho a la información y la consulta de los trabajadores.

No obstante, también debemos tener presente la posibilidad de que la CDFUE se quede en su estado actual, es decir, como un texto de *soft law,* sin adquirir vinculación jurídica. Si tal fuese el caso, es obvio que sus efectos serían muy distintos de aquellos que produciría su incorporación al Tratado, pero no por ello deberíamos interpretar que no produce ningún efecto ni tiene influencia alguna en el ordenamiento comunitario.

Así, los actos de *soft law* no dejan de tener su importancia en el ámbito de la Unión Europea, y frecuentemente se consideran como preludio a la adquisición de fuerza vinculante[2], mientras que, en el intervalo entre su aprobación y su incorporación plena como *hard law,* este tipo de normas sirven como parámetro para la interpretación del resto de normas del ordenamiento comunitario o como «un medio de prueba o de confirmación de que un determinado derecho subjetivo forma parte de los principios generales del derecho comunitario» [3] y como fuente inspiradora para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su tarea de configuración de los derechos fundamentales [4].

Esta introducción relativamente extensa nos parece necesaria, puesto que no tiene sentido describir el contenido de un artículo [5] y las re-

---

una de las cuatro partes que conforman el TCUE, sin prácticamente hacer modificaciones sobre el texto inicial.

[2] Fernández Tomás, A.: «Sobre la eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en Herrero de la Fuente, A. (ed.): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Fundación Rei Alfonso Henriques. Zamora, 2003.

[3] *Ibid.,* pp. 41-42.

[4] Bermejo García, R. y Fernández Fernández, R.: «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales», en Herrero de la Fuente, A. (ed.): *op. cit.*

[5] El artículo II-87 TCUE se integra en un contexto de reconocimiento por primera vez en un Tratado de la Unión de los más importantes derechos de naturaleza social, como son el derecho de libertad sindical (II-72) o el derecho de negociación y acción colectiva, incluido el derecho de huelga (II-88), aunque frecuentemente con una menor extensión de

percusiones en la interpretación de otros preceptos sin ser conscientes de la situación jurídica en que se encuentra el texto objeto de estudio y sus perspectivas de futuro [6].

2. TEXTOS COMUNITARIOS PREPARATORIOS DEL ARTÍCULO II-87 TCUE

La CDFUE fue redactada por una Convención que se reunió durante el año 2000 y se aprobó definitivamente en el Consejo europeo de Niza el 7 de diciembre del mismo año.

Los documentos producidos por la Convención de la Carta y las contribuciones efectuadas por parte de los actores sociales y de miembros de la sociedad civil son de gran valor para estudiar el proceso de redacción de cada uno de los artículos de la CDFUE y las distintas posiciones y aportaciones de los interlocutores sociales, así como la interpretación que se deberá dar a cada precepto.

---

lo que sería deseable, todo ello en el contexto de la declaración de la «economía social de mercado» como uno de los objetivos principales de la UE (art. I-3.3).

Este último precepto se encuentra ubicado en la llamada «parte de contenido constitucional» del TCUE, esto es, la Parte I, ubicación que hace que tal objetivo tome una muy notable importancia a efectos de interpretación de los preceptos del resto del texto del TCUE. Creemos que la expresión «economía social de mercado» debe interpretarse como equivalente a la más clásica de «modelo social europeo», la cual responde a la voluntad —y cada vez más a la realidad— de que los Estados miembros de la Unión se caractericen frente a otros modelos de Estados de Derecho, por las notas de alto nivel de protección social y diálogo social, además de buenos resultados económicos y competitividad (definición dada en las conclusiones de la Presidencia de la cumbre de Barcelona de 2002). El diálogo social, como forma de participación de los trabajadores en la determinación de aquellas cuestiones que les afectan no puede prescindir para el alcance de sus objetivos de otra forma de participación: la de los trabajadores en la empresa, mediante, entre otras posibilidades, la información y la consulta.

[6] Sin olvidar que el texto del TCUE no ha entrado en la actualidad en vigor y que no hay perspectivas de que lo haga a corto plazo —pero sin olvidar tampoco que es un texto que se encuentra sobre la mesa y cuyo proceso de ratificación no se ha paralizado del todo, puesto que algunos países han seguido con el calendario previsto—, debemos constatar que actualmente la CDFUE sigue siendo un texto no vinculante.

Sin embargo, nosotros hemos querido centrar el estudio del artículo 27 CDFUE o II-87 TCUE en la posibilidad futura de aprobación de dicho Tratado o, como mínimo, en la incorporación de la CDFUE al Tratado de Niza o a un futuro tratado distinto del TCUE, puesto que ello tendría una enorme repercusión en la consideración de los derechos fundamentales y, en lo que a nosotros aquí y ahora nos interesa, supondría la conversión de los derechos de información y consulta en derechos fundamentales para el ordenamiento comunitario. Como lo expresa R. Uriarte Torrealday en *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa* (Comares, Granada, 2005, p. 162), el proyecto de Constitución europea «integra, dentro de un instrumento normativo de rango constitucional y, como tal, refrendado por los ciudadanos de la UE, una declaración de derechos (…) dotando [la CDFUE] no sólo de la cualificación jurídica más elevada, sino también de la más alta legitimidad constitutiva».

Por ello analizaremos a continuación algunos de los documentos más relevantes producidos por o para la Convención.

Uno de los primeros documentos que contienen una redacción provisional del artículo referente a los derechos de información y de consulta de los trabajadores es el CHARTE 4192/00 de 27 de marzo de 2000, que establece que «Los trabajadores y sus representantes tienen derecho a una consulta efectiva en el seno de la empresa, especialmente en el marco de los procedimientos de despido colectivo y de las decisiones relativas a las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo». Como veremos, se trata de un texto mucho más completo que el definitivo.

Las opiniones de los sindicatos son unánimes respecto a la necesidad del reconocimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. Así, en la resolución adoptada por la CES (Confederación Europea de Sindicatos) en comité ejecutivo de 16-17 de septiembre de 1999 e incorporado a la Convención mediante el documento CHARTE 4124/00 de 8 de febrero de 2000, se afirma que, independientemente de la aprobación o no de una carta de derechos fundamentales completa, es indispensable la integración a los Tratados de ciertos derechos fundamentales universales individuales y colectivos, entre los que destacan los derechos nacionales e internacionales de información, consulta y participación de los trabajadores. También la UEDTC (Unión Europea de Trabajadores Democratacristianos) entiende que dicho reconocimiento es necesario, en su toma de posición (CHARTE 4239/00 CONTRIB. 112 de 19 de abril de 2000). Ésta es también la opinión de la Plataforma de ONGs europeas del sector social, en una contribución conjunta con la CES (CHARTE 4194/1/00 REV 1 CONTRIB. 75 de 20 de abril de 2000).

Pero es la aportación del sindicato francés Force Ouvrière la más completa en este sentido, proponiendo una redacción del precepto extremadamente detallada y que supone un extenso reconocimiento del derecho: «Los trabajadores y sus representantes sindicales tienen derecho a ser informados y consultados por los dirigentes de la empresa, previamente a toda toma de decisiones susceptibles de afectar sustancialmente sus intereses materiales y morales, y particularmente aquellas que puedan comportar consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa, así como aquellas relativas a la mejora de sus condiciones de trabajo y su entorno de trabajo» (CHARTE 4335/99 CONTRIB. 199 de 5 de mayo de 2000).

Además, los sindicatos franceses presentan dos propuestas conjuntas (CHARTE 4325/00 CONTRIB.191 de 26 de mayo de 2000 y CHARTE 4327/00 CONTRIB.193 también de 26 de mayo), donde opinan que es necesario el reconocimiento de los derechos de información, consulta y participación en la empresa y en el grupo de empresas, para lo que

recomiendan la creación de instituciones específicas formadas democráticamente y que funcionen bajo los mismos principios, que los consejos y sugerencias de los trabajadores y de sus representantes sean efectivamente tomados en consideración, y que abarquen amplios aspectos como la marcha o la estrategia de la empresa, la contratación de trabajadores temporales, los proyectos de despidos colectivos, la formación o la reconversión de los trabajadores, la mejora del entorno de trabajo y en particular la aplicación de las normas de seguridad e higiene, la prevención y el reconocimiento de las enfermedades profesionales, entre otras cuestiones. Los sindicatos franceses también proponen, en los documentos mencionados, otra redacción del precepto: «Los trabajadores y sus representantes tienen derecho a la información, a la consulta y a la participación efectiva, regular, previa y en tiempo útil, en el trabajo y en todos los niveles de la empresa, del centro y del grupo, así como a nivel nacional e internacional».

En contraposición a las anteriores propuestas, las organizaciones de empresarios son completamente contrarias a la introducción de los derechos a la información y a la consulta como derechos fundamentales en la CDFUE —en algunos casos son contrarios a la inclusión de cualquier derecho social, especialmente los empresarios británicos—.

Así, la declaración preliminar de UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria y los Empresarios de Europa), se recoge en el documento CHARTE 4236/00 de 18 de abril de 2000, donde manifiestan que se tiene que distinguir entre derechos fundamentales y aspiraciones políticas (categoría en la que incluyen los derechos sociales) y añaden que ya hay un capítulo «social» en el Tratado, por lo que no es conveniente que se incluyan en la CDFUE.

Más contundente es aún la británica EEF (Engineering Employer's Federation), que, en el documento CHARTE 4317/00 CONTRIB.138 de 24 de mayo de 2000, se manifiesta preocupada por la inclusión de nuevos derechos fundamentales de carácter económico y social, y particularmente respecto algunos derechos, entre los que se incluye el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores, puesto que entienden que la incorporación de tales derechos supondría una extensión de las competencias comunitarias.

Pero la organización empresarial que más se extiende sobre el particular es la también británica CBI (Confederation of British Industry) (CHARTE 4298/00 de 25 de mayo de 2000). Consideran que los derechos de información y de consulta —como muchos otros— deben ser «aspiraciones políticas» de la Unión y desarrollarse a nivel nacional o mediante directivas puntuales. Esta Confederación elabora —con un lenguaje un tanto exagerado y catastrofista— una larga lista de consecuencias en su opinión nefastas que provocaría el reconocimiento de los

derechos mencionados: interpretación más amplia de estos derechos por parte del TJCE, jurisprudencia armonizadora que no respetaría las culturas y prácticas nacionales, forzar a los Estados miembros a modificar su legislación nacional y local, lo que generaría inseguridad jurídica para los empresarios, y rotura de todos los marcos nacionales de relaciones laborales.

Finalmente la Convención alcanzó el consenso en un punto intermedio: el derecho se introdujo a pesar de la postura contraria de los empresarios, pero de una forma muy restrictiva comparado con las peticiones de los sindicatos. Destaca, respecto a las propuestas de los sindicatos, la desaparición del derecho genérico a la participación en la empresa y la falta de delimitación del contenido del derecho. El artículo 27 CDFUE (II-87 TCUE) tiene finalmente la siguiente redacción: «Se deberá garantizar a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y la consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales».

3. CONTENIDO DEL ARTÍCULO II-87

A continuación estudiaremos el contenido del artículo II-87 TCUE. Existen tres puntos cuyo significado es, a nuestro entender, necesario precisar: los «niveles adecuados», la «suficiente antelación» y, especialmente, a qué ámbito de aplicación se hace referencia cuando se dice «en el derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales», aunque lo más relevante en este punto es la determinación del contenido mínimo del derecho.

En primer lugar debemos fijarnos en la ubicación del derecho en el texto del TCUE. Ya hemos dicho que se le otorga rango de derecho fundamental, junto al derecho a la negociación colectiva y a la huelga. Precisamente en relación a estos derechos destaca Uriarte Torrealday [7] su tipificación separada, lo que viene a confirmar la configuración del derecho de participación en sus dos vertientes: el derecho de participación en relación a la negociación y acción colectiva, y en relación a la gestión de la empresa, donde se ubican los derechos de información y de consulta. El reconocimiento del derecho de información y de consulta de los trabajadores y sus representantes no derivaría, en consecuencia, del derecho de libertad sindical, sino que sería un derecho autónomo respecto a la misma [8].

---

[7] Uriarte Torrealday, R.: *op. cit.*

[8] Lacomba Pérez, F. R. y Salido Banús, J.: «Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución Europea», en *RMTAS,* núm. 57 de 2005.

Antes de centrarnos en los tres puntos mencionados debemos hacer referencia al objeto del artículo. Como ya hemos dicho, todas las contribuciones de origen sindical que se contienen en los documentos de preparación de la Carta hacen referencia no sólo a los derechos de información y consulta sino también a la participación de los trabajadores en la empresa. Evidentemente la información y la consulta forman parte del concepto más amplio de participación que, por serlo, admite otros mecanismos participativos de gestión de la empresa. Resulta claro que, en la redacción de la Carta, no se tenía intención alguna de introducir el derecho de participación de forma genérica, puesto que no aparece en ninguno de los sucesivos borradores de la Carta, pese a la ya mencionada insistencia de los documentos sindicales. Como resaltan Bermejo García y Fernández Fernández [9], la Carta no otorga un derecho a la participación de los trabajadores sino estrictamente un derecho a la información y a la consulta. Los británicos se opusieron, como se ha dicho, a la inclusión del referido derecho a la participación; éste sería el motivo por el cual, según los autores, no sólo se especifica claramente que el derecho será a la información y a la consulta, sino que éste sólo se producirá «en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario», como solución intermedia a las distintas posiciones expresadas. De esta forma, como afirma Zachert [10] se consagra constitucionalmente el «nivel más bajo» de participación de los trabajadores en la empresa.

En cambio, la referencia a la participación de los trabajadores sí se encontraba en la CCDSFT, lo que apunta claramente a una voluntad inequívoca de eludir la mencionada referencia, quedando fuera del reconocimiento constitucional el derecho de codecisión en la empresa [11], como podría ser el modelo alemán de cogestión. No debemos olvidar que el Tratado en sus versiones anteriores —la última la de Niza, art. 137.1.f)— sí mencionaba [y menciona en el art. III-210.1.f) del TCUE] la cogestión. En consecuencia, debemos interpretar que se ha eludido el otorgamiento de rango constitucional al derecho genérico de participación de los trabajadores, lo que, a nuestro entender, merece una absoluta reprobación.

El primer aspecto a analizar de los tres mencionados al inicio del presente apartado consiste en el significado de los «niveles adecuados» de información y consulta. El artículo II-87 TCUE garantiza el derecho fundamental de los trabajadores y de sus representantes a ser informa-

---

[9] Bermejo García, R. y Fernández Fernández, R.: «Los derechos sociales en la carta de Derechos Fundamentales», en Herrero de la Fuente, A. (ed.): *op. cit.*

[10] Zachert, U.: «Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Carta Europea de Derechos Fundamentales», en *Temas Laborales,* núm. 65 de 2002.

[11] Uriarte Torrealday, R.: *op. cit.*

dos en los niveles adecuados, pero no da pista alguna sobre cuáles serían tales niveles. En nuestra opinión, se trata de una simple remisión a lo que dispongan las normas comunitarias —o nacionales en aplicación de normativa comunitaria— sobre cuáles deban ser los receptores de información o los consultados. Se trata de una remisión, porque a continuación la norma menciona las previsiones del Derecho de la Unión y de los Estados miembros, y entendemos que cuando la norma habla de «niveles» está haciendo referencia a los necesarios receptores o requeridos, esto es, a los trabajadores o a sus representantes —en el centro de trabajo, en la empresa, comité de empresa europeo, en el marco de la Sociedad Anónima Europea, etc.—. Entendemos los «niveles adecuados» en este sentido, puesto que el artículo II-87 no es el único que utiliza la mencionada expresión: el artículo II-88, referente a la negociación colectiva también habla del derecho a negociar y celebrar convenios colectivos «en los niveles adecuados»; no hay duda de que, en este caso, el texto se está refiriendo a los niveles de negociación, por lo que, haciendo un símil y utilizando la lógica debemos entender que en el caso de la información y consulta se hace referencia a los sujetos de la información o la consulta. Las explicaciones que los propios redactores hacen de la Carta no son muy esclarecedoras pero sí nos dan una pista en el sentido expuesto, al hablar del nivel europeo: «la referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el derecho comunitario y por los derechos nacionales (…) lo que puede incluir el nivel europeo» [12].

Sin embargo, Lacomba Pérez y Salido Banús [13] estiman que la expresión «en los niveles adecuados», no sólo hace referencia a los niveles funcionales y geográficos, sino también a los niveles más o menos intensos de participación. Discrepamos de tal interpretación, puesto que creemos que la expresión «en los niveles adecuados» se refiere más bien a ubicaciones y no tanto a intensidades, visto que el artículo referente a la negociación colectiva utiliza la misma expresión.

Precisamente sobre los sujetos de la información y la consulta cabe hacer notar que tanto en las distintas versiones de los documentos preparatorios como en la versión final se alude tanto a los representantes de los trabajadores como a los propios trabajadores. En nuestra opinión, la razón de que se deje abierta la posibilidad de información y consulta tanto a los trabajadores como a sus representantes, responde a la voluntad parcial del artículo II-87 TCUE de ser un artículo abierto

---

[12] Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta en la versión que figura en el documento CHARTE 4487/00 CONVENT 50 (CHARTE 4473/00 de 11 de octubre de 2000).

[13] Lacomba Pérez, F. R. y Salido Banús, J.: *op. cit.*, p. 329.

que haga de paraguas constitucional a todas las posibilidades que la normativa pueda contemplar de información y consulta. Así, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones, también a nivel comunitario, la información y la consulta van dirigidas a los representantes de los trabajadores (por ejemplo, la Directiva 2001/86/CE que completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea habla de órgano de representación o representantes de los trabajadores, también las directivas 98/59/CE sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y 2001/23/CE sobre 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 empresas o de centros de actividad hacen exclusiva referencia a los representantes de los trabajadores) también cabe la posibilidad de que los trabajadores sean los destinatarios de la información o los sujetos de la consulta (en la directiva marco sobre la información y la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea —Dir. 2002/14/CE— se habla en general de trabajadores).

El artículo II-87 se caracteriza, en nuestra opinión, por no dotar de contenido los derechos a la información y a la consulta, siendo su principal objetivo el de dar cobertura constitucional a aquellos derechos derivados de las normas ordinarias.

Ello se evidencia no sólo con la mencionada referencia a los sujetos sino también por la ausencia de definición del contenido del derecho que encontramos en el artículo II-87. Por todos es conocido que el alcance de protección de un derecho fundamental abarca el núcleo principal del mismo, y no cualquiera de sus manifestaciones remotas. Es por ello que el artículo II-87 es un artículo incompleto y que transmite una fuerte sensación de indefinición, y esta indefinición del núcleo esencial del derecho debilita sin lugar a dudas su reconocimiento.

El artículo II-87 TCUE es un artículo con muchas deficiencias, puesto que no permite conocer cuál es la amplitud del derecho, hasta qué punto llega la protección al mismo; si bien debemos tener claro que estamos ante un artículo que forma parte de una declaración de derechos fundamentales, y que, en consecuencia, su pretensión no consiste en regular con detalle el contenido del derecho, sí debería, sin embargo, poder permitir el acotamiento de su núcleo esencial, como lo hacía la primera redacción del artículo (CHARTE 4192/00 de 27 de marzo) o varias propuestas sindicales.

Por ello es de gran importancia la referencia que el artículo hace a «los casos y las condiciones previstas en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y las prácticas nacionales».

Esta frase ha suscitado distintas interpretaciones. Por un lado, Perone [14] entiende que los derechos de información y consulta se condicionan al contenido de las normas de derecho comunitario o a las nacionales, así como a las prácticas de los Estados miembros; es decir, que el contenido de los derechos de información y consulta amparados constitucionalmente será aquél que determinen las normas ordinarias, ya sean comunitarias o nacionales. Esta interpretación presenta de forma clara un problema muy relevante, puesto que nunca se va a poder determinar si tales normas ordinarias respetan o no el contenido esencial del derecho fundamental, pues ellas mismas son las que lo fijan. Lacomba Pérez y Salido Banús [15] coinciden en esta interpretación, y entienden que la regulación en el nivel básico será responsabilidad de la UE y en el nivel no básico será competencia de los ordenamientos internos, aunque los autores entienden que esta regulación, pese a entrañar los peligros ya señalados, es la más apropiada para los derechos objeto de regulación, puesto que ya se encuentran desarrollados y consolidados a nivel de la Unión, con el acuerdo de los interlocutores sociales.

No lo ve así Uriarte Torrealday [16] quien, sin embargo, distingue muy acertadamente entre dos posibilidades: la «legalización» del contenido constitucional o la «constitucionalización» del contenido legal —y, como más adelante veremos, propone una tercera—. En el primer supuesto se confirmaría la hipótesis del artículo prácticamente vacío de contenido, puesto que el contenido de los derechos lo determinarían las normas ordinarias; en el segundo caso, el contenido de las normas ordinarias se constitucionalizaría, es decir, se incorporaría al artículo II-87 en virtud de su propio texto. Consideramos que ninguna de las dos posibilidades resulta en una interpretación satisfactoria del precepto, puesto que ambas compartirían el mismo problema: el artículo II-87 no sería invocable ante un cambio legislativo peyorativo, aunque en el segundo caso ello sería discutible, porque el contenido legislativo se habría constitucionalizado, y se podría entender que no sería modificable mediante norma ordinaria. Ello también supondría un ulterior problema: la congelación del contenido del derecho en el contenido legislativo existente en el momento de aprobación del TCUE. Además, la «constitucionalización» del contenido de las normas ordinarias supondría otro problema, y de mucha relevancia, en relación con las normas y prácticas internas: si se produjese la mencionada constitucionalización habría una multiplicidad de contenidos esenciales de los derechos en función de la legislación de cada Estado miembro, lo que sería inadmisible desde el punto de vista

---

[14] Perone, G.: «Verso una "Costituzione sociale europea"? Presupposti, obiettivi ed eficacia della Carta dei Diritti Fondamentali», en *Il Diritto del Lavoro,* marzo-junio de 2001.

[15] Lacomba Pérez, F. R. y Salido Banús, J.: *op. cit.*

[16] Uriarte Torrealday, R.: *op. cit.*

del derecho a la igualdad de los ciudadanos de la Unión, puesto que el contenido básico de sus derechos de información y de consulta dependería de su ubicación territorial.

Por otra parte, el TCUE, en su Parte II —la Carta de Derechos Fundamentales de la UE—, no podría ni remitir ni incorporar el contenido de las legislaciones nacionales, a menos que derivasen de una norma comunitaria, puesto que el ámbito de aplicación de la Carta queda limitado, en virtud del artículo II-111, a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen Derecho de la Unión.

La tercera interpretación propuesta [17], aunque no exenta de lógica jurídica, tampoco resuelve el problema de la determinación del núcleo esencial de los derechos de información y de consulta. El autor entiende que la referencia a los casos y condiciones previstos por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas de los Estados miembros no es más que una afirmación de la competencia concurrente de la UE y los Estados miembros en la materia o una concreción del principio de subsidiariedad, es decir, en realidad la parte final del artículo se podría suprimir y su contenido seguiría siendo el mismo. Ello salvaría los problemas en cuanto a la sujeción del contenido a los cambios sufridos por normas ordinarias, pero dejaría el contenido esencial del derecho completamente sin definir.

Con el fin de subsanar el problema de la indefinición propone el autor una «interpretación contextual», consistente en recurrir al preámbulo de la CDFUE, el cual, en su quinto párrafo, afirma que la CDFUE «(…) reafirma (…) las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros (…)» y, en base a ello, afirmar que el contenido del artículo II-87 no podría ser inferior al contenido del derecho reconocido en los artículos 17 y 18 de la CCDSFT.

En nuestra opinión se trata de un buen intento de dar al artículo II-87 TCUE un contenido mínimo que ofrezca garantías frente a posibles normas ordinarias. Sin embargo, creemos que se trata de una interpretación excesivamente forzada del artículo y del preámbulo de la norma, puesto que de la formulación «reafirmar las obligaciones internacionales comunes» extraer que el contenido del artículo II-87 no puede ser inferior al contenido de los artículos 17 y 18 de la CCDSFT resulta en un salto que no nos parece justificable, a lo que se suma la dicción del artículo II-112.3 del TCUE, que establece que: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Hu-

---

[17] *Ibid.*

manos y de las Libertades Fundamentales [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». La dicción del artículo es muy clara y sólo hace referencia al CEDH, por lo que se debe entender que esta disposición no es aplicable a otros instrumentos internacionales ratificados por los Estados como podrían ser la CSE-R o la CCDSFT. El CEDH, sin embargo, no reconoce el derecho a la información y consulta de los trabajadores y de sus representantes.

Por otra parte, creemos que para una correcta interpretación de la referencia al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales no podemos limitarnos a observar el artículo II-87, sino que debemos fijarnos en el conjunto de derechos recogidos en el Título IV «Solidaridad» de la CDFUE. En tal caso constataremos que algunos otros artículos (por ejemplo, los referidos a la negociación y a la acción colectiva, a la protección en caso de despido injustificado, o a la Seguridad Social y a la ayuda social) contienen la misma referencia, mientras que en otros (derecho a acceso a los servicios de colocación, condiciones de trabajo justas y equitativas, vida familiar y vida profesional, etc.) no encontramos la mencionada referencia. Ello debe llevarnos a pensar que, si los redactores de la CDFUE han incluido la referencia en determinados casos y no en otros no ha sido por capricho sino que existe alguna razón para ello, y que se ha querido dar un contenido específico a la expresión, no siendo ésta una simple concreción del principio general de subsidiariedad, que rige en todo el ordenamiento comunitario. Las explicaciones al artículo II-87, cuyo texto es el mismo que el de las explicaciones al artículo 27 de la CDFUE [18] no ayudan mucho, por su escasa extensión, a dilucidar la cuestión, aunque parecen inclinarse por la primera interpretación expuesta, ya que se dice que el artículo II-87 «se aplica en las condiciones previstas por el derecho comunitario y por los derechos nacionales».

Y, descartando la posibilidad de que tal inclusión sea irrelevante a efectos de la interpretación del artículo, deberemos aceptar que supone una remisión a las normas ordinarias comunitarias y nacionales, lo que es consecuente con la evolución del redactado del artículo en los trabajos preparatorios y las diametralmente divergentes posturas sindicales y empresariales. Es por ello que el artículo II-87 —al igual que otros incluidos en el Título de Solidaridad— es criticable por su debilidad como derecho fundamental, aunque también debemos constatar que la simple inclusión de los «derechos de información y de consulta» como derechos fundamentales, ya es de por sí un motivo para felicitarse. Y en este punto cabe recordar que los derechos de información y de consul-

[18] Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la carta en la versión que figura en el documento CHARTE 4487/00 CONVENT 50 (CHARTE 4473/00 de 11 de octubre de 2000).

ta no se encuentran reconocidos directamente como derechos fundamentales en la Constitución española, aunque se pueda interpretar que derivan del derecho de libertad sindical (art. 28.1CE) [19] y, en todo caso, se encuentren reconocidos dentro del derecho de participación del artículo 129.2 CE [20], precepto que, sin embargo, no forma parte de los derechos fundamentales.

Finalmente debemos mencionar el único elemento que acota en contenido del artículo II-87: la «suficiente antelación». El concepto de «suficiente antelación» se podría equiparar al de «tiempo útil» que, como recuerda Rojo Torrecilla [21], tiene su origen en la jurisprudencia del TJCE y se creó para garantizar que el ejercicio del derecho pueda tener efectos, que no se vacíe de contenido mediante la información o la consulta en un momento que ya la convierta en ineficaz. La determinación de si la información o la consulta se produce o no con suficiente antelación deberá valorarse caso por caso y en función del concepto de tiempo útil, como equivalente a suficiente antelación.

4. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO III-210.1 A LA LUZ DEL ARTÍCULO II-87

La importancia del reconocimiento de la información y la consulta —así como otros derechos sociales— como derecho fundamental es vital, y esta necesidad ha aumentado y aumenta conforme avanza la integración europea o, como lo expresa Däubler [22], la falta de protección de los derechos fundamentales se agrava cuanto más se integra la Unión.

Roccella [23] destaca muy especialmente la novedad que supone el reconocimiento de la información y la consulta a los trabajadores como derecho fundamental. No hay duda de que tal reconocimiento —junto con el de otros derechos sociales también como derechos fundamentales— supone un salto cualitativo innegable. Sin embargo, debemos recordar que la regulación de los derechos de información y consulta tiene a nivel comunitario una larga tradición [24], ya desde las directivas de los

---

[19] Lacomba Pérez, F. R. y Salido Banús, J.: *op. cit.*

[20] *Vid.* Uriarte Torrealday, R.: *op. cit.*

[21] Rojo Torrecilla, E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», en *Temas Laborales,* núm. 59 de 2001.

[22] Däubler, W.: «EU-Grundrechte-Charta und kollektives Arbeitsrecht», en *Arbeit und Recht,* núm. 10 de 2001.

[23] Rocella, M.: «La Carta dei Diritti Fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica», en *Lavoro e Diritto,* núm. 2 de 2001, p. 336.

[24] Mercader Uguina, J.: «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *RMTAS,* núm. 57 de 2005.

años setenta sobre despidos colectivos (Dir. 75/129/CEE) y sucesión de empresas (Dir. 77/187/CEE), y los sucesivos intentos de creación del comité de empresa europeo y la sociedad anónima europea (finalmente creados mediante las Dir. 94/45/CE y Dir. 2001/86/CE —en lo que respecta a la implicación de los trabajadores— respectivamente) y hasta la actualidad, con la directiva marco sobre los derechos de información y consulta (Dir. 2002/14/CE), entre otros textos.

Como también hemos dicho en la introducción, la CCDSFT (1989) y la CSE-R (1996) también han introducido estos derechos. Pero no han sido únicamente estos textos no vinculantes los que han avanzado hacia la consolidación de los derechos de información y consulta a nivel comunitario: el Acuerdo de Política Social (APS) en el Protocolo de Política Social anexo al Tratado de Maastricht hizo referencia por primera vez en derecho originario a los derechos de información y de consulta.

El artículo 2.1 del APS establecía que la Comunidad apoyaría y completaría la acción de los Estados miembros en el ámbito de la información y la consulta a los trabajadores, entre otros ámbitos. No se trataba de ningún reconocimiento de derecho, pero mostraba claramente la voluntad de la Comunidad europea para que se establecieran mecanismos de información y de consulta de los trabajadores, aunque no se hacía mención al nivel comunitario de información y consulta. Asimismo, se hablaba de la cogestión (art. 2.3 APS), en los mismos términos, pero en relación con la representación y la defensa colectiva de los trabajadores.

Posteriormente, el APS se introdujo en el Tratado de Ámsterdam, convirtiéndose así el precepto en el artículo 118.1 (y 3 respecto a la cogestión), pero sin cambios en su contenido. En Niza se volvió a renumerar el Tratado [ahora es el art. 137.1 e) y f) —cogestión—], lo mismo que ha sucedido con el texto del TCUE —art. III-210.1 e) y f)— y tampoco se modificó el contenido].

En consecuencia, actualmente encontramos en el TCUE dos preceptos que hablan de los derechos de información y consulta: el primero —II-87— los declara derechos fundamentales, y el segundo —III-210.1 e)— los considera un ámbito en que la Unión debe apoyar y complementar las acciones de los Estados miembros con el fin de que se alcancen los objetivos declarados en el artículo anterior: fomento del empleo, mejora de las condiciones de vida y de trabajo para hacer posible la equiparación por la vía del progreso, protección social adecuada, diálogo social, desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y lucha contra las exclusiones. Estos objetivos también se encontraban ya formulados desde el APS. Sin embargo, en el Tratado de Ámsterdam se introdujo al inicio del artículo (en aquel momento el 117) un primer párrafo que vinculaba (literalmente decía y

dice el actual artículo III-209: «teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los enunciados en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989») los objetivos para la consecución de los cuales la Unión apoyará y complementará la acción de los Estados miembros con la CSE y la CCDSFT, ambos instrumentos jurídicos no vinculantes. Sin duda, se trataba de un paso adelante para dotar de contenido los «ámbitos» en que intervendría la Unión, pero no permitía deducir que el contenido de los derechos enunciados en las cartas sería el contenido que se debería dar a los mencionados ámbitos, y, por lo que aquí nos interesa, a la información y la consulta a los trabajadores y a sus representantes. Es cierto que se permitía que las cartas ejercieran una cierta influencia en la interpretación del entonces artículo 118.1, pero faltaba dar el paso de convertir los «ámbitos» en derechos.

Ello se produce en el TCUE. Si bien el texto del articulado se mantiene, su interpretación debe ser sustancialmente distinta, como consecuencia de la aparición del derecho fundamental del artículo II-87. Si antes la Unión se obligaba mediante el Tratado a realizar una actuación de apoyo y complemento de los Estados, ahora esta obligación se refuerza notablemente, puesto que no surge exclusivamente del artículo III-210.1 e) en relación con el III-209, sino que radica principalmente del artículo II-87, y esta obligación genérica de apoyo y refuerzo ya no es tal sino que se convierte en la obligación de garantizar a los trabajadores de la Unión un derecho fundamental.

Ello repercute, claro está, en una mucho mayor exigencia hacia la actuación de la UE. Sin la existencia del artículo II-87, el artículo III-210 no permite una actuación voluntaria de la Unión, pero sí altamente discrecional, como consecuencia de la abstracción en los términos en que está formulado el precepto. Con el artículo II-87, la Unión se obliga a garantizar un contenido mínimo, aunque no conozcamos cuál sería éste —tal vez deberá ser de construcción jurisprudencial— lo que, como ya hemos apuntado en el apartado anterior, supone un grave problema. Esta obligación de garantía del contenido mínimo la encontramos en el artículo II-112.1 del TCUE, que establece que «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades».

Podemos afirmar que, en el fondo, la introducción del artículo II-87 provoca, sobre el ya preexistente artículo III-210.1 una transformación para convertirse en un artículo instrumental, no sólo del artículo III-209, sino, en lo que se refiere a la información y a la consulta, también y muy especialmente del artículo II-87.

Cabe hacer mención también a la cogestión. Incluida desde el principio en la referencia a la representación y defensa colectiva de los derechos de los trabajadores, se mantiene en el artículo III-210.1 f) como instrumento para alcanzar los objetivos del III-209, pero queda excluida del derecho fundamental del II-87, puesto que, como ya apuntamos en el segundo apartado, no prosperaron las iniciativas sindicales con el fin de incorporar la participación en general —donde quedaría incluida la cogestión— en el artículo referente al derecho fundamental a la información y consulta.

Finalmente, es también digno de mención el reforzamiento que el artículo II-87 supone del conjunto de la normativa comunitaria respecto de los derechos de información y de consulta. Si bien, como en múltiples ocasiones se ha dicho, la información y la consulta ya se encuentran ampliamente consolidadas en el ordenamiento comunitario, no hay duda de que, a todos los efectos y en todos los contextos interpretativos, la existencia de un derecho fundamental —insistimos, aunque su contenido esencial no se encuentre suficientemente definido en el texto— debe suponer un claro apoyo y refuerzo a favor de una interpretación ampliamente favorable al derecho.

5. CONCLUSIONES

La inclusión en la Constitución europea de un artículo donde se reconoce como derecho fundamental la información y la consulta de los trabajadores y de sus representantes supone un salto cualitativo muy importante respecto al ejercicio de estos instrumentos básicos de participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, aunque tal reconocimiento se produce de forma notablemente limitada y con dificultades no menospreciables, las cuales ya se han ido señalando en las páginas precedentes, y entre las que destaca la falta de concreción del contenido esencial del derecho.

También se aprecian algunos elementos regresivos, como la no inclusión de los derechos de participación en general, como reclamaban unánimemente los sindicatos europeos y se encontraban en textos anteriores no vinculantes.

Sin embargo, el mero reconocimiento de los derechos de información y consulta como fundamentales debe ser valorado de forma positiva y se debe tener presente que la entrada en vigor del texto supondría la necesidad de una cierta reinterpretación de otros preceptos del Tratado, singularmente el artículo III-210.1 e), así como un claro refuerzo en aras a una interpretación amplia a favor del derecho en la normativa comunitaria preexistente y la interna derivada de la misma.

A pesar de sus carencias, el artículo II-87 del TCUE se puede revelar de gran utilidad en la tarea de seguir consolidando los derechos de información y consulta, especialmente a nivel de la Unión y, como señala Bercusson[25], puede contribuir —junto a otros preceptos de la Parte II del TCUE, como los derechos de negociación y acción colectivas— a la construcción y a la legitimación de un sistema europeo de relaciones laborales.

[25] Bercusson, B.: «The role of the EU Charter of Fundamental Rights in building a system of industrial relations at EU level», en *Transfer,* núm. 2 de 2003.

Ponencia Temática II

LOS SISTEMAS TRADICIONALES Y EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

JOAQUÍN SAMPER JUAN

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE PARTICIPACIÓN.—III. EL RÉGIMEN ESPAÑOL. 1. Sistema de participación. 2. Modelo de representación. 3. La unidad básica electoral.—IV. EL MODELO ESPAÑOL, MODELO COMPLEJO. 1. La asamblea de trabajadores. 2. Representación unitaria ordinaria. 3. Representación unitaria extraestatutaria. 4. Representación especializada. 5. La representación sindical.—V. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES. 1. Apertura de expediente contradictorio. 2. Prioridad de permanencia. 3. Derecho a no ser despedidos ni sancionados por razón de su mandato.—VI. FACILIDADES PARA EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA. 1. Derecho a expresar opiniones. 2. Crédito horario.—VII. COMPETENCIAS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. 1. Derecho de vigilancia y control. 2. Derecho de información y consulta. A) Información pasiva. B) Información activa. a) Derecho a informar a los trabajadores: local; tablón de anuncios; uso de medios informáticos. b) Derecho a informar a la empresa. c) El deber de sigilo. 3. Competencias de codecisión. 4. Competencias de negociación colectiva.

I. INTRODUCCIÓN

El encargo que me hizo nuestra Asociación para desarrollar en este XVII Congreso Nacional una ponencia sobre «Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores», me suscitó el temor a incurrir en lo que, para un auditorio tan cualificado como el presente, no serían más que obviedades. Temor lógico, dado que no un especialista en la materia, pero desechado de inmediato al comprender que no se me pedía efectuar aportaciones doctrinales, empeño, por lo demás, harto difícil en todo caso, visto cuanto se ha escrito sobre el tema especialmente en el pasado año con motivo del XXV aniversario del Estatuto de los Trabajadores.

La finalidad de esta ponencia no podía ser otra, dado que el régimen español es sobradamente conocido, que la de ofrecer, como a modo de recordatorio, una visión panorámica de la normativa española, con sus carencias y deficiencias, y de la más reciente jurisprudencia sobre la materia, que sirva de simple telón de fondo a las reflexiones de los grupos de trabajo que aportarán las conclusiones criticas y las propuestas de reforma que son propias de un Congreso.

Al menos, con esa convicción la he desarrollado, limitando por tanto su contenido a esos dos aspectos del tema, legal y jurisprudencial. Lo que ha supuesto tener que dejar al margen cuestiones tan interesantes como el evidente avance que el sistema ha experimentado a impulsos de la negociación colectiva, que en ocasiones establece ámbitos más amplios de representación, en otros reduce los requisitos exigidos por ley para la presencia de representantes en la empresa y en otros amplía el círculo de sus competencias; o el examen de las peculiaridades de la representación de los trabajadores en las empresas públicas; o, en fin, la referencia a las normas comunitarias, incluidas las ya traspuestas a nuestro derecho interno, por tratarse de materias que corresponden a la primera ponencia temática.

Por tal razón, la estructura de la ponencia es muy simple. Comienza con una reseña de los sistemas tradicionales de participación de los trabajadores en la empresa que se observan en el derecho comparado, extraída en su práctica integridad de las aportaciones de la doctrina que se cita. Expone a continuación el sistema de participación español, examinado a la luz de las tres grandes opciones legislativas que le han dado forma: representación reivindicativa; canal dual de representación; y centro de trabajo como unidad electoral básica. Y, finalmente, siguiendo el esquema al uso en los tratados que se ocupan del tema, recuerda en síntesis, breve pero no exenta de apuntes críticos, las garantías y los diversos derechos: vigilancia y control, información y consulta, codecisión y negociación, que nuestra legislación reconoce a los representantes de los trabajadores, deteniéndose especialmente en aquellos temas, en elección subjetiva y por tanto siempre proclive a errores y omisiones, que han ocupado la atención de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en estos últimos años.

Finalmente, parece obligado advertir que la cita la jurisprudencia de la Sala IV se limita, por lo general y salvo obligadas excepciones, a las de los últimos cinco años, por ser sobradamente conocida la anterior, que ya ha sido objeto de magníficas monografías. Y también que, dado que el ponente asume íntegramente todos los pronunciamientos de la Sala IV como no podía ser de otro modo dada su condición, éstos se exponen sin efectuar valoraciones críticas sobre los argumentos utilizados y las soluciones alcanzadas, por entender que corresponden a la doctrina científica que, es de justicia reconocerlo, ha discrepado de muchas de ellas y, en ocasiones, con argumentos de gran peso.

II. LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE PARTICIPACIÓN

En sentido estricto, la participación en la empresa hace referencia a una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de representantes, o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de la empresa o en el de gestión de los centros de trabajo. Y sólo por extensión, se pueden hallar en las manifestaciones de la que se ha podido llamar «participación conflictiva», las connotaciones propias de los instrumentos jurídicos de la participación [1]. Pese a ello, el tenor literal del artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores y el propio título de la ponencia, que habla

[1] J. Rivero Lamas: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *Revista Civitas,* julio/agosto de 1997, p. 493.

de «régimen español de participación» pese a que predomina en él su carácter reivindicativo-conflictivo, aconsejan utilizar el concepto en ese sentido más amplio que permite abarcar las dos formas típicas de actuación de los trabajadores en el seno de la empresa.

Las primeras manifestaciones de actuación colectiva de los trabajadores en la empresa surgen a inicios del siglo XX como medio para dar respuesta a las exigencias del propio movimiento obrero de otorgar a los trabajadores un contrapeso al poder del empresario en la dirección de la empresa. Esa necesidad, asumida por el legislador, se materializa en la creación en las empresas de órganos de representación de los trabajadores con funciones de vigilancia y control. Es el que se ha venido en llamar, impropiamente según el concepto estricto de participación, sistema de participación externa o conflictiva.

En la base de dicha representación late la idea de la contraposición y de la interdependencia de intereses de los trabajadores con los del empresario. Más allá de la posible confluencia de algunos objetivos, ocupan posturas contrapuestas en buena parte de sus relaciones, como consecuencia de su respectiva posición en el proceso productivo [2].

Inicialmente estos órganos surgen en clave antisindical: son un medio para impedir o combatir la actuación del sindicato en la empresa. Se instauran como órganos de colaboración, que son informados e incluso consultados, pero no les competen funciones de tipo conflictivo propias del sindicato. Actuaban o se pretendía que actuasen, en atención al interés de la empresa. En la actualidad ese planteamiento se ha superado, y tales órganos representan los intereses de los trabajadores, como distintos y contrapuestos a los del empresario con los que, en muchas ocasiones, entran en colisión frontal. Y pueden o no tener atribuidas funciones de participación en la gestión de la empresa [3].

Esquematizando las posibilidades de organización de los trabajadores en la empresa, cabe apreciar la existencia de tres modelos. El inicial del que ya hemos hablado, formado exclusivamente por órganos de representación unitaria, en los que el sindicato permanecía fuera de la empresa. El constituido sólo por órganos de origen sindical, que se configura en cada regulación nacional con la inclusión de variantes importantes que dependen del papel en su constitución de la ley o de la negociación colectiva, de la forma de elección o designación de los representantes sindicales, etc.; diferencias que distinguen entre sí a los existentes en EE.UU. de América, Italia, Gran Bretaña, Japón, Suecia,

---

[2] A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo y J. García Murcia: *Derecho del Trabajo,* Tecnos, 2005, p. 280.

[3] Cfr. J. García Ortega, J. Ramírez Martínez y T. Sala Franco: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 126.

Irlanda y Australia. Finalmente el sistema de doble canal de representación, uno sindical y otro electivo, como son los establecido en Francia, Portugal y Bélgica y España. En este sistema de doble canal corresponde, por lo general, a las representaciones sindicales la negociación colectiva y el planteamiento de situaciones de conflicto [4].

En el modelo de doble canal, los representantes electivos se orientan más a una participación en la gestión desde el prisma de la colaboración, que contempla los problemas y la situación particular de la empresa; mientras que los sindicales tienen unas perspectivas en su actuación que rebasan los límites de la empresa, por cuanto que los objetivos de la negociación colectiva se contemplan y abordan en un contexto más general y solidario, y frecuentemente también más conflictivo, muy diferente en la mayoría de los casos, de la negociación sobre temas concretos y de signo cooperativo que suelen llevar a cabo los órganos electivos de participación [5].

La idea de participación es más reciente. Su punto de partida es la negativa a que la gestión de la empresa se atribuya exclusivamente al empresario. Se trata por tanto de que los trabajadores no queden reducidos a meros ejecutores materiales de las decisiones del empresario [6]. El modelo tradicional de participación de los trabajadores en la empresa consiste en atribuir a sus representantes facultades para intervenir en la adopción por parte de la empresa de aquellas decisiones de carácter económico u organizativo que les puedan afectar. De otro lado, la negociación colectiva es también una forma de participación en la gestión de la empresa, hasta el punto de que en algunos países como Estados Unidos o Gran Bretaña ha sido y es considerada como el mejor medio de participación, o en la terminología habitual, de «democracia industrial» [7].

Las diferencias expuestas han permitido distinguir y contraponer, dentro del concepto amplio de participación que hemos elegido para la ponencia, entre el sistema de colaboración en la gestión mediante la participación de los trabajadores en los órganos de administración de la empresa (sistema de participación interna), y el de control reivindicativo de la empresa mediante la confrontación, sin compromiso de corresponsabilidad con sus directivos (sistema de participación externa) [8].

Ahora bien, en las últimas décadas la situación en Europa ha evolucionado hacia sistemas de participación más flexibles, de modo que

---

[4] J. Rivero Lamas: cit., p. 498.

[5] J. Rivero Lamas: cit., p. 502.

[6] A. Martín Valverde, F. Rodríguez Sañudo y J. García Murcia: cit., p. 281.

[7] J. Ortega, J. Ramírez y T. Sala: cit., p. 129.

[8] J. Galiana Moreno y B. García Romero: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (RMTAS),* núm. 43 de 2003, p. 16.

cada uno de los anteriores sistemas ha visto desdibujados sus contornos al incorporarse facetas que, en puridad eran propias del otro, hasta configurarse sistemas mixtos en que la representación reivindicativa incluye cauces de participación colaboradora y viceversa. De modo que no cabe ya afirmar que el sistema de participación reivindicativa y el de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales mediante planteamientos de colaboración en la gestión y en la negociación colectiva, constituyan dos sistemas distintos de regulación de las relaciones laborales a nivel de empresa que se excluyen entre sí [9].

Se camina, en definitiva, hacia una conjunción de ambos sistemas para lograr esa plena «implicación» de los trabajadores en la empresa, de la que nos habla la ponencia general al comentar la Directiva 2001/86 CE, del Consejo.

III. EL RÉGIMEN ESPAÑOL

La construcción de nuestro modelo de participación en un sistema democrático de relaciones laborales se realiza en un momento, años ochenta del siglo pasado, en el que ya se habían expresado en el panorama comparado, los inconvenientes de una acción exclusivamente reivindicativo-conflictiva. Sin embargo, como también es sabido, el debate teórico-doctrinal, como la misma práctica sindical, giró en torno al modelo de representación de los trabajadores a nivel de empresa. El tema clave en aquel momento en nuestros países vecinos, el del desarrollo de los nuevos modos de actuación más consensuales basados en la participación y en la colaboración, quedó oscurecido en aquel debate [10].

El actual régimen legal de participación de los trabajadores en la empresa tiene origen en el artículo 129.2 de la Constitución: *«los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa».* La doctrina científica ha sido prácticamente unánime al criticar el precepto, puesto que el reconocimiento constitucional de dicha participación es tibio y ni siquiera elevado a la categoría de derecho de los trabajadores [11]. Y su propia ubicación sistemática, no en el Título I, Capítulo III («de los principios rectores de la política social y económica») como hubiera sido lógico, sino en el Título VII («Economía y Hacienda») denotaba ya las incertidumbres que sobre el tema albergaba el legislador constitucional, en momentos en los que, como

---

[9] J. Rivero Lamas: cit., p. 501.

[10] F. Durán López: «La participación de los trabajadores», en *RMTAS,* núm. 13 de 1998, p. 78.

[11] A. Montoya Melgar: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2005, p. 545.

hemos dicho, nuestro sistema de relaciones laborales no valoraba, precisamente, las prácticas participativas [12].

De cualquier modo, la fórmula del artículo 129.2 de la Constitución es lo suficientemente general y abierta, como corresponde a su contenido programático, para que el legislador ordinario desarrollar «la participación» de los trabajadores en la empresa de las más diversas formas y con los contenidos más amplios que se hubiese propuesto. Porque se trata de un derecho de contenido complejo y difuso (participación en la gestión, participación en los órganos directivos, participación económica, etc.) [13].

Sin embargo ha diseñado un modelo de participación ciertamente restringido, que tiene su núcleo y fuente en el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores y es el resultado de las tres opciones legislativas que vamos a examinar, que son la base del sistema y han condicionado su desarrollo: participación externa, cauce dual de representación, y centro de trabajo como unidad electoral básica.

1. Sistema de participación

En primer lugar, el legislador ordinario hubo de elegir el sistema de participación de los trabajadores en la empresa. Y entre el reivindicativo y el de colaboración en la gestión optó por el primero, aunque no en toda su pureza, configurando un sistema en el que, sobre todo hasta la reforma laboral de 1994, predominaba el carácter reivindicativo, y la acción de cooperación de los trabajadores en la empresa, tenía, y aún tiene legalmente pese a dicha reforma, un protagonismo más reducido.

Como se ha señalado, en nuestro país los derechos de información y consulta establecidos a favor de los representantes se configuran como unos instrumentos muy débiles de participación en la gestión del empresario. No puede afirmarse que el régimen jurídico estatutario defina los representantes como órganos de participación en la gestión empresarial[14].

En tal decisión normativa influyó, sin duda, el hecho de que al comenzar la década de los ochenta del pasado siglo, el sistema español de relaciones laborales se caracterizaba por unas relaciones embrionarias y altamente conflictivas, que mantenían grandes dosis de espontaneidad y confusión. De modo que el punto de partida para la instauración del nuevo sistema, tanto en una perspectiva funcional como organizativa, era

---

[12] F. Durán López: cit., p. 77.

[13] A. Montoya, J. M. Galiana, A. V. Sempere y B. Ríos: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2001, p. 465.

[14] C. Sáez Lara: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 58 de 2005, p. 316.

significativamente inadecuado para el desarrollo de una acción sindical más consensual o participativa [15].

Como consecuencia de esa elección, el legislador incorporó *«la participación»* al artículo 4.1.g) del Estatuto de los Trabajadores como uno de los derechos laborales básicos. Pero luego la desarrolló en su Título II, Capítulo Primero, que lleva por título «Del derecho de representación colectiva», de acuerdo con la fórmula restrictiva y ambigua del artículo 61: *«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 regulados en este Título».*

Decimos que la fórmula es restrictiva porque no desarrolla en su integridad, como hubiera sido deseable, las posibilidades que ofrece el precepto constitucional; pues en la práctica viene a identificar el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, con la sola creación de órganos de representación, lo que sin duda constituye una de las manifestaciones de aquel derecho, entendido en su sentido más amplio, pero no lo agota en modo alguno. Así lo reconoce el propio artículo 61 ET al prever *«otras formas de participación»* y lo reitera el artículo 34 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que habla ya, separadamente, de los *«derechos de participación y representación».*

Y es ambigua porque no precisa con exactitud el alcance de esa remisión a *«otras formas de participación»*. A la vista del posterior desarrollo normativo cabría pensar que con ella el legislador sólo pretendió anunciar la coexistencia de cauces representativos que se iba a producir entre la representación unitaria, única que fue objeto de regulación por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores y la representación sindical, que años más tarde desarrollaría la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS).

Mas si, por el contrario, quiso significar que junto a la representación reivindicativa iban a tener cabida otras formas de participación de los trabajadores de signo más colaborador y gestor, hay que reconocer que éstas quedaron muy desdibujadas en el texto estatutario, pues se reducen a las competencias que el artículo 64 reconoce a los representantes de los trabajadores para *«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. 64.1.10.º) y para *«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. 64.1.11.º).

---

[15] F. Durán López: cit., p. 78.

No obstante la realidad muestra que, al igual que ocurre en el marco nacional de relaciones entre sindicatos y patronales, también en el ámbito de la empresa se está produciendo un claro tránsito desde los iniciales planteamientos de confrontación, a los de diálogo y concertación. De ahí que pese esa configuración predominantemente conflictiva de la normativa estatutaria, se esté produciendo en el conjunto del sistema español una apertura a fórmulas de participación cooperadora de los trabajadores con la empresa, sobre todo a impulsos de la negociación colectiva[16]. Más tímida es por ahora su presencia en el marco legal, donde la participación queda casi reducida, además de los casos antes indicados, a las experiencias impulsadas por la transposición de la normativa europea en las leyes 10/1997 «sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», y 31/1995 de «prevención de riesgos laborales».

Ello pone de manifiesto que si bien la fórmula estatutaria ha podido cumplir hasta cierto punto con la finalidad de control y reivindicación para la que se implantó, resulta en la actualidad, pasado ya el aniversario de plata del Estatuto, claramente insuficiente para orientar y estimular la relación de colaboración en el seno de la empresa que hoy parece necesaria para lograr, tanto el óptimo funcionamiento de la empresa, como el mantenimiento del empleo y la mejora de las condiciones de trabajo de las que, en gran parte, dependen de la prosperidad de la empresa y constituyen los objetivos prioritarios de la acción colectiva de los trabajadores.

En el momento actual las cosas son muy distintas y sobre todo serán muy distintas. La participación será una de las bases fundamentales del sistema de relaciones laborales y revestirá creciente importancia en la práctica sindical, en la reflexión doctrinal y en la labor legislativa, puesto que el mantenimiento del actual sistema podría entrar en colisión con otros intereses de los trabajadores, como son el mantenimiento y la creación de empleo, el desarrollo de la seguridad y la salud laboral y la adaptación de los puestos de trabajo a los cambios tecnológicos, etc. [17]

De ahí que resulte muy conveniente, cuando no necesario, iniciar un proceso de reflexión tendente a actualizar la normativa legal. En mi opinión, no sería bueno dejar la puesta al día del sistema exclusivamente en manos de la negociación colectiva pese a los indiscutibles avances que en ella se pueden lograr y se están logrando. De una parte, porque tales avances pueden ser difíciles y lentos en esa gran parte del tejido productivo que aglutina a las empresas de reducido tamaño, dada la, hasta cierto punto lógica, resistencia empresarial a ceder cotas de poder

---

[16] Un amplio análisis de los avances en ese campo en F. DURÁN: cit., pp. 85 a 92.
[17] F. DURÁN: cit., p. 77.

que se manifiesta más acusadamente en ese sector. Y de otra, porque la interpretación de los productos de la negociación colectiva estará siempre necesitada del apoyo de pautas y reglas generales que sólo puede proporcionar un sistema legal que esté en consonancia con la realidad del momento.

2. Modelo de representación

La segunda opción que debió afrontar el legislador fue la de decidir el modelo de representación de los trabajadores en la empresa.

Como ya hemos anticipado y la doctrina enseña [18], en Europa conviven dos modelos organizativos de representación de los trabajadores en la empresa: El de representación unitaria o institucional (modelo de representación interna), constituido por órganos ajenos a la estructura sindical, cuyos miembros son elegidos por todos los trabajadores de la empresa (delegados de personal, comités o consejos de empresa, comisiones internas) [19]. Y el de representación sindical (modelo de representación externa) constituido por órganos sindicales, dotados de mayor o menor autonomía, según los casos. Lo que no significa que sean modelos exclusivos y excluyentes sino que, al contrario, conviven normalmente entre sí, especialmente a partir de la década de los años sesenta en que se aprecia un notable avance de la acción sindical en la empresa, rompiéndose así la inercia histórica de los sindicatos a situarse, como instrumento de oposición capitalista, a nivel de la sociedad global y no a nivel de empresa.

El legislador español, que, como primera decisión, había optado por implantar un sistema de participación centrado en la representación reivindicativa, eligió luego para dicha representación, el modelo organizativo mixto o de doble canal, unitario y sindical, que apunta el artículo 61 del ET al hablar de *«otras formas de participación»*. En el Estatuto desarrolló el primer canal, que era el que más se asemejaba a la situación imperante en 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, y que ni siquiera mantenía plenamente la capacidad negociadora de unos convenios estereotipados que se sometían al control de la legalidad y también de oportunidad ejercido

---

[18] T. Sala Franco e I. Albiol Montesinos: *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., p. 138.

[19] Un análisis crítico de la evolución de la representación unitaria en el derecho comparado y en España en A. O jeda Avilés: «La representación unitaria: el "faux ami"», en *RMTAS,* núm. 58 de 2005, pp. 342 a 346.

por la Autoridad Laboral [20]. Más tarde, la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical (LOLS) introduciría en la empresa el segundo canal, la representación sindical a través de los delegados y las secciones sindicales, con lo que quedó configurado el modelo dual que sigue vigente en la actualidad.

Sin embargo, las representaciones unitaria y sindical no reciben legalmente el mismo trato pues, pese a que esta última cuenta con el apoyo constitucional y los Convenios 135 y 154 de la OIT manifiestan claramente su preferencia por ella, el sistema español privilegia a la unitaria en el seno de la empresa [21], como lo demuestran las diferencias que se aprecian en la regulación legal.

Los representantes unitarios están revestidos de la mayor legitimación democrática que les otorga su elección por votación personal libre, secreta y directa de todos los trabajadores de la empresa (art. 62.1 ET), mientras que los delegados sindicales son designados exclusivamente por los miembros de la sección sindical y por el método que estiman más conveniente. Es más amplio el ámbito de representación de los unitarios, ya que una vez elegidos, y al contrario de lo que ocurre con los sindicales que representan sólo a los trabajadores de la sección sindical que los designa, ostentan la de la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo o de la empresa. Los unitarios tienen, además, una presencia numéricamente muy superior a la de los delegados sindicales, puesto que pueden estar presentes en todos los centros o empresas de más de seis trabajadores y llegar a tener en los comités de empresa hasta 75 representantes (art. 66 ET), en tanto que los delegados sindicales limitan su presencia a los centros o empresas de más de 250 trabajadores y su numero no puede ser superior a cuatro (art. 10.2 LOLS). Finalmente, son también más reducidas algunas de las competencias de los delegados sindicales, como más adelante veremos.

Pese a tales diferencias, la presencia de la representación sindical en la empresa no es, en modo alguno, desdeñable. Su penetración es cada día mayor, no sólo a través de sus secciones y delegados sindicales, sino también mediante la sindicalización de la propia representación unitaria que es elegida, mayoritariamente, de entre listas presentadas por los sindicatos. Así lo señalaba ya la sentencia del Tribunal Constitucional 134/1994, reconociendo la existencia de un cierto grado de interacción en las empresas entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria de los trabajadores, y que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de instituciones y a sus funciones de represen-

---

[20] A. OJEDA: cit., p. 344.

[21] Una visión polémica en A. O JEDA: cit., pp. 348 a 361.

tación y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otro tiempo fueron manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse.

Ocurre, además, que la rígida separación entre la representación sindical y la unitaria queda rota de raíz desde el preciso 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 postre, todos llaman «sindicales». Por otra parte, a diferencia de otros ordenamientos, el derecho español no ha establecido una clara y precisa delimitación funcional entre una y otra clase de representación, sino que, por el contrario, ambas estructuras comparten las más importantes tareas encomendadas a los representantes de los trabajadores en la empresa: negociación colectiva (art. 87.1 ET), planteamiento de conflictos colectivos [art. 2.2.d) LOLS] y derechos de información y consulta (art. 64 ET y 10.3 LOLS)[22]. Y ello constituye una inagotable fuente de conflictos.

Finalmente debe significarse que, contrariamente a lo que podría pensarse en función de esa evidente posición de preeminencia, los representantes unitarios quedan en desventaja frente a los sindicales, y esta es una de las graves disfunciones del sistema, en cuanto a la protección jurisdiccional que la ley les dispensa en el ejercicio de su función representativa. Lo que plantea en la práctica numerosos problemas, siendo sobradamente conocida 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.

De acuerdo con dicha doctrina constitucional los representantes unitarios, pese a que realizan funciones materialmente sindicales en cuanto de defensa de los intereses generales de los trabajadores a los que representan, no pueden acudir, en su mera condición de representantes unitarios —a salvo la posibilidad de hacerlo en su condición de afiliados a un sindicato— al proceso especial y urgente de tutela de libertad sindical, del que tanto uso hacen los delegados sindicales. Y esa diferencia de protección, constituye, cuando menos, un incentivo para que los unitarios independientes busquen el resguardo de la sindicalización.

Cabe pues preguntarse, a la vista de la situación descrita, si el actual sistema puede considerarse equilibrado y adecuado a las actuales necesidades. En sentido positivo se pronuncia parte de la doctrina. Así, se estima que la dicotomía entre representación unitaria y sindical se resuelve de un modo ejemplar en el sistema español de doble representación-participación que se separa de la línea predominante en el Derecho

---

[22] J. Luján Alcaraz: *La acción sindical en la empresa*, CES 2003, p. 75.

comparado. Pues mientras en éste 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 unitarios las funciones de colaboración y participación en el seno de la empresa, que en determinadas materias puede llevar a la concertación sobre acuerdos sobre temas concretos, en nuestro país, por el contrario, se adopta una fórmula mixta legitimadora (unitaria-sindical) en materia de negociación colectiva que en el seno de la empresa es compartida por las representaciones unitaria y sindical (art. 87.1 ET) [23].

Se ha destacado también que los representantes electivos se orientan más a una participación en la gestión desde el prisma de una colaboración que contempla los problemas y la situación particular de la empresa; mientras que los sindicales tienen unas perspectivas de actuación que rebasan los límites de la empresa, por cuanto los objetivos de la negociación colectiva se contemplan y abordan en un contexto más general y solidario muy diferente, en la mayoría de los casos, de la negociación sobre temas concretos y de signo cooperativo que suelen llevar a cabo los órganos electivos de participación [24].

Los anteriores criterios no son, sin embargo, pacíficos doctrinalmente hablando, pues a ellos se pueden contraponer los de quienes entienden que la atribución indiferenciada de los derechos y medios de acción sindical a favor de representantes unitarios y sindicales en la empresa, dos distintos sujetos, con lógicas y reglas de actuación y funcionamiento distintas, ha sido un claro obstáculo para el desarrollo de fórmulas más participativas [25]. Y que los sindicatos han perdido la iniciativa a favor de los comités y quedan reducidos a la no despreciable función de negociar convenios colectivos sectoriales y a participar en las instituciones públicas, aunque más del 80 por 100 de los representantes unitarios estén afiliados a las dos grandes confederaciones sindicales. Porque el comité se debe a sus electores y es controlado por la asamblea de personal, de modo que podrán obedecer al sindicato de pertenencia cuando no entren en conflicto con lo resuelto en asamblea, y aun cuando no sufran esa presión, habrá ocasiones en que un planteamiento circunscrito les impulse a desoir *motu propio* las instrucciones recibidas [26].

Esa dualidad ha producido un solapamiento de funciones, y ha provocado un fenómeno de competición y emulación entre ambas representaciones que a nadie beneficia [27]. Tal vez el mejor ejemplo de solapa-

---

[23] J. Galiana y B. García: cit., p. 19.
[24] J. Rivero Lamas: cit., p. 502.
[25] F. Durán: cit., p. 80.
[26] A. Ojeda: cit., pp. 348 y 349.
[27] A. Ojeda: cit., p. 361.

miento se encuentre en el artículo 87 ET, que reconoce legitimación inicial para negociar convenios colectivos de empresa o ámbito inferior indistintamente a representantes unitarios y «representantes sindicales», para, a continuación, ligar la obtención de legitimación propia o negocial al hecho de que tales representaciones sumen en su conjunto la mayoría de los miembros del comité» [28].

Y en cuanto a enfrentamientos, la patología del sistema, que es la que llega a los Tribunales, muestra que la empresa se ha convertido en muchas ocasiones en un campo de batalla en el que, de un lado, comités y secciones sindicales compiten por el protagonismo hegemónico en la empresa; y de otro, los sindicatos minoritarios pugnan por hacerse un hueco, aunque para ello, se vean obligados frecuentemente a interponer demandas de conflictos colectivos o de impugnación de aquellos convenios de empresa en cuya negociación no han intervenido, con tan escaso fundamento jurídico, que da pie a pensar que lo hacen con la única finalidad de lograr ese mayor prestigio que les permita aumentar el número de sus afiliados.

Parece pues evidente que se hace necesaria una revisión del modelo organizativo que clarifique el sistema legal y reparta mejor los roles de cada representación. De lo que se trata en definitiva es de simplificar los mecanismos de participación en la empresa, evitando duplicidades que ninguna ventaja parecen ofrecer [29].

A tal fin se han propuesto [30] diversas medidas de reequilibrio, sobre las que se hace necesario reflexionar: privar a los representantes unitarios de su capacidad para liderar medidas de conflicto, especialmente la huelga; limitar su capacidad negociadora a los acuerdos de empresa, reservando la negociación de los convenios colectivos para los sindicatos; permitir a los delegados sindicales compartir la presidencia de las asambleas de personal; y acabar con la indefinición en que incurren a menudo los textos legales, sustituyendo la genérica alusión a los «representantes de los trabajadores» en la que tantas veces incurren, por una concreta indicación legal que acabe con las dudas sobre su alcance.

3. La unidad básica electoral

La tercera opción a la que se enfrentó el legislador era más instrumental, pero no menos importante. Se trataba de determinar el ámbito espacial de la representación de los trabajadores en la empresa: si el

---

[28] J. Luján: cit., p. 93.
[29] J. Luján: cit., p. 314.
[30] *Vid.* A. Ojeda: cit., p. 58.

centro de trabajo o la empresa en su conjunto. La ambigüedad de la fórmula que utilizan los artículos 62.1 y 63.1 ET, que hablan de representación *«en la empresa o centro de trabajo»* podía llevar a entender que el legislador había implantado una fórmula alternativa que permitía a los trabajadores elegir el ámbito de actuación de sus representantes. No fue esa, sin embargo, la conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo al interpretar dichos preceptos.

La sentencia de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/00) explicó que la solución que propugnaban los recurrentes, con indudable apoyo en autorizada doctrina científica, era ciertamente atractiva en línea de principios y que la Sala no tendría inconveniente alguno en asumirla si se tratara de un debate de *lege ferenda,* por ser evidentemente más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa. No obstante concluyó que no debía olvidarse que el precepto constitucional (art. 129) contiene sólo una declaración programática cuya concreción y desarrollo es competencia exclusiva del legislador ordinario que los tribunales de justicia no pueden invadir, para sustituir la regulación elegida por aquél por otra, por más avanzada y tutelar que pueda parecer.

Por tal razón la jurisprudencia, coincidiendo con el criterio que es mayoritario en la doctrina, ha declarado que en el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general, confirmada por la única excepción prevista en el artículo 63.2 ET para un supuesto especial (comité conjunto), es que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica. En ese sentido, y reiterando doctrina anterior, se pronuncian las sentencias de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/2000) y 19 de marzo de 2001 (rec. 2012/2000) después de analizar los artículos 62, 63, 67, 68, 74 y 76.5 del propio Estatuto, que se remiten siempre al centro de trabajo, y diversos preceptos del propio Reglamento de Elecciones aprobado por el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, en el que es igualmente constante la mención de dicho espacio electoral.

Otro tanto ocurre con el ámbito electoral de los delgados sindicales. Aunque inicialmente el Tribunal Supremo emitió pronunciamientos en sentido opuesto, las sentencias de 20 de julio de 2000 (rec. 1000/2000), 10 de abril (rec. 1548/2000), 13 de junio de 2001 (rec. 1564/2000), 15 de marzo de 2004 (rec. 1116/2003) y 9 de mayo de 2005 (rec. 132/2004) ponen en relación el artículo 10.1 LOLS con el sistema estatutario de participación de los trabajadores en la empresa, y llegan a la conclusión de que también para ellos es el centro de trabajo y no la empresa la unidad básica electoral. Y es que, como se ha señalado certera y gráficamente, el sistema de representación se constituye en los centros de trabajo, descuida la empresa e ignora los grupos empresariales [31].

[31] C. Sáez Lara: cit., p. 321.

En la actualidad, la opción legislativa por el centro de trabajo como unidad electoral básica sigue siendo válida cuando se trata de empresas simples o unicelulares —que eran, por cierto, las más numerosas al tiempo de publicarse el Estatuto— cuyo espacio vital coincide con el del único centro de trabajo que poseen, ya que entonces la representación unitaria, y en su caso la sindical, es una y la misma para toda la empresa.

Ahora bien, en las últimas décadas el diseño legal ha venido contrastando notablemente con las exigencias planteadas por las nuevas formas organizativas de las empresas, donde los procesos de concentración en el plano económico (fusiones, absorciones) y, por ende, en el de las decisiones estratégicas, y simultáneamente el inverso proceso de descentralización productiva *(outsurcing,* filialización) hacen inadecuadas las tradicionales fórmulas representativas plasmadas en el ET, donde el centro de trabajo sigue constituyendo el eje estructural de la articulación de las mismas. También contrasta con el eco que estas nuevas exigencias representativas han tenido en otras instancias normativas, señaladamente en el ámbito de la Unión Europea donde han fructificado iniciativas, como la relativa a la creación de Comités de Empresa Europeos, o la que se inserta en el contexto normativo de la Sociedad Anónima Europea, que apuestan claramente por lograr una adecuación de las fórmulas representativas a las complejas formas de organización de los nuevos sistemas productivos. No en vano, está en juego la propia eficacia de la función representativa, cuya pervivencia depende, en última instancia, de la superación de las tradicionales estructuras representativas que, aunque precisas, necesitan ser completadas por otras nuevas que, por su parte, requieren un redimensionamiento funcional del modelo en su conjunto [32].

El actual sistema legal no tiene respuestas válidas para los problemas de representación que se plantean cuando su unidad electoral no resulta adecuada para la eficaz la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores afectados. Y ello ocurre en los casos de:

a) Empresas con menos de 10 trabajadores, donde la presencia representativa se hace difícil, cuando no imposible, según que el número de aqueéllos sea superior o no al de 5.

b) Empresas complejas o pluricelulares, con varios centros de trabajo, en las que el ejercicio de la función representativa encuentra dificultades de coordinación, que sólo pueden ser salvadas con la pactada existencia de un comité intercentros.

c) Empresas de trabajo temporal, en que la representación de los trabajadores ve mermada su eficacia por la atomización de

[32] C. Sáez Lara: cit., p. 316.

los centros de trabajo en los que sus representados prestan servicios temporales y normalmente por periodo muy breve; y, cuanto más, las florecientes empresas multiservicios, cuyos trabajadores no cuentan, ni tan siquiera, con el derecho a esa representación, sin duda débil pero representación al fin, que proporciona a los trabajadores de las ETT el artículo 17 de su ley reguladora 14/1994, al atribuir a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria la representación de los trabajadores en misión.

e) Grupos de empresas donde el auténtico poder de decisión está situado en un nivel superior al de las empresas que lo componen y escapa por tanto al control de los representantes de los trabajadores, que tienen limitadas sus funciones, competencias y garantías a la empresa en la que han sido elegidos. Y ello puede constituir, como se ha dicho, uno de los móviles que pueden inducir al agrupamiento empresarial [33]; salvo, por supuesto, las soluciones que pueda facilitar una negociación colectiva que en muchas ocasiones encontrará serias dificultades para resolver el problema, dada la natural resistencia empresarial a permitir nuevos cauces de representación, tanto por las nuevas obligaciones que ello le acarrea, cuanto por el mayor control que una representación grupal puede suponer para el ejercicio de sus facultades de dirección.

f) Centros de trabajo en los que, fruto de la externalización, concurren trabajadores de muy diversas empresas, dado que el ET no procura una solución que permita agrupar a todos aquellos bajo una misma representación unitaria o sindical.

g) Supuestos que el legislador del 80 no puede ni tan siquiera prever y hoy son comunes, como pueden ser los trabajadores autónomos dependientes que carecen por completo de representación en la empresa de la que dependen, o el de aquellos que realizan su actividad en régimen de teletrabajo cuya comunicación con su representación legal es prácticamente inexistente, dado el permanente alejamiento de estos trabajadores del espacio físico en que se desenvuelven sus teóricos representantes, etc, etc.

Ese catálogo de situaciones reclama una intervención del legislador en profundidad, para dar cobertura representativa a ese numeroso colectivo de trabajadores que por prestar servicios en ese amplio catálogo de situaciones expuestas, están desprotegidos por el actual sistema normativo y quedan a expensas de una negociación colectiva que no siempre acaba en éxito.

---

[33] J. Galiana y B. García: cit., p. 26.

El Tribunal Supremo sólo se ha podido pronunciar, en fechas relativamente recientes, sobre los dos problemas básicos que se plantean para la elección de la representación unitaria en empresas o centros de trabajo con menos de 10 trabajadores: uno, si es posible agrupar electoralmente los centros con menos de seis trabajadores para lograr un delegado de empresa común a todos; el otro, quien puede convocar las elecciones en los centros que ocupan entre 6 y 10 trabajadores.

Cuando los trabajadores son menos de seis, el artículo 62.1 ET no prevé la existencia de representación legal; exclusión asentada posiblemente en la convicción de que el nivel de confianza y conocimiento que propicia la cercanía entre los trabajadores y su empleador la hacia innecesaria. Pero esa presunción, que puede ser válida, y no siempre, para las empresas unicelulares, decae en el caso de las empresas complejas articuladas en varios centros de trabajo de esas mínimas proporciones, pese a lo cual no es posible con el solo amparo de la legalidad actual crear una unidad electoral que los agrupe. Al menos en ese sentido se ha manifestado la Sala IV por entender que la interpretación del artículo 62.1 no permite esa solución, por muy deseable que sea.

La sentencia de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/2000), ya citada, lo declara así en relación con una empresa que tiene 42 centros de trabajo repartidos en 17 provincias en los que ocupa un total de 156 trabajadores. El sindicato recurrente pretendía la celebración de elecciones para el nombramiento de un delegado de personal de carácter provincial mediante una votación conjunta en todos los centros de trabajo con menos de seis trabajadores. La sentencia reconoce que los 42 centros de trabajo de la empresa superan con mucho las exigencias del artículo 1.5 ET para ser considerados como tales y no como simples puestos de trabajo diseminados, pues cada uno constituye una unidad productiva autónoma con organización específica que esta dada de alta como tal ante la Autoridad Laboral. No obstante desestima el recurso por considerar que el artículo 62 ET no autoriza ni la agrupación de centros de trabajo con plantilla reducida para elegir un delegado de personal conjunto ni, por ende, permite la celebración de elecciones de ámbito superior al del centro de trabajo para tal fin.

La cuestión que sí ha merecido una respuesta positiva es la de quienes están legitimados para promover las elecciones en las empresas o centros que cuentan entre 6 y 10 trabajadores. La aparente discordancia entre el artículo 62.1 ET (que condiciona su celebración a que así lo decidan los trabajadores del centro por mayoría) y los artículos 6.3 e) LOLS y 2.1 del Real Decreto 1844/1994 (que reconocen a los sindicatos más representativos el derecho a promover las elecciones para delegados de personal, sin limitación alguna por el número de los trabajadores) precisaba de una interpretación armonizadora capaz de conjugar

el papel protagonista de los trabajadores a la hora de elegir delegados de personal de estas pequeñas empresas, con la facultad que ostentan los sindicatos más representativos de impulsar procesos electorales allí donde puede haber representantes unitarios [34].Y de ello se ocupan las sentencias, muy próximas en el tiempo, del Tribunal Constitucional 36/2004, de 8 de marzo, y del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2004 (rec. 2/2003) que llegan a la misma conclusión.

En la sentencia 36/2004, el Alto Tribunal declaró que los sindicatos más representativos pueden promover también elecciones en los centros o empresas de 6 a 10 trabajadores, pero que su celebración exigirá siempre la decisión de los trabajadores que opera como condición de eficacia y no como presupuesto de admisibilidad; y que, por consiguiente, la decisión mayoritaria prevista en el artículo 62.1 LET, inciso segundo, siendo imprescindible, puede ser, en el aspecto temporal, anterior o posterior a la promoción de las elecciones y, en el terreno formal, expresa o tácita. En igual sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en sus sentencias 60/2005, de 14 de marzo —en la que recogiendo la doctrina de otras anteriores (SSTC 104/1987, de 17 de junio; 9/1988, de 25 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo, 76/2001, de 26 de marzo), reitera que la promoción de elecciones sindicales constituye parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical, por lo que cualquier impedimento u obstaculización puede ser constitutivo de una violación de la libertad sindical —y 70 y 71/2006 de 13 de marzo, que consideran el acto de votación de la mayoría, como la clara existencia de una decisión mayoritaria tácita de contar con delegado de personal.

Por su parte el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de marzo de 2004 (rec. 2/2003) analiza los mismos preceptos ya citados, y llega a similar conclusión. El artículo 62.1 no supone excepción alguna a lo dispuesto en el artículo 67.1, sino que el primero de ellos se está refiriendo a la «celebración» o «realización» de las elecciones, mientras que el segundo trata de su «promoción». Explica la Sala que los conceptos de «promover» y «celebrar» son distintos. Promover supone simplemente iniciar el impulso de un proceso, y esta facultad se atribuye a ciertos sindicatos. La celebración del proceso electoral con la constitución de la mesa constituye ya el paso siguiente y la decisión posterior y última acerca de si en ámbitos tan reducidos se van a celebrar o no elecciones corresponde en exclusiva a los propios trabajadores, conforme revela la expresión *«si así lo deciden éstos por mayoría»* empleada por el artículo 62.1. En cualquier caso, la interpretación armónica de los artículos 62 y 67.1 del ET supone que la constitución de la mesa elec-

---

[34] J. Lahera Forteza: «Promoción electoral por los sindicatos más representativos en empresas o centros que cuenten entre 6 y 10 trabajadores», en *Revista de Relaciones Laborales. La Ley*, marzo de 2005, pp. 65 a 71.

toral esté condicionada en los centros de trabajo de entre 6 y 10 trabajadores a la aceptación mayoritaria por parte de éstos de la celebración de las elecciones.

Esta última afirmación parece que difiere de la doctrina constitucional expuesta, más no es así. Porque previamente al acto mayoritario de votación que el Tribunal Constitucional valora como manifestación del acuerdo tácito favorable a las elecciones, se ha debido producir, necesariamente, y otro acto que pone de manifiesto igualmente, de forma tácita pero inequívoca, la existencia de esa voluntad mayoritaria. Nos referimos a la constitución de la mesa electoral, ya que de ella han de formar parte, entre titulares y suplentes (art. 73.3 ET), un total de seis trabajadores que son la mitad más uno en las empresas de 10 trabajadores y que con su decisión de formar parte de la mesa están ya evidenciando su deseo de que se celebren las elecciones.

IV. EL MODELO ESPAÑOL, MODELO COMPLEJO

En cualquier caso, y al margen de las posibles deficiencias ya apuntadas, es lo que cierto que la configuración actual de la representación de los trabajadores en la empresa puede calificarse de excesivamente compleja, por cuanto que cuenta, o puede contar, con: la asamblea de trabajadores, una representación unitaria con órganos unipersonales o colectivos según sea el numero de trabajadores de la unidad electoral, otra especializada en seguridad e higiene que puede o no estar integrada en la anterior, y finalmente la representación sindical. Veamos ahora las líneas generales de cada una de ellas, quedando para más adelante el examen de las garantías y competencias que les son propias.

1. La asamblea de trabajadores

El sistema asambleario de participación se inspira, como es sabido, en el principio de democracia directa: la totalidad de los trabajadores se reúne para deliberar, sin mediación de órganos representativos [35]. En nuestro modelo dual de representación la asamblea no es un cauce normal de representación. Es posible que pueda constituir en el futuro una fórmula de legitimidad democrática del conjunto del sistema sindical, pero en la actualidad no se configura en el modelo estatutario de representación como una forma organizativa directa de la autotutela de los intereses de los trabajadores [36].

---

[35] A. Montoya Melgar: cit., p. 560.
[36] C. Sáez Lara: cit., p. 320.

Tal afirmación es compartida por la Sala IV que en sentencia de 19 de enero de 2004 (rec. 4179/02) señaló 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); y es la traducción práctica del derecho de reunión pacífica reconocido en el artículo 21 de la Constitución que, por su naturaleza y trascendencia no debe ser limitado más allá de lo que la ley ha establecido.

Su regulación legal (arts. 77 a 80 ET) muestra que, en efecto, la asamblea no es un órgano de representación unitaria, carácter que el ET atribuye exclusivamente a los delegados y comités de empresa, sin exigir que sus actuaciones tengan que ser autorizadas ni ratificadas por la asamblea. En situación normal, las asambleas de trabajadores, que se celebran en el centro de trabajo, si es que reúne condiciones para ello, y fuera de las horas de trabajo (art. 78.1), son órganos receptores de la información que les facilitan sus representantes (art. 78 ET *in fine)* y sólo de decisión en los casos en que aquellos, con la finalidad de obtener un respaldo que legitime su actuación, sometan a su aprobación determinados acuerdos (convocatoria o cese de la huelga, ratificación de los acuerdos de empresa o del convenio colectivo de empresa ya negociados, etc.)[37]. Tales acuerdos habrán de aprobarse con el voto favorable de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo (art. 80 ET). Y se admite —curiosa forma de votación en asamblea— el voto por correo [38].

De otro lado, la doctrina destaca[39] que, dado el carácter no retribuido de la asamblea —y su celebración fuera de las horas de trabajo, añadimos ahora— resulta incomprensible que el artículo 78.2.b) ET, autorice al empresario a negarse a facilitar el centro de trabajo para su celebración *«si hubiesen transcurrido menos de dos meses desde la última reunión celebrada»*. Y que en todo caso, esa limitación no puede jugar cuando la asamblea tenga lugar con ocasión de una huelga convocada precisamente en asamblea de trabajadores, porque supondría un claro impedimento para desconvocarla o poner fin a ella. Situación que resultaría abiertamente contraria para el ejercicio del propio derecho de huelga reconocido a los trabajadores en el artículo 28.2 de la Constitución.

Excepcionalmente, la asamblea puede ser en las empresas o centros de trabajo de menos de seis trabajadores donde no es posible celebrar elecciones, el vehículo ordinario, cuando no único, para que aquellos pue-

---

[37] M. A. Limón Luque: *Derecho de reunión y relaciones laborales*, CES, 1996, p. 130, analiza en profundidad ese aspecto dual de la asamblea.

[38] A. Montoya Melgar: cit., p. 562.

[39] T. Sala e I. A lbiol: cit., p. 278.

dan presentar sus reivindicaciones a la empresa de forma colectiva, o responder de igual modo a las consultas que el empresario quiera formularles sobre diversas materias, entre ellas las que obligatoriamente le imponen los artículos 33 y 34 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Y cabe, incluso, que los promotores o portavoces de la asamblea puedan llegar a constituirse, como luego veremos, en representantes extraestatutarios de los trabajadores, si la empresa los acepta como tales.

Especial relevancia tienen las asambleas convocadas, al amparo del artículo 67.3 ET, con la única finalidad de decidir, por mayoría absoluta y mediante sufragio personal, libre, directo y secreto (art. 80), si revocan o no el mandato dado por los trabajadores en las elecciones a sus representantes. La sentencia ya citada de 19 de enero de 2004, se pronunció sobre quién debe presidir la asamblea revocatoria en tal caso, en un supuesto en que concurrían las siguientes circunstancias: durante su celebración, uno de los tres delegados de personal sometidos a censura hizo uso de la palabra hasta tres veces; todos ellos emitieron su voto sin formular objeción alguna a que la asamblea estuviera presidida por trabajadores designados en la asamblea misma que no ostentaban cargo representativo; y tampoco hicieron protesta por tal circunstancia ni mostraron su desacuerdo con el desarrollo y de su reflejo en el acta levantada al efecto.

Pese a la rotundidad con la que se pronuncia el artículo 77.1 ET: *«será presidida, en todo caso, por el comité de empresa o los delegados de personal mancomunadamente»,* que parece no admitir excepciones, la Sala IV llegó a la conclusión contraria y confirmó la validez de la presidida por trabajadores designados en la propia asamblea y que no ostentaban cargo representativo, en atención a que el único asunto a tratar constituía una verdadera moción de censura a los representantes de los trabajadores; ya que sería ilógico aceptar que, en tales casos, la asamblea únicamente pudiera ser válida cuando fuera presidida por tales representantes, pues les bastaría a éstos, para privarla de validez y mantenerse en su puesto, con negarse abiertamente a presidirla, o dirigirla con actitud obstruccionista o pasiva.

Personalmente entiendo que tal criterio debería extenderse, con carácter general, a todas las asambleas revocatorias, aun en los casos en que no se den las circunstancias que contempló la referida sentencia.

2. La representación unitaria ordinaria

A ella dedica su atención el Estatuto de los Trabajadores, y lo hace con un diseño piramidal. En su base se encuentran los centros de trabajo o empresas de menos de 50 trabajadores, en los que están presentes los

delegados de personal (art. 62 ET); en un segundo escalón aparecen los centros o empresas de más de 50 trabajadores, que constituyen el específico campo de actuación de los órganos colectivos, es decir, los comités de empresa (art. 63.1 ET) y los comités conjuntos sólo posibles cuando los diversos centros de trabajo de una empresa sitos en una misma provincia o en municipios limítrofes no alcanzan los 50 trabajadores aisladamente considerados, pero sí sumados en su conjunto (art. 63.2 ET); y finalmente en la cúspide, los comités intercentros (que los convenios colectivos otorgan otras denominaciones como comité central, general o nacional), compuestos por un máximo de 13 miembros y cuyo nacimiento y competencias dependen de la negociación colectiva (art. 63.3).

No nos vamos a detener en el proceso electoral que rige para el nombramiento de los representantes unitarios, regulado en los artículos 69 a 76 ET y desarrollado por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1844/1994. La razón es que el control de dicho proceso, a partir de la reforma introducida por la Ley 11/1994, ha quedado sometido al procedimiento arbitral previsto en el artículo 76 ET, y que al ser sus laudos impugnables ante los juzgados de lo social, vía artículos 127 a 132 de la Ley de Procedimiento Laboral, que resuelven en sentencia contra la que no cabe recurso alguno, el Tribunal Supremo no ha podido pronunciarse directamente sobre dicho proceso electoral. Pero sí vamos a dejar constancia de las cuestiones resueltas por la Sala IV en relación con el sistema de elección:

a) Los prejubilados carecen del derecho de sufragio activo y pasivo. Partiendo del dato, comúnmente aceptado, de que la prejubilación es (salvo supuestos excepcionales de pacto en contrario vinculante para la empresa, como el contemplado por la sentencia de 21 de septiembre de 2005, rec. 3977/2004) una modalidad de extinción del contrato de trabajo, las sentencias de 14 de diciembre de 2001 (rec. 1365/2001), 25 de junio de 2002 (rec. 1187/2001) y 1 de junio de 2004 (rec. 128/2003) señalan que los prejubilados no tienen la consideración de trabajadores de la empresa en la que cesaron voluntariamente, a los efectos electorales previstos en los artículos 62.1 y 63.1 del Estatuto de los Trabajadores. Y por consiguiente decae su derecho a formar parte del censo electoral a los fines de elegir o ser elegidos para los cargos de representación colectiva en la empresa.

Ello muestra una nueva disfunción del sistema que puede acarrear graves perjuicios a los denominados trabajadores «pasivos» que mantienen con su empresa pactos de prejubilación o de jubilación anticipada. Pues por una parte, carecen de derecho a nombrar, como si de un colegio independiente se tratara, representantes propios que los defiendan de posibles pactos restrictivos que les afecten y que, por virtud del principio de modernidad, se pueden incorporar a los nuevos convenios co-

lectivos (cfr. sentencia de 16 de julio de 2003, rec. 862/2002); y por otra no pueden intervenir en la elección de los representantes unitarios de la empresa con la lógica consecuencia de que los que elegidos defenderán con mayor vigor los derechos de los trabajadores activos que los de aquellos. Lo que ha creado situaciones de verdadero agravio para los pasivos a las que el legislador está obligado ofrecer a soluciones.

b) Sólo un convenio que afecte a toda la empresa puede establecer un nuevo colegio electoral. En relación con ese tema, la sentencia de 17 de mayo de 2004 (rec. 101/2003) reconoce que la figura del convenio de franja está admitida en el artículo 87.1.2.º ET y por el Tribunal Constitucional en su sentencia 136/1987. Y también que el artículo 71.1 del Estatuto de los Trabajadores después de establecer que en las elecciones a órganos de representación unitaria en empresas de más de 50 trabajadores el censo se distribuirá en dos colegios electorales, uno para técnicos y administrativos y otro para especialistas y no cualificados, autoriza a que, *«por convenio colectivo y en función de la composición profesional (...) podrá establecerse un nuevo colegio que se adapte a dicha composición».* Pero concluye que se trata de una materia que, por su propia naturaleza, sólo puede ser objeto de regulación por un convenio unitario de toda la empresa. Y anula el precepto del convenio de franja que creaba el nuevo colegio.

c) Mantenimiento de la condición de representante. La sentencia de 7 de julio de 1999 (3828/1998) recuerda que el representante unitario sólo cesa por las causas previstas legalmente (art. 67.3 del Estatuto de los Trabajadores), entre las que no está el cambio de afiliación sindical. Y por tanto, sigue manteniendo su condición aunque se produzca dicho cambio, si bien éste no influirá en el porcentaje atribuido a la organización sindical a efectos de fijar su representatividad.

d) La incapacidad temporal no priva al representante de su condición. La muy reciente sentencia de 8 de abril de 2006 (rec. 1365/2005), lo ha afirmado así, frente al criterio de la empresa demandada que consideraba que la incapacidad temporal [que suspende el contrato de trabajo, ex. art. 45.1.c) ET] de un miembro del comité de empresa, le autorizaba a prohibir su paso al centro de trabajo salvo para llevar los partes de confirmación o alta. El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 45 sólo *«exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo»* por lo que, a falta de previsión legal, la suspensión no puede extenderse al derecho de representación, de modo que vigente la relación laboral el representante mantiene su derecho a realizar sus funciones también durante esa situación de incapacidad. No obstante cuida de advertir que el debate no incluyó la cuestión de la posible incompatibilidad que, por razones de salud y recuperación de la capacidad laboral, pudiera existir entre la dolencia que ha provocado

la baja médica y la concreta función representativa que pudiera llevar a cabo el trabajador; y que de haberse discutido, la decisión bien hubiera podido ser otra.

De toda la regulación que el Estatuto hace de la representación unitaria, la del comité intercentros (C.I. en adelante) es la más parca, pues le dedica un único apartado, el 3, del artículo 63, con lo que ha dejado en la indefinición diversas cuestiones que han debido ser resueltas por el Tribunal Supremo, cuya doctrina unificada puede sistematizarse así:

Naturaleza. El C.I. es un órgano de representación unitaria derivada o de segundo grado (un comité de comités) claramente distinguible del comité de empresa, puesto que, de un lado, éste es una creación de la Ley, y el C.I. debe ser creado por el convenio colectivo; y de otro, mientras que el comité de empresa goza de las competencias que le asigna el artículo 64 ET, las únicas facultades y funciones que puede ostentar el C.I. son las que le reconoce el convenio que lo crea. Así lo señala la sentencia de 29 de octubre de 2002 (rec. 1244/2001) reiterando la doctrina ya sentada por las de 12 de enero de 1990, 9 de julio de 1993 (rec. 1340/1992), 1 de junio de 1996 (rec. 1568/95) y 25 de octubre de 1999 (rec. 1385/1999).

Por otra parte, dada su naturaleza unitaria, el C.I. (al igual que le ocurre al comité de empresa) no es titular del derecho fundamental de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 CE que ampara sólo la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (s. de 29 de octubre de 2002, rec. 1244/2001).

Ámbito de actuación. Su ámbito legal es la empresa (art. 63 ET). No obstante es válida la constitución de un comité intercentros para varias empresas, lo que supone la voluntad acorde del grupo de empresas que lo han constituido, puesto que el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de otras formas de participación aparte de las previstas en la ley (s. de 27 de abril de 1995, rec. 2858/1993).

Sistema de designación. La proporcionalidad es la regla que debe guardase en su constitución, de acuerdo con el artículo 63, párrafo segundo. Ahora bien, esa proporcionalidad no debe establecerse en función del número de votos logrados, como ocurre en la elección del comité de empresa del que no pueden formar parte las listas que no hayan obtenido al menos el 5% de los votos [art. 70.2.b) ET], sino en razón al número de representantes unitarios conseguidos por cada sindicato [sentencias de 4 de diciembre de 2000 (4558/1999), 23 de julio de 2001 (2018/2000) y 5 de julio de 2004 (rec. 79/2003), que reiteran la doctrina constante que en este punto ha mantenido la Sala IV].

Determinación de la proporcionalidad. Para lograrla: 1) Deben computarse también los representantes unitarios elegidos en listas no sindicalizadas, pues la remisión a los «resultados electorales en su conjunto» supone que se tengan en cuenta la totalidad de los resultados y no sólo los obtenidos por los sindicatos, porque de ser así, habría bastado la remisión a la «proporcionalidad» de que habla el precepto (sentencia, entre otras, de 30 de octubre de 2001, rec. 3904/2001). 2) El cálculo ha de hacerse respetando la afiliación de los representantes elegidos en cada lista electoral, sin aceptar pactos ulteriores modificativos de aquella representatividad inicial [cfr. las dos sentencias de 3 de octubre de 2001 (recs. 3566/2000 y 3904/2000) y la de 14 de mayo de 2002, rec. 1237/2001). 3) La Sala IV exceptuó de esta regla el supuesto excepcional contemplado por la sentencia de 7 de julio de 1999 (rec. 423/1999), en que aceptó el cambio de afiliación, porque la totalidad de los representantes elegidos en una candidatura sindical constituyeron en bloque un nuevo sindicato, lo que llevó a la Sala a respetarles la misma representatividad que ya tenían derivada directamente de las elecciones, ya que lo único que había cambiado era el nombre del Sindicato.

Sistema proporcional de reparto. La distribución de los puestos del comité intercentros debe realizarse en función de los representantes conseguidos por cada sindicato, siguiendo el sistema de proporcionalidad establecido en el artículo 63.3 ET, que no contempla la aplicación de la llamada «ley D'Hont» (sentencia de 10 de octubre de 1994, rec. 450/1994).

Tal número de pronunciamientos muestra que nos encontramos, de nuevo, ante una materia precisada de una clarificación legal. No es lógico, por ejemplo, que en un mundo de expansión empresarial, la creación de un C.I., tan imprescindible en las empresas complejas, con centros dispersos por toda la geografía española, siga condicionado a la negociación colectiva.

3. Representación unitaria extraestatutaria

Cabe hablar también de los que la doctrina [40] denomina «representantes extraestatutarios». Se consideran tales a los elegidos al margen de la regulación contenida en el Título II ET, bien por razón de la unidad electoral que conforman sus representados (los centros de trabajo o empresas con menos de seis trabajadores donde no hay elecciones, o hasta diez cuando mayoritariamente decidan no celebrarlas, que suman un

[40] A. Arufe Varela: «Los representantes legales o unitarios extraestatutarios de los trabajadores», en *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 127 de 2005, pp. 297 a 300, al que se sigue en todo este apartado.

número importante de las empresas españolas), bien por incumplimientos parciales, y en muchas ocasiones inadvertidos, del procedimiento electoral establecido legalmente para la designación de los representantes unitarios.

Por paradójico que pueda resultar, es el propio ET el que reconoce que en dichas microempresas pueda existir la necesidad de que tengan que realizarse verdaderas tareas de representación colectiva y de gestión de los intereses de los trabajadores empleados en la misma. Lo prueba, por ejemplo, el artículo 44.7 al afirmar a propósito de la sucesión de empresas, que *«de no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión»*. Evidentemente, nada impide —siempre en estas unidades— que lo que los trabajadores puedan legalmente hacer por sí mismos, también puedan hacerlo por medio de representantes elegidos de entre ellos, si así lo decidiesen libre y democráticamente y la empresa admite esa atípica representación.

Por otra parte, el Estatuto viene a avalar indirectamente la posible existencia de tales representantes, puesto que si su artículo 71.3 considera que tales elecciones son meramente anulables, y no nulas, parece lógico que los representantes elegidos con inobservancia de las reglas estatutarias, deberán seguir en sus funciones en tanto su elección no sea anulada.

Claro es que los representantes así elegidos sólo tendrán las garantías y competencias que les reconozca la empresa. Y en cualquier caso, operarán sólo en el plano interno de la empresa y previa su aceptación, pero no en el externo, ni aun cuando se trate de trabajadores sindicalizados. Razón por la cual, como señaló la ya vetusta sentencia de 14 de octubre de 1986, su nombramiento no cuenta a efectos de medir la representatividad de los sindicatos.

4. Representación especializada

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales ha instaurado en su Capítulo V y bajo la rúbrica de «consulta y participación de los trabajadores» otra vía de representación de los trabajadores en la empresa, especializada en materia de seguridad e higiene en el trabajo, que convive con la unitaria y puede estar unida a ella o ser independiente, según el sistema de elección, pero en todo caso, constituida por trabajadores de la empresa. Dicha representación está integrada por los delegados de prevención que conforme a su artículo 35.1 *«son los representantes de los trabajadores con funciones*

específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo»; y por el comité de seguridad y salud, que debe constituirse en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores y que a pesar de su «carácter paritario», pues está integrado por los delegados de prevención y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de aquellos, es el órgano *«de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos»* (art. 38).

El propio artículo 35 LPRL prevé en su apartado 2 que *«los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes del personal»* de acuerdo con la escala que allí se establece y que comienza con un delegado de prevención, que será el propio delegado de personal en las empresas de hasta treinta trabajadores, sigue por dos delegados elegidos en las empresas que ocupan entre treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores, y alcanza hasta ocho delegados en las empresas que ocupan a más de 4.000 trabajadores.

Al igual que ocurre con los representantes unitarios, de entre los que normalmente son elegidos, la norma autoriza a los convenios colectivos a establecer, bien otros sistemas de designación de los delegados de prevención, *«siempre que se garantice que dicha facultad corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores»* (art. 35.4 LPRL), bien otros órganos específicos para desempeñar las competencias que la Ley reconoce a aquellos. Es claro que, en las circunstancias y por las razones ya expuestas en el apartado anterior, sería posible la existencia de delegados de prevención extraestatutarios.

Ha sido polémica la cuestión del criterio a seguir para la designación de los delegados de prevención y para su incorporación al comité de seguridad y salud: si deben ser nombrados por las distintas candidaturas con presencia el comité de empresa y en proporción al resultado electoral obtenido por cada una de ellas, o sólo por quienes ostentan la mayoría en dicho comité.

La Sala IV ha optado por el criterio mayoritario que ya había aplicado a los antiguos comités de seguridad e higiene, en las sentencias de 24 de septiembre de 1991 (rec. 312/1991) y 24 de diciembre de 2002 (rec. 207/1992). La doctrina sentada respecto de los delgados de prevención, que aparece recogida en las sentencias de 15 de junio de 1998 (rec. 4863/1997) y 14 de junio de 1999 (rec. 3997/1998) fue reiterada por la 30 de abril de 2001 (rec. 2887/2000) en relación con el comité de seguridad y salud. En ellas se reconoce que ni el artículo 35 ni el 38 de la LPRL, tratan el tema de la proporcionalidad en su designación; y tras destacar las diferencias que se dan entre el comité de empresa y el comité de seguridad y salud (que es un órgano de trabajo y no de ne-

gociación, como recientemente ha recordado la sentencia de 14 de marzo de 2006, rec. 2466/2004) y advertir que «la exclusión de un sindicato del seno del comité de seguridad y salud no atenta contra la libertad sindical», terminan acogiendo el criterio de la designación por mayoría, con argumentos de los que se ha discrepado doctrinalmente [41].

5. La representación sindical

Aparece regulada en el artículo 10 de la LOLS, que distingue entre sección sindical y delegado sindical. La presencia de dicha representación, con los efectos que dicha Ley reconoce, sólo es posible en las empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, sin perjuicio de que por convenio colectivo puedan establecerse criterios más favorables. La sección puede constituirse, siempre de modo voluntario, por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa, que son los que eligen, entre ellos, al delegado sindical que es, a su vez, el representante de la sección ante la empresa a todos los efectos, salvo el negociador.

No establece la LOLS el sistema de constitución de la sección sindical, ni el de designación del delegado o delegados (puede haber hasta cuatro por cada sección sindical de los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 de los votos en la elección del comité en empresas o centros de más de 5.001 trabajadores), por tratarse de cuestión interna que cada sindicato debe resolver en sus estatutos [art. 8.1.a) LOLS] de la forma que estime conveniente.

Parece innecesario advertir que cuando hablamos de delegados sindicales, no referimos a los que son nombrados respetando las exigencias del artículo 10 LOLS y que podemos adjetivar como delegados «con prorrogativas» (así los denomina la sentencia de 20 de abril de 1998, rec. 1521/1997), lo que no supone negar la existencia de delegados sin ellas.

A ese respecto, las sentencias de 5 de febrero de 2001 (rec. 2342/2000), 11 de abril de 2001 (rec. 1672/2000) y 5 de marzo de 2004 (rec. 126/2003), recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 61/1989, de 3 de abril; 84/1989, de 10 de mayo, y 173/1992, de 19 de octubre) recuerdan que en la organización del sindicato en la empresa debe distinguirse la doble vertiente y la dualidad de planos en la que actúan las secciones sindicales; de un lado como ins-

---

[41] Cfr. A. Cámara Botía y F. A. González Díaz y los autores que citan en «Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación», en *RMTAS,* núm. 53 de 2004, pp. 219 a 252, con un análisis en profundidad de la incidencia de la negociación colectiva en este tema.

tancias internas con portavoces (delegados internos) libremente adoptadas por el sindicato, en el desarrollo de su libertad de organización, y de otro como representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa. De modo que sólo podrá exigirse a la empresa el respeto de los derechos reconocidos a los delegados en el artículo 10 LOLS cuando la sección se constituya respetando las exigencias de este último precepto.

En relación con los delegados sindicales elegidos de acuerdo con el artículo 10 LOLS, el Tribunal Supremo ha realizado las siguientes precisiones:

Designación. El secretario general del sindicato carece del derecho de nombrar y cesar los delegados sindicales con prorrogativas, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 LOLS, las secciones sindicales estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales «elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo» (s. de 28 de febrero de 1996, rec. 1548/1995).

Facultad de control de la empresa. Respecto de los delegados sindicales con prorrogativas es preciso que su nombramiento sea conocido por el empresario que tiene el derecho de control consistente en poder comprobar la legitimidad de su nombramiento, esto es, su adecuación al artículo 10 LOLS, lo que no supone una intromisión que atente a la libertad del sindicato (s. de 11 de abril de 2001, rec. 1672/2000).

Pérdida de la condición de delegado por disminución de la plantilla. Cuando se reduzca el número de trabajadores de la plantilla del centro de trabajo por debajo del umbral numérico mínimo establecido en el artículo 10.2 LOLS, la empresa, a falta de pacto o convenio colectivo que establezca otras condiciones, está legitimada para dejar de reconocer al delegado sindical los derechos y garantías que le otorga el artículo 10.3 LOLS (s. de 11 de abril de 2001, rec. 1672/2000).

V. GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES

El artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores constituye, básicamente, el escudo protector, integrado por garantías defensivas [recogidas en sus apartados a), b) y c)], y facilidades de actuación [apartados c) y d)], que el ordenamiento jurídico otorga a los representantes de los trabajadores frente a eventuales actuaciones empresariales en su contra [42].

---

[42] Ver A. Sempere Navarro: «Las garantías de los miembros del comité de empresa», en *Revista Civitas,* núm. 100 de 2000, pp. 1318 a 1339.

Las previsiones que contiene el precepto estatutario, con las que el legislador asumió el desarrollo de las obligaciones que imponía la ratificación por España en 1972 del Convenio 135 de la OIT, se aplican no sólo a los representantes unitarios, únicos a los que cita expresamente el precepto, como es lógico por razones temporales. Se aplica también a los delegados sindicales que no formen parte de dicho comité (art. 10.3 LOLS), a los delegados de prevención, dada su condición de representantes de los trabajadores (art. 37 LPRL), y a los trabajadores designados por el empresario para ocuparse de tareas de prevención y a los miembros de dicho servicio, a quienes el artículo 30 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reconoce las garantías establecidas en los apartados a), b) y c) del artículo 68. Se trata, como advierte el precepto, de garantías mínimas, que pueden ser mejoradas y ampliadas por la negociación colectiva.

Las garantías de los apartados a), apertura de expediente disciplinario, y c) limitaciones al despido, alcanzan a los representantes elegidos durante su mandato y el año siguiente a la expiración de éste, a los electos ya antes de tomar posesión de sus cargos, y a los candidatos proclamados para la elección, en tanto dure el proceso electoral (ss. de 15 de marzo de 1993, rec. 2788/91; y 20 de junio de 2000, rec. 3407/1999). La garantía prevista en el apartado b), prioridad de permanencia en la empresa, sólo alcanza a quienes ostentan la condición de representantes en el momento de adoptarse la medida. Veámoslas por el orden en que aparecen en el artículo 68 ET.

1. Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves

El resultado del expediente contradictorio, que no está sometido a más exigencias que la audiencia del interesado y sus representantes, no es vinculante para la empresa, aunque sí interrumpe el plazo de prescripción de las faltas. No obstante es preceptivo en todo caso, incluso aunque la falta a sancionar parezca que no guarda relación aparente con el ejercicio de las funciones representativas, pues dicha garantía es independiente de cuál sea la causa determinante de la sanción, ya que se trata de una garantía formal y no de contenido (s. de 10 de diciembre de 1996, rec. 1654/1996).

La doctrina ha destacado que actualmente se produce una curiosa paradoja jurídica, consecuencia de las sucesivas reformas llevadas a cabo en los últimos años. Por un lado, la omisión del expediente contradictorio o sus graves irregularidades comportan la consideración de la sanción impuesta como nula [art. 115.1.d) y 115.2 LPL] y así ha de acordarse por el órgano judicial indefectiblemente; sin embargo, en el

caso de que se imponga la sanción de despido, pese a tratarse de la más grave, la consecuencia es de mejor entidad, pues ha de calificarse como improcedente a la vista de los preceptos vigentes tras la Ley 11/1994 (arts. 55.4 ET y 108.1 LPL), salvo que se atisbaran móviles antisindicales o discriminatorios [43].

Tan diferente previsión perjudica a los representantes unitarios, que al no estar protegidos en el ejercicio de su actividad por el derecho de libertad sindical no podrán alegar móviles antisindicales, aunque sí otras actitudes discriminatorias y la lesión de los demás derechos fundamentales. No obstante, en la práctica no se produce un grado de protección muy diferente, pues la tutela que la ley otorga a todos los representantes de los trabajadores, incluidos los unitarios, en caso de despido con omisión del expediente contradictorio, conduce a las mismas consecuencias que la nulidad. Los despidos deberán de ser declarados, en efecto, improcedentes y no nulos (salvo los supuestos del 55.5 ET). Pero al corresponder el derecho de opción a los propios representantes (art. 56.4 ET) queda en sus manos la posibilidad de que la sentencia se ejecute en sus propios términos (art. 280.1 LPL) y por tanto en absoluta paridad de condiciones con el despido nulo.

2. Prioridad de permanencia, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas

El término «tecnológicas» que utiliza el precepto, debe interpretarse en el sentido amplio del artículo 51.7 ET, que extiende la garantía a las causas organizativas y de producción. Por su parte, el artículo 40.5 ET la amplía a los casos de movilidad geográfica.

Hablar de preferencia implica poner en relación al representante con otros trabajadores que se hallen en situación profesional equivalente. La decisión empresarial no plantea problemas cuando coincide en espacio con el ámbito en el que el representante ejerce su función. La dificultad surge cuando los espacios de decisión patronal y de representación no son coincidentes, pues entonces se plantea la duda de si —dándose la idoneidad profesional para el desempeño de las tareas— tal garantía juega sólo dentro de la sección, departamento o centro en el que esté destinado el representante o en el conjunto de la empresa [44].

Sobre esa cuestión ha reflexionado recientemente la Sala IV en su sentencia de 30 de noviembre de 2005 (rec. 1439/2004), que estimó el recurso y declaró la improcedencia del despido objetivo del miembro

---

[43] A. Sempere: cit., p. 1325.
[44] A. Sempere: cit., p. 1327.

del comité de empresa por causas productivas, pese a que se había procedido al cierre total del centro de trabajo en el que aquel prestaba servicios, que era una gasolinera que ocupaba a cuatro trabajadores. La sentencia comienza por reconocer que la garantía de permanencia es relativa y no puede actuar cuando desaparecen todos los puestos de trabajo, pues entonces no hay una alternativa de selección. Pero entiende que cuando se trata de un representante de los trabajadores, la garantía debe ponerse en conexión con el ámbito de representación del trabajador (que en el caso debía ser, necesariamente, más amplio que el del centro de trabajo, pues era miembro del comité de empresa), de forma que si el ámbito se extiende a la empresa, dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si la representación no trasciende del centro de trabajo la garantía tendrá que limitarse a éste.

En consecuencia, la Sala estima el recurso, pese a reconocer que es cierto que, por lo lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio; pues si, para respetar la garantía, la empresa tiene que emplear al representante en otra unidad productiva —otra estación de servicio en el caso decidido—, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante. Pero ésta es una consecuencia de la efectividad de la garantía, que, en cuanto preferencia, se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera aquella.

3. No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión

El precepto no habla, como es lógico, al estar pensado inicialmente sólo para los unitarios, de los efectos del cese del delegado sindical. Cuestión sobre la que han recaído dos sentencias de la Sala IV, dictadas por cierto en un mismo recurso, el 4473/197, en el que se debatía a quien correspondía el derecho de opción tras ser declarado improcedente el despido de un delegado sindical que había perdido tal condición por decisión de su sindicato en fechas cercanas a la extinción del contrato.

La primera sentencia, dictada el 29 de diciembre de 1998, declaró que el delegado removido de su cargo representativo con anterioridad al despido carecía de dicha facultad, por entender que debía hacerse una interpretación del artículo 68.c) ET que comprendiera también los supuestos de destitución.

Recurrida en amparo, el Tribunal Constitucional lo otorgó en su sentencia el 9 de diciembre de 2002 y anuló la del Supremo. Señaló el Alto Tribunal que la destitución no constituye ningún acto de ejercicio de un específico derecho o facultad, sino un puro despliegue de libertad y autonomía de quien lo otorga, lo que hace irrelevante las razones que llevaron al sindicato a adoptar la decisión; que, por ello, no es posible aplicar por analogía las normas sobre subsistencia del mandato de los representantes unitarios a los sindicales, por que no existe identidad de razón; y en fin que, en ausencia de expresa previsión que establezca un período de atribución del mandato, la destitución del delegado sindical se convierte en el método usual de pérdida de dicha condición. Y concluye que la interpretación mantenida por el Supremo de hacer equivaler toda destitución a la revocación del mandato, produce un notable desequilibrio en el régimen de garantías que tienen atribuidas las representaciones sindicales en el seno de la empresa, contrario a lo establecido por nuestra Constitución y las normas internacionales aplicables en esta materia.

La Sala IV procedió a dictar nueva sentencia el 28 de abril de 2003 que, después de reiterar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la suya, desestimó el recurso de la empresa, con firmeza de la sentencia de suplicación que había concedido el derecho de opción al delegado sindical despedido poco tiempo después de ser cesado como delegado.

VI. FACILIDADES PARA EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA

Son dos las facilidades que el artículo 68 ET concede a los representantes de los trabajadores para el mejor desempeño de su función representativa, además del derecho a locales y tablón de anuncios que les reconoce el artículo 81 ET, de los que hablaremos más adelante al analizar el derecho de información. Son las siguientes:

1. Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación

Es la concreción laboral del derecho fundamental a libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.b) de la Constitución y por tanto debe ejercerse dentro de los límites fijados para ésta.

Recientemente la Sala IV se ha pronunciado sobre el alcance de la libertad de expresión de los representantes de los trabajadores en la

sentencia de 20 de abril de 2005 (rec. 6701/2003). Se trataba del despido de dos representantes sindicales que trabajaban en unos conocidos Grandes Almacenes y que repartieron en la puerta de entrada de los trabajadores al centro, un panfleto en el que se calificaba, a los directivos de la empresa como «mafias fascistas» y «terroristas de cuello blanco» que utilizan cualquier medio para seguir manteniendo el estado de terror que impera en la empresa, y a los sindicatos con implantación en la empresa de «pistoleros a sueldo». La sentencia del Tribunal Supremo revoca la de suplicación y declara la procedencia del despido de tales representantes.

La sentencia recoge en sus fundamentos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y los límites del derecho de libertad de expresión y del de libertad sindical en su vertiente de comunicación de opiniones e informaciones sindicales. En particular que el ejercicio de la libertad de expresión —también el del derecho a la información— no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorias para la honorabilidad de aquél cuyo comportamiento o manifestaciones se critican (STC 204/1997). Y concluye que el comunicado o panfleto objeto de enjuiciamiento no contiene una denuncia mínimamente concreta de hechos de relevancia pública, sino una serie de descalificaciones, como apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios, que atentan a la honorabilidad de la empresa, de sus dirigentes y directivos y de los sindicatos implantados en ella, que no están amparados por el ejercicio de las libertades sindical y de expresión. Consecuentemente estima el recurso de la empresa y declara procedentes los despidos acordados por ésta.

Una opinión doctrinal que induce a la reflexión, emitida antes de que el Supremo dictase su sentencia, se muestra favorable a la tesis absolutoria de la sentencia de suplicación [45]. Sostiene, con apoyo en la más reciente doctrina constitucional, que del lícito ejercicio del derecho de libertad de expresión queda excluido el insulto o la descalificación gratuita sólo cuando no sea posible hallar una conexión mínima racional entre las palabras y el contenido del conflicto en curso, o del acto de representación y defensa de los intereses de los trabajadores de que se trate. Si la conexión existe, la máxima beligerancia verbal de los representantes en la defensa de los derechos cuya representación tienen encomendada es posible. Y afirma que sólo de esa manera será posible reconducir la excesiva infiltración de las relaciones colectivas por principios ideas como las de cooperación o buena fe reforzada que tienen

[45] María F. Fernández López: «Libertad sindical y libertad de palabra: algo más que un instrumento», en *Revista de Derecho Social,* núm. 28, 2004, pp. 25 a 47.

su sede natural en el marco de las relaciones individuales de trabajo o incluso en las colectivas cuando se sobreponen a la confrontación.

La sentencia de 20 de abril de 2005 (rec. 6701/2003) que comentamos, cuenta con un muy fundado voto particular suscrito por cuatro de los magistrados de la Sala, que discrepa tan sólo de la valoración que hace la sentencia sobre la existencia del requisito de la contradicción, que no es, obviamente, tema que aquí interese [46].

2. Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas para cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la escala que a continuación establece (art. 68.5)

A lo anterior, el párrafo segundo de dicho precepto añade que *«Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración»*.

La sentencia de 17-6-02 (1241/2001) al interpretar el artículo 70 del convenio colectivo de Grandes Almacenes que autoriza a los sindicatos con presencia en el comité intercentros un sistema de acumulación de horas a nivel de toda la empresa, llega a una doble conclusión: primera, que es válida la acumulación a nivel de toda la empresa superando al centro de trabajo, cuando así se pacta [criterio que reitera la sentencia de 10 de diciembre de 2003 (rec. 27/2003)]. Y segunda, que el artículo interpretado no exige que la acumulación haya de realizarse a favor del sindicato en el que está o estuvo afiliado el trabajador que cede la totalidad o parte de su crédito horario, por lo que es válida la cesión a favor de los representantes afiliados a otros sindicatos.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha resuelto un problema surgido de la necesidad de coordinar el artículo 68.5 ET que comentamos y el artículo 9.2 de la LOLS que dispone que *«Los representantes sindicales que participen en las comisiones negociadoras de convenios colectivos, manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa, tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor*

---

[46] Un interesante comentario critico sobre esa cuestión en A. A RIAS DOMÍNGUEZ y A. V. SEMPERE NAVARRO: «Comparación de sentencias sobre el despido nulo en el RCUD», en *Repertorio de Jurisprudencia.* Aranzadi, 2005, p. 11 y ss.

como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación».

Al no existir una previsión análoga en el artículo 68 ET para los representantes unitarios, posiblemente porque entre las competencias que el artículo 65 ET les atribuye, no figura la de negociación colectiva que sí les reconoce el artículo 87.1 ET, se planteó la cuestión de si también los unitarios tenían o no ese mismo derecho.

La sentencia de 23-12-5 (831/05) resuelve positivamente el interrogante mediante una interpretación de ambos preceptos, a la luz del Convenio 138 de la OIT y de la sentencia del Tribunal Constitucional número 134, de 9 de mayo de 1994. A su amparo sostiene que, a efectos de negociación colectiva, los representantes unitarios deben recibir el mismo trato que los sindicales, de tal suerte que los beneficios que el citado artículo 9.2 de la LOLS otorga a estos últimos para la negociación colectiva, resultan extensibles también a los primeros, con la consiguiente obligación empresarial de no descontar a los representantes unitarios las horas invertidas en ella que superen el crédito horario establecido por el artículo 68.e) del ET, que tiene por finalidad posibilitar otras actividades diferentes, como podrían ser las relativas a las reuniones del propio comité, o a relaciones con los propios representados, o cualquier otra que redunde en exclusivo beneficio de los trabajadores, mientras que la negociación colectiva está orientada en provecho, tanto de los trabajadores como de las empresas.

VII. COMPETENCIAS DE LOS REPRESENTANTES

Ya hemos dicho que en el sistema español el legislador atribuye a los representantes de los trabajadores los derechos de vigilancia o control, información y consulta, codecisión y negociación colectiva como instrumentos necesarios para que su participación en la empresa sea operativa y eficaz. La mayor parte —pero no todos— de tales derechos, que se reconocen con el nombre de «competencias», aparecen enumerados en el artículo 64 ET, y corresponden a todos los representantes unitarios de los trabajadores, pues si bien dicho precepto los atribuye exclusivamente al «comité de empresa», el artículo 62.2 los extiende a los delgados de personal.

1. Derecho de vigilancia y control

Los representantes de los trabajadores tienen encomendada una importante función de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral por la empresa (art. 64.1.9.º a y b ET), la observancia de las normas

vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo, así como del resto de pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, pudiendo formular, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes *«en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros»* (art. 65.1 ET). Por otra parte, la norma laboral les confiere una potestad de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 ET afectado en algunos aspectos por el artículo 21.3 LPRL [47].

Siendo este derecho fundamental el más expresivo del carácter reivindicativo del sistema de representación que acoge el Estatuto, no va acompañado, como vamos a ver, del derecho instrumental a obtener la información necesaria para poder ejercer con acierto la función de control con la amplitud que hubiera sido deseable.

2. Derecho de información y consulta

Entre los derechos instrumentales que acoge el precepto, éste es el que tiene un desarrollo menos acabado, en sus dos vertientes, pasiva y activa, y por ello el que más conflictos judiciales provoca. Si la regulación legal no es satisfactoria en ninguno de esos niveles, pese a las reformas que se han ido sucediendo, se debe a que posiblemente nació viciada de origen al calificar de competencia (art. 64 ET), lo que en realidad constituye un derecho de los representantes de los trabajadores [48].

A. Derecho de información pasiva

En el derecho a la información puede distinguirse un primer nivel, integrado por el más elemental e imprescindible derecho de los representantes a estar informados, con el correspondiente deber patronal de informarles, y que se conoce como derecho de información pasiva.

Se trata, en todos los casos, de supuestos en que los representantes son meros receptores de los datos que les suministra la empresa. Siendo este derecho absolutamente imprescindible, como resulta obvio, para ejercer la función de vigilancia y control, el artículo 64 sólo les reconoce el derecho a conocer: trimestralmente la situación económica de la

---

[47] J. Galiana y Belén Garcia, ob. cit., p. 23.

[48] *Vid.* E. Garrido Pérez: *La información en la empresa*, CES, 1995, que lo califica como un poder o potestad plena y no condicionada, inherente a la función representativa de los representantes de los trabajadores que se corresponde con un correlativo «deber jurídico» de informar por parte del empresario.

empresa y del propio sector productivo, así como las previsiones sobre contractual laboral (1.1.º y 3.º); la copia básica de determinados contratos y los modelos utilizados para la contratación escrita laboral (1.2.º y 6.º); las estadísticas sobre absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, también con carácter trimestral (1.8.º); y las sanciones impuestas por faltas muy graves (1.7.º). Previsiones de información pasiva se contienen también en los artículos 29.4, 39.2, 40.1, 41.3 y 44.6. Por su parte, el artículo 10.3 de la LOLS reconoce a los delegados sindicales, el derecho de acceso a la misma información y documentación (por tanto sólo información pasiva) que la empresa ponga a disposición del comité de empresa.

En definitiva, un derecho de información a datos concretos, y por tanto tasado en cualquier caso pese a puntuales ampliaciones legales, que no satisface íntegramente las necesidades de información que exige el pleno ejercicio de sus facultades de vigilancia y control. Y además, con escasa cobertura coactiva, puesto que el incumplimiento por parte del empresario de la obligación de informar, avoca exclusivamente a una infracción administrativa que el artículo 7, números 7 y 11 de la LISOS considera falta grave sancionable con multa de 300 a 3.000 euros.

De ahí que la doctrina haya destacado que una de las insuficiencias o carencias de la regulación legal es la inexistencia 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. En este sentido falta el reconocimiento legal del derecho de información como un derecho activo a informarse y la concreción de su contenido, dentro del que deben incluirse, por ejemplo, las decisiones empresariales referentes a la introducción de nuevas tecnologías [49].

El Tribunal Supremo no ha reconocido la existencia de ese derecho genérico y activo de los representantes a solicitar la información que precisen. 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. Razonó a tal efecto, que si bien los derechos de información de los representantes de los trabajadores, propios de los sistemas de democracia industrial, aun teniendo origen en el artículo 129.2, en conexión con el 9.2, ambos de la Constitución, y siendo un instrumento imprescindible para que aquellos puedan desarrollar las funciones que les son propias, implican una evidente limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia Constitución en su artículo 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20.

---

[49] F. Durán: cit., p. 79.

Por esa razón, dice la sentencia que comentamos, se trata de derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva (STC 39/86, 9/88 y 127/89). Y por tanto el ejercicio del 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, ya que el ET no contiene un catalogo cerrado o *numerus clausus* de derechos de información.

B. Derecho de información activa

Un segundo nivel está constituido por el derecho de información activa. O lo que es igual, el derecho de los representantes de los trabajadores a informar tanto a sus representados como a la empresa.

a) Derecho a informar a los trabajadores

El artículo 64.1.2 señala que los representantes de los trabajadores tienen el derecho a *informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este número uno en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.*

Para facilitar la transmisión de esa información el artículo 80 del Estatuto reconoce a sus representantes el derecho a disfrutar de *«un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios».*

a') Local adecuado.—La previsión del artículo 81 ET en relación con el derecho instrumental de los representantes unitarios a disponer de un local adecuado no ha generado conflictos de interpretación, al ser única la representación unitaria en cada centro de trabajo. Sí los ha planteado el artículo 8.2.c) de la LOLS, siendo notoria la resistencia de las Secciones Sindicales a compartir su uso, tanto con otras secciones como con los miembros de la representación unitaria, alegando un supuesto derecho al uso exclusivo.

Las decisiones de la Sala IV no han sido en ningún caso favorables a esa exclusividad, señalando [sentencias de 29-12-94 (934/94), 24-11-96 (3170/95), 19-12-96 (806/96) 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, pues el derecho que a los segundos reconoce el artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores y el análogo que consagra en favor de las sindicales el citado artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, no han de ser entendidos en términos que excluyan la utilización compartida, sino en el de que el

local sea adecuado para el respectivo ejercicio de la actividad representativa de cada una.

b') Tablón de anuncios.—Era el único medio público hábil, conforme al Estatuto, para facilitar la información. Por tal razón, la Sala IV (s. de 29-12-94, rec. 934/94) ha negado el derecho de los afiliados a un sindicato a recibir los sobres del sindicato o de la sección sindical a través de ventanilla o a través de la valija de la entidad financiera, en el mismo momento en que se le entregan los cupones diarios, por entender que tanto la LOLS como el ET que sólo reconocen el derecho al tablón de anuncios y no imponen a la empresa ninguna obligación análoga o parecida a la que se reclamaba en la demanda.

Por su parte la sentencia de 15-2-95 (1408/1994), señaló que el derecho específico a disponer de un soporte informativo ajeno, distinto de la libertad de expresión por comunicación directa o de la libertad de difusión a través de medios de comunicación propios (prensa sindical, octavillas, etc.), está configurado en nuestro derecho por medio de la Ley y, por indicación de ésta, por medio de la negociación colectiva. Y que el artículo 8.2.a) de la LOLS no exige la facilitación del tablón de anuncios a cada una de las secciones sindicales que pueden constituirse en las empresas o centros de trabajo, siendo suficiente un tablón de uso compartido.

c') Uso de medios informáticos.—Es evidente que el tablón de anuncios que reconoce el Estatuto se ha quedado obsoleto. La doctrina pone de manifesto que cuando el legislador decidió reconocer ese derecho muy probablemente no llegó a adivinar las implicaciones del progreso tecnológico sobre el ámbito laboral, y si lo hubiera podido saber seguramente habría contemplado también la comunicaron informática, como medio mucho más eficaz y expeditivo. Incluso podríamos augurar que dentro de un tiempo más o menos prolongado, los tablones dejarán de tener sentido en muchos ámbitos, siendo suplidos por cauces informáticos, más acordes con los nuevos tiempos [50].

La primera sentencia que abordó su uso por los representantes de los trabajadores fue la de 13-10-95 (626/95). Se trataba de una empresa que tenía instalado un programa de ordenador por el que cada empleado podía recibir información sobre temas generales de la empresa y el programa de correo electrónico por el que se transmiten las comunicaciones internas. La sentencia rechazó la pretensión de los comités de empresa a tener acceso a los dos programas citados para dar a los trabajadores sus propias comunicaciones.

---

[50] A. Sempere y C. San Martín: «El uso del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005, de 7 de noviembre», en *Aranzadi Social,* 2006, p. 10.

La sentencia de 26-11-01 (rec. 1142/2001) profundizó en dicha cuestión. Contempló el caso de una entidad bancaria que tenía establecido el correo electrónico como una herramienta de trabajo. Y pese a que no existía pacto ni individual ni colectivo, la empresa había tolerado el uso del servidor interno para que un sindicato remitiera mensajes de información a su Sección Sindical, hasta que se produjo una avalancha de correos masivos, de desmesurado tamaño, y la consiguiente «cola de espera». A partir de esa fecha decidió filtrar el servidor y rechazar los mensajes del sindicato.

La Sala, entendiendo que se trataba de una cuestión relativa al contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical, resolvió que la utilización del sistema debía ser objeto de negociación colectiva o de acuerdo de cualquier tipo; y que, mientras no se produzca, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada.

Dicha doctrina fue sin embargo rechazada, como es notorio, por el Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, que ha encontrado amplio eco en la doctrina [51]. Esta sentencia en relación con la del T.S. afirma que, sitúa la cuestión en los terrenos del contenido adicional del derecho a la libertad sindical y desde ese enfoque la obligación del empresario de permitir la comunicación mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del artículo 8.2 LOLS; y que una lectura extensiva de ese estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional de la libertad sindical. Pero a continuación añade que: a) El derecho controvertido no forma parte del contenido adicional, sino del contenido esencial. b) Que las empresas no están obligadas a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical, pero sí tienen que asumir ciertas cargas tasadas en la ley y dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo. c) En consecuencia pesa sobre el empresario el deber de mantener al sindicato, con ciertos límites, en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan,

A continuación señala cuáles deben ser esos límites: a) El uso de los medios queda reservado sólo para transmitir información de naturaleza sindical y laboral. b) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, si bien no parece que la recepción de mensajes en horario de trabajo produzca dicha perturbación; y por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes. c) No podrá perjudicarse el uso específico empresarial, ni

---

[51] A. Sempere y C. San Martín, obra citada. Y E. Colas Neila: «El derecho del sindicato al uso de las infraestructuras tecnológicas prexistentes en la empresa para transmitir información sindical», en *Revista Aranzadi Social,* 2006, pp. 21 a 26.

pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical. d) La utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes. Y advierte que, por tales razones, resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos.

Esta última aseveración no creo que vaya a pacificar definitivamente la cuestión, sino que puede a ser fuente de litigios, por disconformidad con las reglas de utilización que imponga la empresa. De otro lado, teniendo en cuenta que el Constitucional reconoce que el uso de medios informáticos tiene su origen y fundamento en el derecho fundamental de libertad sindical, y que el artículo 8.2 de la LOLS no permite una interpretación extensiva sobre el tablón de anuncios en afirmación lógicamente aplicable también al artículo 81 ET, no va a ser fácil a las representaciones unitarias encontrar un fundamento legal que les permita hacer uso de esos medios, salvo pacto con la empresa o en negociación colectiva. Y si así fuera, nos encontraríamos ante un factor más de diferenciación entre ambas representaciones.

b) Derecho a informar a la empresa

Dentro de este derecho, denominado también derecho de consulta, cabe distinguir, sobre todo desde la reforma del 94, entre el derecho a informar, preceptivamente y en plazo de 15 días (art. 64.2 ET), pero sin ser vinculante, con *«carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas»*, es decir, después de que la empresa haya tomado su decisión, pero antes de que la lleve a cabo, y que no da paso a ningún periodo de consultas propiamente dichas; y el derecho a informar con carácter previo a la adopción de la decisión y al que sigue un periodo de consultas propiamente dichas.

El artículo 64 ET engloba todos los supuestos en que es preceptiva esa información *a posteriori* en los apartados 4.º) y 5.º) de su número 1, y son: reestructuración de plantillas (4.º a), reducción de jornada y traslado de instalaciones (4.º b), planes de formación profesional (4.º c), implantación de nuevos sistemas de organización y control (4.º d), estudio de tiempos y sistema de primas (4.º e) fusión y absorción de empresas (5.º). Y por su parte el artículo 10.3 LOLS, reconoce a los delegados sindicales el derecho a 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, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

El apoyo legal de las competencias de consulta, una vez adoptada la decisión empresarial y sin apertura de un periodo de consultas, no es suficiente, porque el incumplimiento por la empresa de su obligación de solicitar una información que por lo demás no es vinculante, tan sólo ha merecido para el legislador el reproche administrativo plasmado en la LISOS del que ya hemos hablado. Como apunta la doctrina, la propia terminología normativa (previamente a la «ejecución» de las decisiones) es reacia a ceder un ápice en el carácter unilateral de las decisiones empresariales sujetas a consulta. No se configura el derecho de consulta orientado a la apertura de un proceso negociador, sino como un derecho que se agota con la emisión de un informe o del transcurso de plazo para emitirlo [52].

Tal vez por ello, en el propio Estatuto ese derecho a informar con posterioridad a la adopción de la medida se convierte, sobre todo a partir de la reforma del 94, en un derecho de mayor intensidad, por el momento de la emisión del informe, antes de la adopción de la medida, y por sus consecuencias, la apertura de un periodo de consultas, como un requisito imprescindible para la viabilidad de la medida. Son los casos de la movilidad geográfica (art. 40), modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41), sucesión de empresas (art. 44), despido objetivo (art. 51).

No parece que exista duda de que en estos últimos casos, la no solicitud del informe por el empresario o la omisión del preceptivo periodo de consultas, conduce a la ineficacia de la decisión empresarial. El Tribunal Supremo ya ha señalado (ss. entre otras, de 18-9-2000, rec. 4566/1999, y IV-2000, rec. 2646/1999) que cuando una decisión empresarial se adopta sin cumplir tales requisitos, queda desnaturalizada como tal, al menos para poder oponer luego la caducidad de la acción frente a las impugnaciones de los trabajadores.

Lo que ya es más dudoso, porque no parece lógico sancionar de igual modo omisiones de distinta entidad, es que la sanción de ineficacia de la decisión se pueda proyectar también a los casos de informe *a posteriori* que regula el artículo 64.

c) El deber de sigilo

La ley pretende garantizar al empresario que su información no va a ser indebidamente utilizada, imponiendo a los representantes de los trabajadores un deber de sigilo profesional en los artículos 65 ET, para los unitarios y 10.3.1.º) LOLS para los sindicales, que se extiende a

[52] F. DURÁN: *ob. cit.,* p. 79.

«todo lo referente a los párrafos 1, 2, 3, 4, y 5 del apartado 1.º y en especial a *«aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado»,* 10.3.1.º) y en el artículo 37.3 LPRL para los delegados de prevención, respecto *de las informaciones a que tuviesen acceso como consecuencia de su actuación en la empresa.* Para que un documento deba ser considerado confidencial no es suficiente con que así lo declare de forma unilateral el empresario, sino que es necesario que lo sea desde un punto de vista objetivo (STS de 13 de diciembre de 1989).

De esta regulación surgen ciertas cuestiones interpretativas de alguna dificultad. La primera, el mismo concepto de sigilo profesional, que no parece sea sinónimo de secreto o prohibición absoluta de transmisión de la información recibida, lo que permite pensar que, al menos una parte de las materias mencionadas en el artículo 64 puede ser conocida por otras personas e incluso haberse publicado para todos. Adicionalmente no es fácil su armonización con la labor de informar a los representados en las cuestiones que pueden tener repercusión en las relaciones laborales (art. 64.1.12 ET) y también es difícil la delimitación precisa de los posibles destinatarios de la información que poseen los representantes, que pueden ser los trabajadores del centro, los sindicatos, aunque estos no tiene derecho a esa información sino sus delegados, e incluso terceros ajenos a la empresa. Por la jurisprudencia constitucional se ha declarado la inexistencia de una presunción general del deber de sigilo sobre cualquier documento empresarial obtenido al margen de su entrega oficial por la empresa y sin signo expreso de su carácter reservado [53].

De otro lado, la infracción del deber de sigilo es difícilmente sancionable. Como es lógico no puede ser objeto de una sanción administrativa (la LISOS no contempla que los trabajadores puedan cometer infracciones en materia de relaciones laborales) y sólo cabría por la vía disciplinaria con difícil encaje en la falta contra la buena fe contractual o el abuso de confianza (art. 541.d) y con lo de complejo que podría suponer a la empresa acreditar la autoría del incumplimiento. Y ello impulsa a las empresas a ocultar toda la información estratégica, haciendo con ello más difícil a los representantes de los trabajadores el ejercicio del derecho de información pasiva.

3. Competencias de codecisión

Estas competencias son más propias de los sistemas de participación que de los de reivindicación, por lo que tienen de asunción por

---

[53] A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo y J. García Murcia: cit., p. 318.

parte de los representantes de los trabajadores de una posición dialogante que concluya en acuerdos con la empresa, en lugar de que ésta adopte decisiones unilaterales.

El ET exige para ciertas materias el acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, normalmente en defecto de regulación por parte del convenio colectivo en sentido propio: sistema de clasificación profesional de los trabajadores (art. 22.1), sistemas de ascenso (art. 24.1), modelo distinto de recibo de salarios (art. 29.1), fecha de percepción de las pagas extraordinarias (art. 31), distribución irregular de la jornada a lo largo del año (34.2). De otro lado, el artículo 64.1.10 prevé la participación de los representantes en la gestión de las obras sociales» que pueden tener un contenido muy variado, sobre las que la ley no especifica ni la forma ni la intensidad de la participación, remitiéndose a lo que «se determine por convenio colectivo»: es claro que éste puede establecer facultades de codecisión en aquella gestión [54].

4. Competencias de negociación colectiva

El más importante cauce actual de participación de los representantes de los trabajadores en el poder de dirección de la empresa es a través de negociación colectiva que va perdiendo cada vez más su perfil de simple «negociación de adquisición» encaminada a la conquista de mayores ventajas laborales. Desde hace tiempo el objeto de la negociación colectiva ha evolucionado fuertemente, dejando cada vez con mayor intensidad un lugar a una «negociación de adaptación», entiéndase 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 [55].

En relación con la negociación colectiva a nivel de empresa que, como ya hemos dicho, es una competencia que comparten los representantes unitarios y las representaciones sindicales (art. 87.1 ET), el Tribunal Supremo ha reiterado últimamente que:

a) Se trata, en orden a la legitimación, de un sistema dual pero alternativo y no acumulativo (s. de 20-7-00, rec. 509/2000).

b) En relación con el comité intercentros, que está legitimado para negociar convenios colectivos de empresa, si así lo establece la norma que lo crea, no lo está sin embargo para negociarlos a nivel de sector, aunque exista uno para todas las Universidades

---

[54] A. Martin Valverde, F. Rodríguez-Sañudo y J. García Murcia: cit., p. 302.

[55] Pilles Auzero: «Poder de dirección del empresario y prerrogativas de los representantes de los trabajadores», en *Revista de Relaciones Laborales,* octubre de 2005, p. 308.

gallegas, puesto que la legitimación para negociarlos a ese nivel corresponde exclusivamente a los sindicatos que reúnan los requisitos que fijan los números 2 y 4 del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores (s. de 20-10-97, rec. 2717/1995).

c) Y en 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, ya que a éste corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en cuanto forma parte de la actividad sindical [art. 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, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato (ss. de 20-2-00, rec. 2040/1999 y 16-9-04, rec. 129/2003) entre otras.

Comunicación a la Ponencia Temática II

CUESTIONES SOBRE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

RAÚL AYUSO MOZAS
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 1.1. La ETT en el nuevo mercado de trabajo. 1.2. La ETT como empresario.—2. LA REPRESENTACIÓN EN LA ETT. 2.1. El cálculo de la antigüedad. 2.2. El ámbito electoral. 2.3. Los delegados territoriales. 2.4. La necesidad del cambio.—3. LA REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA USUARIA. 3.1. Limitación temporal. 3.2. Limitación material. 3.3. Limitación identificativa.—4. EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES PUESTOS A DISPOSICIÓN.—5. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La ETT en el nuevo mercado de trabajo

En las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) convergen dos fenómenos que han venido generalizándose en nuestro mercado de trabajo hasta el punto de insertarse en él de una forma estructural. Por un lado el proceso de externalización productiva, fenómeno que incluye, junto al uso de ETT, otras figuras como las contratas o las redes de empresa; por otro, el uso extendido de la contratación temporal, fenómeno del que las ETT han de considerarse consecuencia, pero a su vez causa que ha favorecido su generalización en España.

Hoy en día (quizás en un momento inicial del proceso era posible), no cabe definir ambos procesos como coyunturales, fruto de unas exigencias temporales de nuestra economía, sino que, como ha sido señalado, forman ya parte de la estructura básica del mercado laboral español. La flexibilización del proceso productivo, la multiplicación de las formas contractuales laborales, la casi extinción de la clásica empresa fordista, la disminución del poder sindical... es decir, sus consecuencias, son también estructurales. Bien es cierto que no estamos tratando figuras que hayan sido ajenas a la realidad económica y al mercado laboral, pero es igualmente cierto que, si bien cualitativamente no han modificado su apariencia, su uso (y abuso) en los últimos años se ha visto desarrollado cuantitativamente de una forma desmedida. El derecho del Trabajo, tanto en su origen como en su desarrollo, no ha sido, ni debe ser, ajeno a la importancia de estos cambios cuantitativos, y más en una materia en la que lo cuantitativo «alcanza tal intensidad que transforma significativa y cualitativamente el modelo, pues convierte en generalizado lo que hasta el presente era singular o excepcional, eleva a la condición de estructural lo que se estimaba hasta ahora como mecanismo de naturaleza coyuntural» [1].

---

[1] Cruz Villalón, J.: «Outsourcing y relaciones laborales», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, MTAS, Madrid, 1999, p. 251 y ss.

1.2. La ETT como empresario

El artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), define al empleador, no como aquel que retribuye los servicios del trabajador por cuenta ajena, sino como aquel en cuyo «ámbito de organización y dirección» el trabajador presta sus servicios. Es decir, más allá del acuerdo contractual o de la obligación salarial, lo que conforma la figura del empresario es el control sobre la actividad del trabajador. En el segundo párrafo de este mismo artículo, ya no es la organización y dirección de la labor del trabajador el elemento que se toma como base de la configuración del empresario, sino la condición de receptor del resultado último de esta actividad. Es decir, si en el primer párrafo el empresario aparece definido en torno al concepto de dependencia, en el segundo se incide sobre la ajenidad del trabajador respecto de los frutos. Aparentemente, y partiendo de cualquiera de las dos definiciones, quien parece cumplir la función de empresario del trabajador en misión será la empresa usuaria, que es quien se apropia del resultado de la actividad de aquel y quien organiza y dirige el ámbito en el que el mismo lleva a cabo la prestación laboral. El beneficio que la actividad del trabajador en misión genera a la ETT, aunque es evidente que existe, tiene un carácter indirecto, en tanto que no proviene del contrato de trabajo que esta formaliza con aquel, sino del contrato de puesta a disposición firmado con la empresa usuaria.

Con la aparente finalidad de dotar a las ETT de la condición de empresario que la redacción del artículo 1.1 ET parece negarle, la propia norma se encarga de añadir que, junto a «las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior», serán empresarios aquellos que lo hagan «de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas». Sin embargo, y a pesar de su previsible intención, literalmente lo único que hace es considerar (con un valor meramente declarativo ya que evidentemente estaban incluidos en el primer párrafo) trabajadores a los trabajadores en misión, pero no necesariamente empresario a la ETT.

No se trata con ello de negar la condición de empresario, repetidamente defendida por la doctrina [2], de la ETT sino de manifestar el ca-

---

[2] Entre otros, Chacartegui Javea, C.: *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (p. 103); Cano Galán, Y.: «Relaciones laborales en la empresa de trabajo temporal», en AA.VV. (Coor. y dir.: Sempere Navarro, A. V. y San Martín Mazzucconi, C.): *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Civitas, Madrid, 2004 (p. 94); Rodríguez-Piñero Royo, M. C.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994 (p. 99 y ss.); López Bala-

rácter ambiguo que reviste esta relación triangular, que nace en la propia definición de las partes y que se manifiesta a partir de allí en toda su regulación.

2. LA REPRESENTACIÓN EN LA ETT

La Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (LETT), nada dice, en el Capítulo III dedicado a las relaciones laborales en la ETT, respecto a la representación de los trabajadores en este ámbito. Ello no quiere decir, evidentemente, que ésta no pueda existir, sino que el régimen aplicable será el recogido en el Título II del ET, titulado «de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa». Naturalmente, una vez que, dentro de la compleja relación triangular que supone este supuesto de contratación, se acepta que la ETT ocupa la figura de empresario del trabajador cedido, no cabría privar a éste de los derechos concedidos por el ET sin entrar en una clara discriminación con el resto de trabajadores. Es decir, el silencio que sobre este aspecto mantiene la LETT, no es sino un mínimo inexcusable que, si bien jurídicamente respeta los derechos de los trabajadores cedidos, en la práctica los reduce hasta su casi inexistencia, ya que la aplicación de la regulación genérica al supuesto específico de la cesión de trabajadores lleva, en la práctica, a la inaplicabilidad de la mayoría de los derechos recogidos en aquélla.

Ignorar las particularidades que rodean esta relación, como son la dispersión de los trabajadores, la temporalidad de su actividad laboral o la variedad de prestaciones que pueden llegar a realizar, y aplicar un régimen general basado en un modelo empresarial completamente distinto que acepta la actividad de las ETT tan sólo como excepción a la genérica prohibición de la cesión de trabajadores, supone limitar los derechos de estos trabajadores hasta hacerlos casi inoperantes. Dar uno de nuestros trajes a alguien que tuviese tres brazos y tres piernas, sería condenarle a permanecer desnudo, aunque nuestra conciencia quedaría seguramente tranquila. Dotar a los trabajadores cedidos del mismo esquema que el ET prevé para el resto de trabajadores, quizás ha tranquilizado la conciencia del legislador, pero no ha impedido que el trabajador de la ETT actúe en el mercado laboral desprovisto de los más elementales derechos representativos.

GUER, M.: *La relación laboral de los trabajadores puestos a disposición: aspectos individuales y colectivos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 (p. 24); MOLERO MARAÑÓN, M. L.: «La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal», en *La Ley,* Madrid, 2001 (p. 28, aunque posteriormente defiende la tesis de la dualidad empresarial).

Los órganos de representación creados en el seno de la ETT, cuando existen, son compuestos casi exclusivamente por el personal estructural de estas empresas, personal minoritario dentro la estructura de las mismas [3], pero con una estabilidad, geográfica y temporal, de la que carecen los trabajadores en misión, sin la cual tanto el interés [4] como la posibilidad de participar de forma activa o pasiva en las elecciones a su composición son prácticamente inexistentes.

2.1. El cálculo de la antigüedad

Los requisitos de antigüedad exigidos por el artículo 69.2 ET, un mes para ser elector y seis para ser elegible, aunque pueden ser considerados un mínimo coherente dentro del proceso electoral de una empresa «clásica», suponen un obstáculo insalvable para la mayoría de los trabajadores puestos a disposición [5]. La previsión que la propia norma recoge de que éste último plazo pueda ser reducido por convenio colectivo a tres meses en actividades con una alta movilidad del personal, si bien es claramente aplicable a las ETT, no supone un avance excesivamente satisfactorio para estos trabajadores. La negociación colectiva en el ámbito de las ETT ha hecho uso de esta posibilidad y ha permitido que trabajadores con una antigüedad superior a los tres meses pudiesen resultar elegidos como delegados de personal o miembros del comité de empresa [6].

Junto a la reducción de los mínimos de antigüedad que permiten el acceso a la participación electoral se hace preciso un replanteamiento de la forma de su cálculo. En la mayoría de los países, la antigüedad viene definida en función del contrato vigente, lo que supone un obstáculo para la mayoría de los trabajadores de ETT, que generalmente quedan vinculados a está por sucesivos contratos de corta duración. En España

---

[3] El carácter minoritario de estos trabajadores queda refrendado por el mínimo exigido en la LETT: «de doce trabajadores contratados para prestar servicios bajo su dirección con contratos estables o de duración indefinida, a tiempo completo o parcial, por cada mil trabajadores o fracción contratados en el año inmediatamente anterior».

[4] El desinterés del trabajador puesto a disposición a la hora de participar en el proceso electoral proviene básicamente de la temporalidad de su relación con la ETT que produce, por un lado, una escasa identificación como trabajador de la empresa, y por otro, dificultades estructurales no sólo para participar en el proceso electoral sino para cumplir el mandato en el caso de que resultara elegido representante.

[5] En el año 2004, de los 2.142.291 contratos laborales suscritos por ETT, 1.040.538 tenían establecida una duración de un mes o inferior, número al que deben ser sumados todos aquellos contratos que, teniendo una duración en principio indeterminada (945.712 en 2004), finalizaron antes de superar el mes de duración (http://info.mtas.es/estadisticas/anuario2004/ETT/index.htm).

[6] Artículo 53 del IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de computar de forma conjunta los periodos trabajados bajo varios contratos temporales, siempre que entre ellos no se hubiese interrumpido la relación laboral [7]. Esta doctrina jurisprudencial aparece, sin embargo, insuficiente a la hora de ser aplicada a los trabajadores de ETT, por lo que cabría plantear la introducción de una previsión legislativa cómo la recogida en la ley luxemburguesa de 19 de mayo de 1994, que señala que en la aplicación a los trabajadores cedidos de normas legales, reglamentarias o convencionales que impongan requisitos de antigüedad habrán de ser computados la totalidad de los periodos en los cuales el trabajador estuvo vinculado a la ETT por un contrato de misión; o en la ley francesa de 24 de julio de 1987, donde, al calcular la antigüedad del trabajador en misión, se permite computar misiones sucesivas aunque hayan sido interrumpidas (si bien exige para ello que se den una serie de circunstancias de carácter excepcional).

De cualquier forma, la dificultad de alcanzar los umbrales de antigüedad no es el único obstáculo con el que se encuentran los trabajadores de ETT a la hora de conformar sus órganos de representación, tal como demuestra el hecho de que en Alemania, donde la contratación indefinida constituye la regla general y, por lo tanto, los trabajadores gozan de una mayor estabilidad laboral, la existencia de órganos representativos dentro de las ETT es igualmente anómala [8].

2.2. El ámbito electoral

La reducción del periodo de antigüedad recogida en el artículo 53 del IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, se completa con una segunda previsión referida al procedimiento electoral recogida en el mismo artículo:

«Dadas las especiales características de la prestación de servicios en las empresas de trabajo temporal, el ámbito para la celebración de elecciones para Delegados de Personal y miembros del Comité de empresa será el provincial. En consecuencia, se constituirá un Comité de Empresa en aquellas empresas que sumen en dicho ámbito un número no inferior a 50 trabajadores. Si no se alcanzara dicho número, se elegirán el número de Delegados de Personal que corresponda» [9].

---

[7] Entre otras, sentencias del TS de 12 de noviembre de 1993, 10 de abril de 1995 y de 23 de diciembre de 1999.

[8] *Survey of Legislation on Temporary Agency Work*, ETUI Report 65, European Trade Union Institute, Bruselas, 2000.

[9] Una previsión idéntica a la señalada aparece en el 4.º Convenio Colectivo Autonómico de Cataluña de Empresas de Trabajo Temporal.

Por un lado, señalar que es aceptable que el ámbito electoral sea la provincia, en tanto que es frecuente que las bases de datos de trabajadores o, mejor dicho, solicitantes de empleo, con las que cuenta una ETT son compartidas frecuentemente por las distintas oficinas que pueden existir en una misma provincia, lo que implica que un mismo trabajador, independientemente de donde hiciera su inscripción, pueda firmar contratos en diversas sedes. Sin embargo, llama la atención que a través de un Convenio Colectivo se modifique la unidad básica de constitución de la representación unitaria establecida en el artículo 63.1 ET, esto es, el centro de trabajo, obviando la posibilidad de que la representación se efectúe en ese ámbito. Tampoco podemos considerar este comité de empresa de ámbito provincial como equivalente al comité de empresa conjunto regulado en el artículo 63.2 ET, ya que éste tan sólo será creado en el supuesto de que los distintos centros de trabajo ubicados en la misma provincia o en municipios limítrofes de provincias distintas no alcancen el número de cincuenta trabajadores. Por lo tanto, cabe cuestionarse la legalidad de éste precepto, en tanto que no es posible definir convencionalmente la unidad de constitución de la representación unitaria por tratarse de materias que escapan de los territorios normativos del Convenio Colectivo [10].

Por otro lado, llama la atención que el Convenio prevea la posibilidad de que en un ámbito provincial una ETT no alcance el número de cincuenta trabajadores. Teniendo en cuenta que cada ETT firma una media de más de mil trescientos contratos de disposición por provincia cada año [11], la previsión de que exista una ETT con una plantilla de menos de cincuenta trabajadores no hace sino manifestar las dificultades que poseen los trabajadores cedidos, no ya para participar en el proceso electoral, sino para el mero hecho de ser contabilizados dentro de las dimensiones de la ETT. La otra posible interpretación de esta previsión es que el Convenio, a la hora de delimitar el cuerpo electoral, está pensando exclusivamente en los trabajadores estructurales, ninguneando a los trabajadores puestos a disposición.

2.3. Los delegados territoriales

Los delegados territoriales aparecen regulados en el artículo 55 del ya mencionado IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo

---

[10] Vergara del Río, M.: *Empresas de Trabajo Temporal. Representación de los trabajadores y negociación colectiva*, CES, Madrid, 2005, p. 52.

[11] Cálculo realizado a partir de las estadísticas recogidas en el Anuario de 2004 del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (http://info.mtas.es/estadisticas/anuario2004/index.htm). Los datos varían de los 3.974 contratos que firmó de media una ETT en Barcelona a los 437 en la provincia de Teruel.

Temporal, dentro del Capítulo XV destinado a la «Representación y acción sindical en la empresa», resaltando que su creación se hace «sin menoscabo de las actuales figuras legales de representación». Es por ello que podríamos pensar que se trata de una figura que vendría a completar la representación de los trabajadores de las ETT en atención, tal como la propia regla indica, a «las circunstancias específicas de este sector», expresión que bien podría referirse a las dificultades existentes en la constitución de órganos de representación de los trabajadores y al problemático ejercicio de sus facultades en el caso de que éstos hayan sido constituidos. Sin embargo, la labor que se le encomienda, esto es, la gestión del Convenio Colectivo, así como su estrecha vinculación con la Comisión Paritaria [12], la cual, además de hacerse cargo de su coste, tendrá la capacidad de determinar el número de Delegados territoriales y sus funciones, hace que esta posible función representativa quede muy matizada, finalizando por quedar constituida más como una representación de la propia Comisión Paritaria que de los trabajadores de la ETT.

2.4. La necesidad del cambio

El previsible ejercicio de las facultades de representación en los órganos existentes dentro de la ETT por miembros del personal estructural supone un obstáculo evidente a la efectiva representación de los trabajadores cedidos, ya que los problemas o intereses de ambos tipos de trabajadores no solo no serán necesariamente coincidentes sino que, en ocasiones, pueden resultar opuestos [13].

La situación descrita pone de manifiesto el hecho de que se ha producido una sucesiva dejación del mandato que la Disposición Final Tercera del ET impone al señalar que:

«El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del Título II de la presente Ley (De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores) *en aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad*

---

[12] La Comisión Paritaria aparece regulada en el artículo 8 de dicho Convenio y estará compuesta por cuatro miembros de cada una de las representaciones social y económica que participaron en la elaboración del mismo.

[13] En este mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: «Empresas de trabajo temporal y negociación colectiva», en *Estructura de la negociación colectiva. VIII Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1996.

permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del Título II citado».

Las ETT, que no sólo reúnen una sino la práctica totalidad de las características que aconsejan la introducción de normas que completen la regulación del Título II del ET, han visto apenas modificado su régimen legislativo tanto en la materia de representación colectiva, como en las de proceso electoral y derecho de reunión.

Dentro de la LETT, la única variación respecto al régimen general es la atribución de facultades representativas a los órganos de la empresa usuaria (cuestión que será posteriormente analizada), pero sin hacer referencia a los órganos representativos dentro de la ETT, salvo para presumir su inexistencia a la hora de negociar el convenio colectivo [14].

Ni esta ley ni el Real Decreto 1844/1994, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa, añaden nada respecto al proceso electoral dentro de la ETT, lo cual es más destacable en el último, ya que posee precisamente una sección dedicada a los sectores con procesos electorales especiales, donde bien se podría haber incluido el sector de las ETT.

En cuanto al derecho de reunión, nos encontramos con el silencio más absoluto, lo cual es ciertamente criticable si comparamos nuestra legislación con otras normativas europeas. En este sentido cabe citar el caso de Italia, donde expresamente se reconoce el derecho de reunión de los trabajadores puestos a disposición [15], lo que implica un crédito de diez horas anuales retribuidas para la celebración de asambleas durante el horario de trabajo. El trabajador participa en la asamblea exclusivamente como trabajador de la ETT, que será la que asuma las consecuencias derivadas del ejercicio de tal derecho, entre ellas la retribución de los trabajadores por el tiempo que dure la asamblea [16]. El reconocimiento de este derecho, más allá de su incidencia práctica, permite diferenciar la ETT de lo que sería una mera agencia de trabajo, proporcionando los instrumentos destinados a formar una conciencia colectiva entre los trabajadores de este tipo de empresas [17].

---

[14] Artículo 13 LETT.

[15] Artículo 7.3.º de la Ley 196/1997.

[16] Menéndez Sebastián, P.: «La regulación de las Empresas de Trabajo Temporal en el ordenamiento italiano», en *RL*, 1999 (2), p. 1368.

[17] Passalacqua, P.: «I diritti sindacali del lavoratore interinale», en *Il lavoro temporaneo*, Giuffrè Editore, Milán, 2000, p. 284.

3. LA REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA USUARIA

El artículo 17 de la LETT atribuye a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria «la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas, sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes».

Se trata de una previsión ciertamente apropiada que, sin embargo, refleja la incapacidad de los órganos representativos de la ETT de llevar a cabo una correcta representación de los trabajadores cedidos. De cualquier modo, es innegable que estos representantes podrán defender con mayor eficacia e inmediatez los derechos de los trabajadores puestos a disposición relacionados con las condiciones de prestación laboral, los cuales pueden ser más fácilmente vulnerados por la empresa usuaria que por la ETT.

Esta representación, sin embargo, aparece limitada de forma importante.

3.1. Limitación temporal

La representación se limitará al periodo «de misión», es decir, al tiempo durante el cual el trabajador presta sus servicios en la empresa usuaria, por lo tanto, una vez finalizada la prestación el trabajador cedido no podrá valerse de dichos órganos de representación. Esta limitación temporal puede plantear dos tipos de problemas.

En primer lugar la limitada duración del periodo en misión, en ocasiones inferior al día, dificulta en ocasiones la posibilidad de ponerse en contacto con los representantes de los trabajadores, impidiendo al trabajador cedido presentar reclamaciones respecto de problemas que surjan en la prestación de servicios y de las cuales podrían salir beneficiados tanto posteriores trabajadores de ETT como el propio trabajador, que, no infrecuentemente, podrá prestar servicios en la misma empresa usuaria en virtud de un nuevo contrato de disposición.

Un segundo, y más importante, problema es que está limitación temporal impedirá que, una vez finalizado el periodo de misión, los representantes de la empresa usuaria lleven a cabo la representación procesal de los trabajadores cedidos. Se debe subrayar que el ET encarga, tanto a los delegados de personal como a los comités de empresa, la labor de representar a los trabajadores *en* la empresa o centro de

trabajo, dentro de los cuales se encuentran comprendidos los trabajadores cedidos. Dentro de las facultades que el ET otorga a los mismos para llevar a cabo esta función se haya la de ejercer las acciones legales oportunas en lo relativo al ámbito de sus competencias (arts. 64.1.9.º y 65.1), facultad que igualmente puede ser ejercida respecto a los trabajadores de ETT, pero sólo durante el tiempo que dure la misión, lo que no pocas veces puede impedir el ejercicio efectivo de esta capacidad.

3.2. Limitación material

Un segundo límite en las funciones representativas de delegados de personal y comités de empresa de la empresa usuaria respecto de los trabajadores en misión viene determinado por las materias sobre las que puede versar esta representación, que no son sino aquellas relacionadas con «las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en éstas», sin que sea posible la participación de los representantes en la empresa usuaria en «las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de trabajo temporal de la cual depende».

La interpretación que, sin embargo, los tribunales han dado a esta previsión recogida en el artículo 17.1 LETT ha sido algunas veces contradictoria[18]. Una visión amplia de las facultades otorgadas por este artículo viene representada por la sentencia del TSJ de Madrid, de 18 de abril de 2001, donde, basándose en una interpretación teleológica, se señala que dicho artículo «no puede entenderse en un sentido minimalista y/o de interpretación restrictiva, so pena de nihilizar por completo el plus, subjetivo y objetivo, de representación y defensa que tal precepto otorga a los miembros de los comités de empresa o a los delegados del personal de las empresas usuarias sobre los empleados en misión. Dicho precepto es evidente que persigue un fin: dar, mientras dura la relación de trabajo en misión en la usuaria, el mismo régimen de cobertura y defensa a los misionados que a quienes prestan normalmente su trabajo en dicha empresaria usuaria, y establecer una relación de derechos y obligaciones entre los representantes de éstos y dichos misionados lo más amplia posible, hasta el punto de alcanzar la totalidad de derechos y obligaciones que la naturaleza de esa situación coyuntural permita».

En un sentido diverso, encontramos diversas sentencias que optan por una interpretación literal que resulta mucho más restrictiva. Así, en las sentencias del TSJ de Aragón, de 28 de febrero de 1996 y de 14 de mayo

[18] Básicamente los conflictos han surgido en torno a la posibilidad de articular a través de los órganos de representación de la empresa usuaria reclamaciones de carácter salarial frente a la ETT.

de 1997, y del TSJ de Cataluña, de 11 de febrero de 2003, las competencias representativas de los órganos señalados se reducen a las condiciones de ejecución de la actividad laboral en la empresa usuaria, llegando la primera de ellas a afirmar, un tanto apocalípticamente, que de aceptarse una legitimación más amplia «se desnaturalizarían los órganos de representación en las empresas de trabajo temporal quedando este concreto sector abocado a la voluntad de otros de la actividad económica con riesgo cierto de anarquía, descontrol y, a la postre, inseguridad jurídica».

Este conflicto interpretativo surgido entre TSJ fue resuelto por el TS en su sentencia de 27 de abril de 2004, optando por una interpretación restrictiva del artículo 17. Señala, además, que dicho artículo «se incardina en el Capítulo IV de la repetida norma, que regula la relación del trabajador de empresa temporal con la empresa usuaria, razón por la que es preciso poner en conexión el artículo 16, que contiene la descripción de las obligaciones de la empresa usuaria, para conocer el alcance de la expresión legal «condiciones de ejecución de la actividad laboral»». Llama la atención que el TS se remita al artículo 16 para determinar el contenido de las condiciones de ejecución de la actividad laboral, cuando en el mismo tan sólo se hace referencia a las obligaciones de la empresa usuaria en materia de protección y prevención (apartados 1 y 2) y a la responsabilidad de la misma respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, para acabar denegando la posibilidad de que la representación de los órganos de la empresa usuaria se extiendan «al percibo de las retribuciones que, como se ha visto, es responsabilidad única de la titular de la relación de trabajo, esto es, la empresa de trabajo temporal, ya que la posición de la empresa usuaria no viene dada mediante un vínculo directo con el trabajador en misión, sino a través del contrato de puesta a disposición que celebra aquélla con la empresa de trabajo temporal».

Admitiendo que la interpretación restrictiva resulta más acorde con la literalidad de la norma, no podemos, sin embargo, dejar de señalar el perjuicio que genera para el trabajador cedido, el cual no sólo no podrá valerse de los representantes en la empresa usuaria para las reclamaciones salariales presentadas contra su ETT (a pesar de que su cuantía dependa del Convenio Colectivo aplicable a la empresa usuaria y de la discriminación que puede generarse con los trabajadores de ésta), sino que tampoco podrá hacer uso de ellos cuando la reclamación se dirija directamente contra la empresa usuaria (cuya responsabilidad salarial puede llegar a ser solidaria [19]), ya que la retribución no formará

[19] El artículo 16 de la LETT señala que la responsabilidad de la empresa usuaria respecto a las obligaciones salariales contraídas por la ETT será solidaria cuando el contrato de puesta a disposición se haya firmado sin respetar los supuestos de utilización, la forma escrita o las exclusiones que la propia norma señala.

parte en ninguno de los caso de las condiciones de ejecución de la actividad laboral.

Ampliar las funciones representativas de los órganos de la empresa usuaria no parece que necesariamente tenga que finalizar en la «anarquía, descontrol y, a la postre, inseguridad jurídica» pronosticada por el TSJ de Aragón, ni en la desnaturalización de los órganos de representación de la ETT. Estas previsiones parecen obviar que la superposición de competencias de los representantes de la ETT y de la empresa usuaria ya existe, dado que las facultades que el artículo 17 otorga a los órganos representativos de la empresa usuaria respecto de las condiciones de trabajo no implica la sustracción de las mismas a los representantes en la ETT sino su acoplamiento. Es evidente que las funciones de información, consulta, vigilancia o control respecto de estas condiciones que se atribuyen de forma genérica a los órganos de representación, pueden ser ejercidas más fácilmente desde la propia empresa usuaria, que es donde, en principio, se desarrollará la prestación laboral; pero ello no implica que los representantes en la ETT no puedan conocer de cuestiones que afecten a estas condiciones, ni que el contenido de las facultades representativas de estos órganos de representación respecto de los trabajadores cedidos sea variable dependiendo de la existencia o no de órganos representativos en la empresa usuaria.

Por otro lado, llama la atención que en un sistema donde existe el doble canal de representación, en el que las facultades de la representación unitaria y de la sindical se solapan de forma poco problemática, se hable de la anarquía que puede generar la asunción de unas más amplias competencias representativas por parte de los órganos de representación en la empresa usuaria.

Más preocupante que la teórica hiperrepresentanción que generaría la superposición de facultades representativas respecto a estos trabajadores es la infrarrepresentación que *de facto* han de sufrir con el esquema vigente.

3.3. Limitación identificativa

Más allá de los límites establecidos en la configuración de las facultades representativas que corresponden a los órganos establecidos en la empresa usuaria, se plantea un verdadero problema de identificación entre representante y representado. Los representantes en la empresa usuaria forman parte de los trabajadores contratados directamente por la misma y son elegidos igualmente por trabajadores de la empresa usuaria, ya que los trabajadores cedidos no tienen legitimación ni ac-

tiva ni pasiva para participar en el proceso electoral [20]. Es decir, estos representantes están configurados y legitimados para llevar a cabo la representación de los intereses de los trabajadores de la empresa usuaria, y no los de los trabajadores cedidos por la ETT, intereses que no solo no son siempre coincidentes sino que en ocasiones pueden resultar opuestos.

Junto a esto la LETT se encarga de subrayar que las funciones representativas de estos órganos respecto a los trabajadores en misión se llevarán a cabo «sin que ello pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales retribuidas a que tengan derecho dichos representantes» [21]. Por si fuera poco, el artículo 72.2 del ET, que señala la necesidad de contabilizar los trabajadores fijos discontinuos y los contratados por tiempo determinado a la hora de establecer el número de representantes en la empresa usuaria, nada dice respecto de los trabajadores puestos a disposición por una ETT, por lo que la utilización de este tipo de trabajadores por la empresa frente a otras formas contractuales puede reducir tanto el número de representantes como el tiempo del que éstos disponen para llevar a cabo su función representativa.

En otros países, sin llegarles a reconocer los mismos derechos de representación que poseen los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria, los trabajadores cedidos sí que son tenidos en cuenta a la hora de determinar la dimensión de esta empresa. Esto es lo que ocurre en Francia, Bélgica y Luxemburgo, donde los trabajadores puestos a disposición son computados de forma ponderada a razón de los días trabajados en el año [22].

---

[20] Esta es la regla general en las legislaciones europeas, aunque existe la excepción de Austria, donde el trabajador tiene derecho a votar y ser elegido tanto en las elecciones desarrolladas en la ETT como en las de la empresa usuaria (STORRIE, D.: *Temporary agency work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002, p. 13), y Alemania, donde los trabajadores en misión serán electores al comité de empresa del centro del trabajo en el que desarrollen sus funciones siempre que disfruten de una antigüedad en la empresa de al menos tres meses (A LZAGA RUIZ, I.: «La reforma de la Ley Alemana de Comités de Empresa», en *RMTAS*, núm. 43).

[21] Según M. C. PASCUAL ALLEN, el objeto exclusivo de la reforma del artículo 17 llevada a cabo por el RDL 8/1997, sobre medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida fue evitar la aplicación de la doctrina judicial que permitía la ampliación del crédito horario proporcionalmente al aumento de trabajadores. PASCUAL ALLEN, M. C.: «Contratos temporales y las empresas de trabajo temporal», en *La reforma laboral pactada de las legislaciones laboral y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 1997.

[22] Se excluyen de este cálculo los trabajadores cedidos para reemplazar a un trabajador ausente o cuyo contrato esté suspendido, con la finalidad de evitar un doble cómputo, ya que los reemplazados ya han sido contabilizados dentro de la plantilla. VERGARA DEL RÍO, M.: *Empresas de Trabajo Temporal. Representación de los trabajadores y negociación colectiva*, CES, Madrid, 2005, p. 120.

Dentro de la propia legislación española, en el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal, se contempla el cómputo de los trabajadores cedidos dentro de la plantilla de la empresa usuaria, con la finalidad exclusiva de «de determinar los medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención». Para ello «las empresas usuarias contabilizarán el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal en los últimos doce meses». Esta previsión, si bien no es aplicable en materia representativa o electoral, manifiesta la necesidad de tener en cuenta a los trabajadores en misión para que no se produzca un desequilibro entre las dimensiones teóricas y reales de la empresa usuaria, además de proporcionar un sistema de ponderación de dichos trabajadores.

Ante esta situación cabría preguntarse si la representación de los trabajadores cedidos puede ser ejercida correctamente por unos sujetos que no sólo carecen de interés en hacerlo sino que además se ven perjudicados por su mera existencia, y si aquellos, los trabajadores cedidos, pueden sentirse representados por unos órganos cuyo mayor interés respecto a ellos es el de limitar su presencia en la empresa. Todo ello sin entrar a valorar las tensiones que a la hora de la ejecución de la prestación laboral pueden surgir entre el personal fijo generalmente más experimentado y el trabajador cedido que carece frecuentemente de cualificación y experiencia, tensiones en las cuales los órganos representativos difícilmente van a adoptar una postura equitativa.

Con ello no se pretende criticar la actuación de los representantes en la empresa usuaria respecto de los trabajadores puestos a disposición, sino señalar que el correcto ejercicio de las facultades representativas que la LETT otorga a aquellos, se hace depender de la buena voluntad de los mismos, y no de un marco representativo correctamente diseñado por las normas que lo regulan [23].

---

[23] En el mismo sentido, M. VERGARA DEL RÍO señala que: «Los trabajadores de las empresas usuarias y sus órganos de representación ven a los trabajadores puestos a disposición como una amenaza de sus conquistas y, más que compartir intereses al interior de la empresa usuaria, compiten por sus derechos. Atribuirles la representación de los intereses de los trabajadores puestos a disposición para hacerlos valer ante los órganos jurisdiccionales, a las representaciones de la empresa usuaria, en este contexto, parece riesgoso para sus titulares y un mandato esquizofrénico para el representante, que deberá conjugar la representación de intereses que no pocas veces son contradictorios, cuando tal defensa atenta o pueda atentar contra los intereses de los electores del mismo órgano representativo». VERGARA DEL RÍO, M.: *Empresas de Trabajo Temporal. Representación de los trabajadores y negociación colectiva*, CES, Madrid, 2005, p. 148.

4. EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES PUESTOS A DISPOSICIÓN

En cuanto a la representación de los trabajadores desplazados, la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, indica que en el caso de que éstos presten su servicio en una empresa usuaria en España, serán los representantes de los trabajadores de esta empresa usuaria los que deberán asumir las competencias recogidas en la legislación española, es decir, tal como recoge el artículo 17.1 LETT, la representación de los trabajadores en misión, mientras ésta dure, a los efectos de formular cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral, en todo aquello que atañe a la prestación de sus servicios en la empresa usuaria, sin que esto incluya las reclamaciones del trabajador respecto de la ETT de la cual depende.

De cualquier modo, esta previsión ha de ser considerada reiterativa, ya que el artículo 17.1 LETT ya resulta de aplicación en estos supuestos de desplazamiento transnacional en virtud de la remisión que el artículo 23 LETT hace al Capítulo IV de la misma.

Respecto al caso opuesto, cuando es el trabajador de una ETT situada en España el que es desplazado a una empresa usuaria en un Estado miembro, nada dicen los artículos 26 y 27 de la LETT, ni la Ley 45/1999, sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad del artículo 17.1 LETT, por lo que la representación de los trabajadores desplazados será una cuestión que habrá de ser regulada en la legislación del país en el que esté establecida la empresa usuaria, lo cual está acorde con la previsión que hace el segundo párrafo del artículo 26 LETT al excepcionar de la aplicación del Capítulo II de la misma ley el artículo 9, ya que la obligación de la empresa usuaria, recogida en el mismo, de informar a los representantes de los trabajadores sobre cada contrato de puesta a disposición y motivo de utilización, así como de entregar una copia básica del contrato de trabajo o de la orden de servicio del trabajador puesto a disposición, carece de sentido si a estos representantes no se les atribuye simultáneamente la representación de los trabajadores en misión.

Ante la variedad de formas que dentro de las distintas regulaciones nacionales adopta la representación de los trabajadores puestos a disposición, se hace evidente la necesidad de una normativa a nivel europeo que establezca una base común en las distintas regulaciones nacionales. La Propuesta de Directiva COM(2002) 149, de 20 de marzo, referente a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, establece en su artículo 7 que dentro de la ETT los trabajadores cedidos han de ser tenidos en cuenta para el cálculo del

umbral a partir del cual deben constituirse los órganos de representación de trabajadores que hayan sido previstos por las legislaciones nacionales y comunitarias.

Es curioso que, a pesar de que el título de este artículo es «Representación de los trabajadores cedidos», no se especifique expresamente en su contenido a quién corresponde esta representación, sino que tan sólo se hable de la inclusión de estos trabajadores en el cálculo del umbral a partir del cual los órganos de representación deberán constituirse. Parece, sin embargo, evidente que la intención es otorgar a estos órganos dentro de las ETT la representación de los trabajadores cedidos, sin perjuicio de que dentro de la empresa usuaria sean igualmente contabilizados para el cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse dentro de ella órganos de representación.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo que se manifiesta es la dificultad ontológica que tiene el trabajador cedido para encontrar un ámbito de representación adecuado. Los representantes de la empresa usuaria van a serlo esencialmente de los trabajadores contratados por esta, cuyos intereses y problemas no sólo no son siempre coincidentes con los de los trabajadores cedidos, sino que, en ocasiones, pueden resultar manifiestamente opuestos. En cuanto a la representación en el seno de la ETT, sus órganos, cuando existan, van a estar compuestos básicamente por personal estructural ya que, como su nombre parece ya dar a entender, cuentan con una mayor estabilidad en la ETT. Nuevamente en este ámbito se observa que los intereses de estos trabajadores, en el caso de que no sean opuestos, difícilmente van a ser coincidentes con el de los trabajadores en misión.

El trabajador de la ETT sufre un verdadero problema de identidad laboral. Aunque realiza las mismas funciones que un trabajador de la empresa usuaria, no forma parte del personal de ésta. Aunque trabaja para un mismo empresario, su labor poco o nada tiene que ver con la del resto de trabajadores de la ETT. Es un patito feo en el mercado laboral. Los patos lo desprecian, los cisnes no lo reconocen y, lo que es peor, al contrario que en el cuento y después de más de una década chapoteando en nuestro mercado laboral, el patito feo continúa siendo feo.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

SUMARIO:

I. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: UNA APROXIMACIÓN A SU SIGNIFICADO.—II. LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL DE OBRAS Y SERVICIOS.—III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL. 1. Marco jurídico comunitario e interno. 2. La insuficiencia de la información en orden a la participación.

I. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: UNA APROXIMACIÓN A SU SIGNIFICADO

Cualquier intento de delimitar el significado de la participación de los trabajadores en la empresa no es una tarea sencilla, pues bajo la misma rúbrica pueden englobarse distintas acepciones que nada tienen que ver con el proceso de adopción de las decisiones en el ámbito empresarial.

Por citar tan sólo algunas, puede mencionarse la llamada participación económica, que incluye todos aquellos instrumentos que buscan la conexión entre los resultados económicos de la entidad mercantil y los ingresos de sus trabajadores mediante una asignación variable de los mismos como parte de su retribución [1], permitiéndoles, en ocasiones, acceder a la titularidad de parte del capital social mediante la técnica de suscripción de planes de opción de compra sobre acciones.

También pueden aludirse las experiencias participativas más recientes que tienen como objetivo implicar directamente a los trabajadores en la organización del trabajo en sus empresas para que apliquen sus conocimientos y experiencias, bien de forma individual o bien a través de los grupos constituidos a tal fin [2].

Si bien, el término participación de los trabajadores evoca también la posibilidad de que éstos puedan influir en las decisiones que se adoptan en sus empresas. Decisiones en su más amplio sentido: económi-

---

[1] Esta definición en BAGLIONI, G.; CASTRO, M.; FIGURATI, M. y PAPARELLA, D.: «La partecipacione dei lavoratori nell'impresa: idee e proposte», en *Lavoro Informazione,* núm. 21, 2000, p. 30.

[2] Más ampliamente, ARAGÓN SÁNCHEZ, A.: *La participación de los empleados en la empresa. Factores determinantes para la gestión y resultados,* CES (Madrid, 1998), pp. 53-4 y 129 y ss.

cas, sobre la organización productiva, sobre el empleo, sobre las inversiones, etc. Es decir, intervenir, ni más ni menos que en los poderes de administración y de gestión que tradicionalmente corresponden al empresario, o lo que es lo mismo, en el gobierno de la empresa [3]. Y éste es el significado al que se refiere el título de la presente comunicación, si bien limitado a una decisión empresarial en particular y que es la de contratar o subcontratar parte de su actividad a través de los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para su realización.

En todo caso, tanto la participación en las decisiones empresariales, como cualquier otra fórmula de participación de los trabajadores en sus empresas, implica relaciones laborales presididas por la idea de la colaboración [4]. Es decir, superada una primera época de reivindicaciones emancipatorias de los trabajadores dependientes frente a la clase empresarial, emerge la idea de la colaboración en la convergencia de sus respectivos objetivos. Del lado de los empresarios, porque van a disponer de empleados más comprometidos con el desarrollo y calidad de sus prestaciones y del lado 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 [5].

Pero frente a ese elemento común, las diferencias entre las distintas acepciones de la participación, son muchas. Según se atienda a uno u otro significado, podemos estar hablando de una participación interna o externa a la organización empresarial. De una participación directamente ejecutada por los mismos trabajadores o de una participación indirecta a través de sus representantes unitarios o sindicales. También se distingue una participación individual de cada trabajador, aunque modulada por la estructura jerárquica de la empresa, y una participación colectiva que incluye todas las relaciones institucionales del empresario con los representantes de su personal. Y por último, y según la materia sobre la que se proyecte, de una participación económica y de otra sobre las

---

[3] Así ha sido definida por uno de los principales estudiosos de la participación de los trabajadores en la doctrina italiana, BAGLIONI, G.: «La partecipazione dei lavoratori alle decisión dell'impresa», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali,* núm. 74, 1997, p. 224, y *Lavoro e decisioni nell'impresa,* Il Mulino (Bologna, 2001), p. 25.

[4] En este sentido, DEL PUNTA, R.: «Contrattazione e partecipazione», en AA.VV.: *Dizionario di Diritto del lavoro comunitario (a cura di* GRAU, G.; CARUSO, B.; D'ANTONA, M. e SCIARRA, S.), Monduzzi Editore (Bologna, 1996), p. 481.

[5] Así ARRIGO, G.: *Il Diritto del lavoro dell'Unione Europea* (Tomo II), Giufreè (Milano, 2001), p. 291 y ss. En la doctrina española, MERCADER UGUINA, J., insiste en la necesidad de cooperación y colaboración entre el empresario y los representantes de los trabajadores, «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo», en *RMTAS,* núm. 57, 2005, p. 283 y ss.

decisiones empresariales [6]. Es más, dentro de esta última, su alcance difiere según se trate de decisiones estratégicas, organizativas u operativas en la empresa y, por supuesto, según el grado o intensidad de los mecanismos participativos asignados a los trabajadores [7]. Esto es, según se les conceda derechos de información, derechos de consulta o derechos de codecisión o cogestión con sus empresarios [8].

Como es lógico, el tema concreto de la comunicación impide ahondar en todas y cada una de las mencionadas. Ahora bien, ello no obsta que pueda afirmarse que la participación en las decisiones empresariales, tal y como se contempla en la normativa vigente, se asigna a un órgano externo a la estructura orgánica empresarial y que son los representantes de los trabajadores. A raíz de esta afirmación, es indudable que su ejercicio tiene carácter indirecto, pues los trabajadores no pueden intervenir directa y personalmente en la adopción de las decisiones empresariales, y de ahí su alcance colectivo frente a otras modalidades individuales de participación. Quedaría tan sólo por precisar la clase de decisiones sobre las que puede recaer y por supuesto su intensidad. Y mientras que sobre la segunda de las cuestiones puede ofrecerse una respuesta más o menos estricta, según se trate de información, consulta o participación orgánica [9], la primera exige un análisis más pausado. Es decir, siguiendo la clasificación anterior —decisiones estratégicas, organizativas u operativas— la participación de los trabajadores en la subcontratación, en cuanto forma de organización productiva empresarial, parece incluirse en el nivel estratégico de la gestión empresarial. Piénsese en la subcontratación como estrategia organizativa permanente de una empresa a fin de obtener mayores ventajas competitivas gracias a la reducción de su mano de obra y al desplazamiento de funciones a otras empresas para contratarlas en un mercado que las ofrece a mejor precio [10]. Sin embargo, el recurso a esta técnica también puede acometerse de forma ocasional y ante necesidades puntuales de una empresa. De hecho, da la impresión de que para el mismo artículo 42 ET la contrata

---

[6] Más ampliamente, FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario,* Tirant lo Blanch (Valencia, 2006), p. 47 y ss.

[7] *Idem.*

[8] Sobre esta última clasificación, RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT,* núm. 84, 1997, p. 504.

[9] Sobre esta cuestión se incidirá con posterioridad.

[10] Esta idea en RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing* (dir.: RIVERO LAMAS, J.), Thomson-Aranzadi (Pamplona, 2003), p. 24. Aunque en otro sentido y con implicaciones negativas, MARTÍN VALVERDE, A., también considera a las contratas como una «estrategia empresarial» para hacer frente al poder conquistado por los trabajadores en los centros de trabajo de las grandes empresas, «Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada», en *DL,* núm. 68, 2003, p. 19.

es un negocio jurídico temporal [11]. De ser así, ya no estaríamos ante una decisión estratégica, sino de organización empresarial [12].

II. LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL DE OBRAS Y SERVICIOS

La constante aspiración empresarial de mejorar su competitividad en el mercado, ha hecho del recurso a la subcontratación [13] su paso de ser un fenómeno conyuntural para hacer frente a una crisis económica, a considerarse un fenómeno estructural de las propias empresas. Las razones de esta evolución son más que conocidas: los avances tecnológicos, la liberalización de los mercados, las exigencias de la demanda y la búsqueda de la flexibilidad en el funcionamiento de la empresa, se encuentran entre las principales. Así las cosas, lo que en los años setenta aparecía como un mecanismo resolutivo frente a la inestabilidad de la actividad de la construcción, en especial, de la naval, se ha ido generalizando para alcanzar, en la actualidad, a todos los sectores productivos, con especial incidencia en la industria y en los servicios [14].

Naturalmente que la subcontratación no es el único instrumento de gestión y organización del que disponen las empresas para mejorar su posición competitiva en el mercado. En la misma línea descentralizadora también se enmarcan los llamados grupos de empresas, si bien sus efectos son diametralmente opuestos: «efecto centrífugo» en la subcontratación y «efecto centrípeto» en los grupos de empresas [15]. Es más, en muchos casos, aunque no siempre, la subcontratación de obras y servicios

---

[11] Así lo destaca García Murcia, J.: «Contratas y subcontratas», en *RMTAS,* núm. 48, 2004, p. 27.

[12] Sobre el enfoque operativo o estratégico de las contratas, véase Martínez Garrido, L. R., en alusión a la doctrina defendida por Casiani, F.; Luque, M.ª A.; Rodríguez, J. y Soria, P.: «Descentralización productiva: outsourcing», en *CDJ,* núm. IX, 2000, p. 41.

[13] Se utiliza esta terminología por seguir la rúbrica del artículo 42 ET tras la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE del 10). Una crítica al cambio de denominación de «responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios» a «subcontratación de obras y servicios», en García Murcia, J.: «Contratas y subcontratas…», *op. cit.,* p. 20.

[14] Sobre las causas y consecuencias de la descentralización productiva, entre otros, Blat Gimeno, F.: «El marco socioeconómico de la descentralización productiva», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas,* Tirant lo Blanch (Valencia, 2000), p. 25 ss., y Rodríguez Escanciano, S.: «La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la crisis del trabajo subordinado», en *AS,* n. 5, 2001, p. 45 y ss.

[15] Cfr. Rivero Lamas, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV.: «Descentralización productiva y responsabilidades empresariales…», *op. cit.,* p. 28.

por una empresa, va acompañada de la creación de otras entidades a su alrededor frente a las que mantiene una posición dominante, constituyendo todas conjuntamente un mismo grupo económico. La primera empresa adquiriría así la condición de principal o matriz frente a las otras entidades que serían sus filiales o empresas subordinadas [16]. En todo caso, al lado de estos grupos mercantiles tradicionales basados en relaciones de subordinación, hay que mencionar la tendencia posterior a estructurarlos sobre el principio de igualdad, permitiendo así la aparición de los llamados «grupos por coordinación» que al contrario que los anteriores, sí han sido objeto, siquiera parcialmente, de una ordenación jurídica positiva. Al respecto, pueden citarse las agrupaciones y uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico [17].

En definitiva, tanto la subcontratación interempresarial, como los grupos de empresas creados con el fin de dividir el proceso productivo de la empresa matriz, conforman distintas manifestaciones de la misma técnica económica, la descentralización productiva [18]. En el primer caso en sentido vertical, mediante la celebración de contratos con terceras empresas para la realización de parte de su actividad y en el segundo, en sentido horizontal, a través de la creación de empresas filiales o paralelas especializadas en determinadas fases de la producción [19]. Pero no son las únicas existentes. También responden a la misma idea de fragmentación de la producción, entre otros, los arrendamientos de obras y servicios, la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, así como una serie de contratos atípicos, tales como la franquicia, *factoring, merchandising,* etc. [20] En el lado opuesto, se encuentran todas las técnicas de concentración y fusión empresarial. El caso más significativo, los grupos económicos de empresas cuya finalidad

---

[16] Esta idea en RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales..., op. cit.,* p. 28. El paralelismo entre la subcontratación y los grupos de empresas también ha sido puesto de manifiesto por MARTÍN VALVERDE, A.: «Protección jurídica del trabajo en contratas…», *op. cit.,* p. 18.

[17] Reguladas respectivamente por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las sociedades de desarrollo industrial regional (BOE de 9 de junio), y Ley 12/1991, de 29 de abril, sobre agrupaciones de interés económico (BOE de 30 de abril). Sobre los grupos de empresas, SAGARDOY BENGOECHEA, J. A.: «Descentralización productiva y grupo de empresas», en *CDJ,* núm. IX, 2000, p. 11 y ss.

[18] Así lo destaca, entre otros, MARTÍNEZ GARRIDO, L. R.: «Descentralización productiva: outsourcing…», *op. cit.,* p. 36.

[19] Nuevamente RIVERO LAMAS, J.: «Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral», en AA.VV.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales..., op. cit.,* p. 28.

[20] Para una aproximación al significado de la descentralización productiva, LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo,* Laborum (Murcia, 2003), p. 17 y ss.

exceda de la mera descentralización de la producción de los bienes y servicios de la empresa principal.

Ahora bien, desde la perspectiva jurídico-laboral, no hace falta insistir en la ausencia de una clasificación doctrinal única de todas esas técnicas descentralizadoras, llegando incluso, en algunos casos, a resultados contradictorios [21] aunque no por ello erróneos [22], salvo en lo que se refiere a la subcontratación. De hecho, la contrata y la subcontrata son las figuras que tradicionalmente y sin ningún género de dudas definen el marco laboral de los procesos de descentralización de la producción en las empresas [23]. Además, su regulación jurídica, con base en el artículo 42 ET, ha sido y continúa siendo, uno de los pasajes que más interés y más controversias ha suscitado, no sólo desde el punto de vista teórico, sino también desde su faceta eminentemente práctica. Pero este precepto no es el único sobre el trabajo en el marco de las contratas subcontratas de obras y servicios. Su contenido se integra, con un conjunto de disposiciones, tanto legales como reglamentarias, que completan desde diferentes perspectivas su régimen jurídico. Así las cosas, los artículos 127.1 y 104.1 LGSS atienden a su dimensión en el ámbito de la Seguridad Social, en particular, a través de la imposición de responsabilidades empresariales en orden a las prestaciones y frente al pago de cuotas. El artículo 24.3 LPRL, a la de seguridad y salud en el trabajo, mediante la asignación al empresario principal de deberes de vigilancia

---

[21] Así Montoya Melgar, A., que excluye de las técnicas de descentralización productiva —contratas y subcontratas y empresas de trabajo temporal— a los grupos de empresas en cuanto instrumentos de concentración empresarial, denominando a todos conjuntamente «estructuras empresariales complejas», «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», en *RMTAS,* núm. 48, 2004, p. 136. La misma idea se infiere de la clasificación efectuada por Galiana Moreno, J. M. y García Romero, B., puesto que a los fenómenos de descentralización productiva —entre los que incluye las contratas y subcontratas— opone los de concentración empresarial, en clara alusión a los grupos de empresas, sobre los que insisten especialmente en su falta de cobertura legal, «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *RMTAS,* núm. 43, 2003, pp. 25-26. En cambio, como ya se ha visto, Martínez Garrido, L. R., considera a los grupos de empresas una técnica de descentralización productiva, excluyendo, por el contrario a la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, «Descentralización productiva: outsourcing…», *op. cit.,* p. 36.

[22] Naturalmente que la consideración del grupo de empresas como técnica de descentralización empresarial o por el contrario de concentración, deriva de sus pretensiones iniciales. Si se trata de una única empresa que se descompone en distintas unidades productivas que van a responder de una parte de la producción, al tiempo que mantienen su vinculación como grupo económico, lo más correcto sería calificarla como técnica de descentralización. En cambio, si el grupo empresarial aspira a concentrar el capital a la vez que diversifica riesgos, lo más oportuno es defender su inclusión dentro de las técnicas de concentración.

[23] Así lo han afirmado, entre otros, Valdés Dal-Ré, F.: «La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa», en *RL,* núm. 18, 2001, p. 8, y Martínez Garrigo, L. R.: «Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado», en *RMTAS,* núm. 38, 2002, p. 229.

respecto de sus contratistas y subcontratistas. Y la LISOS, en distintos preceptos de su articulado, a la sancionadora por los incumplimientos empresariales de sus obligaciones en el orden social: el artículo 42.1 con una cláusula genérica de responsabilidad, el artículo 42.3 con la exigencia de responsabilidad solidaria al principal, a contratistas y a subcontratistas por el incumplimiento de las obligaciones del artículo 24.2 LPRL, y el artículo 23.3, que impone la misma responsabilidad, si bien por las transgresiones de las obligaciones de Seguridad Social. El conjunto de disposiciones de la LISOS, se completa con la tipificación expresa de algunos incumplimientos ligados a las contratas y subcontratas, como sucede con su artículo 7.11 sobre infracción de los deberes de información y en los artículos 12, 13 y 14 y 13.7 y 8 que tipifican las transgresiones en el ámbito de seguridad y salud laboral. A su vez, toda esta ordenación legal cuenta con una serie de normas reglamentarias que con carácter general o con un alcance más sectorial, desarrollan y puntualizan aspectos concretos de las disposiciones de carácter legal. Entre los generales puede mencionarse, el artículo 22 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social[24], y el artículo 15 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales[25]. Y entre los sectoriales, el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción [26] que detalla las obligaciones que en este terreno corresponde a promotores, contratistas y subcontratistas de las obras de construcción.

Con todo, las lagunas normativas existentes no son pocas, pues si desde la perspectiva de la relación laboral individual nos encontramos con una regulación especialmente protectora del trabajador [27], desde la perspectiva colectiva las ausencias son muchas. Basta reflexionar por un momento en la primera y más directa consecuencia de las técnicas descentralizadoras: la «quiebra de la validez de las nociones de trabajador y empresario con las que se han venido tejiendo las normas del Derecho del Trabajo hasta el presente» [28], con todo lo que ello significa. Del lado

---

[24] BOE de 25 de enero.

[25] BOE del 31.

[26] BOE de 25 de octubre.

[27] Es decir, una «regulación en la que los trabajadores de las empresas auxiliares vean asegurado el cumplimiento de las obligaciones empresariales y reciban un tratamiento similar al de los trabajadores de la empresa principal», cfr. Martín Valverde, A.; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo* (14.ª ed.), Tecnos (Madrid, 2005), p. 228.

[28] Cfr. Rivero Lamas, J., citado por Valdés Dal-Ré, F.: «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo», en *RL,* núm. 20, 2001, p. 2.

empresarial, el crecimiento de las pequeñas empresas, compuestas en numerosas ocasiones por el empresario-trabajador y un reducido número de asalariados, pero también el redimensionamiento de las grandes y medianas, substituyendo a sus propios trabajadores a través de técnicas de descentralización, en especial, mediante la subcontratación y la conversión de asalariados en autónomos [29]. Y del lado laboral, los factores anteriores se dejan sentir, fundamentalmente, en la acción colectiva de los trabajadores. La reducción de plantillas y la dispersión geográfica y organizativa de las empresas, dificultan, sin lugar a dudas, la implantación de los sujetos que agregan los intereses colectivos de los trabajadores, a la vez que abren nuevos escenarios para la acción colectiva, de fronteras funcionales más difusas [30].

III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SUBCONTRATACIÓN EMPRESARIAL

1. Marco jurídico comunitario e interno

El régimen legal interno de la participación de los trabajadores afectados por un proceso de contratación o subcontratación entre empresas está limitado, en términos generales, a las previsiones contenidas en el artículo 42, 4 y 5 ET, así como en el artículo 64.1.1.º ET. Qué duda cabe que si se compara con la ordenación jurídica y el alcance de la participación laboral frente a cualquier otra decisión de gestión empresarial, en este caso, las disposiciones existentes se caracterizan por su parquedad y estrechez de criterios. No en vano los únicos instrumentos participativos que se reconocen a los representantes de los trabajadores en los supuestos de contratación, son derechos informativos. Y más aún si se tiene en cuenta que su reconocimiento y ordenación, una vez que su empresa haya concertado con otra un contrato de prestación de obras o servicios [31], esto es, los del artículo 42 ET sólo existen tras la reforma efectuada en su contenido *ex* Ley 12/2001, de 9 de julio [32].

---

[29] Como señala Mercader Uguina, J., se ha pasado «del empresario a la empresa que, a su vez, ha cambiado su modelo de organización para adaptarse a las condiciones impredecibles que marcan el rápido cambio económico y tecnológico», «Las nuevas formas de participación de los trabajadores…», *op. cit.,* p. 285.

[30] Con estos términos Valdés Dal-Ré, F., resume las consecuencias de la descentralización en las estructuras clásicas del Derecho del Trabajo, «Descentralización productiva…», *op. cit.,* pp. 8-9.

[31] Sobre las diferencias entre la información del artículo 64.1.1.º ET y la del artículo 42.4 ET, en las que se incidirá con posterioridad, véase Sempere Navarro, A. V.: «El artículo 42: una visión panorámica», en *DL,* núm. 68, 2003, p. 43.

[32] Que deroga el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad

La ausencia de una disposición comunitaria en la materia, al contrario de lo que sucede con otras decisiones sobre la organización productiva u ordenación laboral en la empresa, parece justificar tales carencias. En este sentido pueden mencionarse los derechos participativos de los trabajadores en las transmisiones empresariales —información y consulta—, regulados por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, y traspuestos al ordenamiento español, aunque tardíamente [33], a través del contenido del artículo 44 ET [34] y del artículo 64.1.5.º ET. Lo mismo sucede con los despidos colectivos. El Derecho comunitario reconoce a los representantes de los trabajadores que puedan resultar afectados por tal decisión extintiva, derechos de información y derechos de consulta. Y ello ya desde el año 1975, a través del contenido de la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, actualmente derogada por la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio [35]. Su transposición al ordenamiento español ha sido a través del artículo 51 ET [36]. Y del mismo modo en todas aquellas decisiones empresariales que pretendan la constitución de entidades o grupos de dimensión comunitaria [37], así como las que tengan por finalidad la creación de empresas de ámbito europeo. En todos estos supuestos que, sin lugar a dudas, afectan a la estructura y a la gestión productiva de una empresa, el Derecho comunitario también se ha preocupado de reconocer derechos participativos a los trabajadores, hasta el punto de que la constitución de una entidad de carácter europeo —sociedad anónima europea o sociedad cooperativa europea— no podrá concluirse sin acuerdo autónomo o heterónomo de implicación labo-

---

(BOE del 3). Una síntesis de las novedades introducidas en el artículo 42 ET por las reformas del 2001, en SALINAS MOLINA, F.: «Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora», en *RMTAS,* núm. 38, 2002, pp. 202-3.

[33] No se olvide que la Directiva 2001/23/CE, de 12 de junio, supuso la refundición de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, modificada posteriormente por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio.

[34] También con ocasión de las reformas operadas en su contenido por Ley 12/2001, de 9 de julio.

[35] Al igual que en las transmisiones empresariales, la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, codifica la Directiva 75/129/CE, modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio. La exigencia de «codificación» de la normativa comunitaria para su correcta aplicación y mejor comprensión es el resultado de la Declaración núm. 39 sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria anexa al Tratado de Ámsterdam.

[36] A su vez desarrollado por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (BOE de 20 de febrero).

[37] La regulación de la participación de los trabajadores en los grupos empresariales de dimensión comunitaria se contradice con lo que sucede con los de ámbito estatal, sobre los que subsiste el «más absoluto vacío normativo», por lo que cabe esperar que los avances producidos en el Derecho comunitario «se dejen sentir muy pronto en los ordenamientos nacionales en aras a garantizar los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas de estructura compleja», cfr. GALIANA MORENO, J. M. y GARCÍA ROMERO, B.: «La participación y representación…», *op. cit.,* p. 27.

ral [38]. Se trata, respectivamente, de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, y la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio. A día de hoy, tan sólo ha sido transpuesta la primera mediante la promulgación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria [39]. Los derechos de participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario se completan con los contenidos en el Directiva 89/391/CEE, de 21 de junio, transpuesta al ordenamiento jurídico interno *ex* LPRL.

Por lo pronto llama la atención que frente a este conjunto de disposiciones comunitarias reguladoras de mecanismos de participación de los trabajadores en la gestión de sus empresas, no exista una sola mención a su eventual intervención en las decisiones relativas a la contratación o subcontratación de parte de su actividad productiva, con lo que los derechos informativos que les reconoce el artículo 42 ET, parecen significar un auténtico avance en este ámbito.

No obstante, entre las directivas comunitarias sobre participación, resulta obligado hacer mención a otra que tampoco ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento [40]: la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Y su mención, de forma separada de las anteriores, responde a varios motivos que llevan a defender su aplicación en todos los procesos de contratación y subcontratación empresarial.

En primer lugar, y dejando de lado las que afectan a su dimensión transnacional, la que ahora se refiere completa el conjunto de disposiciones comunitarias reguladoras de la dimensión estatal de los derechos de información y consulta de los trabajadores [41]. Y no tanto por su aproba-

---

[38] Así se exige en el artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el estatuto de la sociedad anónima europea (DOCE de 10 de noviembre) y en el artículo 11 del Reglamento (CE) 1435/2003, de 22 de julio, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea (DOCE de 18 de agosto).

[39] BOE del 25.

[40] Su plazo de transposición ha concluido el 23 de marzo de 2005, sin que hasta el momento se hayan iniciado los trabajos tendentes a su transposición.

[41] La distinción entre directivas sobre participación de ámbito nacional y de ámbito transnacional, en ARRIGO, G.: «Il Diritto del lavoro…», *op. cit.,* p. 328 y ss. Tal sistematización ha sido seguida, casi unánimemente, por la doctrina italiana. Entre otros, RICCARDI, A.: «Informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese di dimensioni comunitarie», en *Diritto e Pratica del Lavoro,* núm. 20, 2002, p. 1331 ss., y MINERVINI, A.: «I diritti di informazione e consultazione tra ordinamento comunitario e ordinamento interno», en *Il Lavoro nella Giurusprudenza,* núm. 6, 2003, p. 523 y ss. Entre las de dimensión nacional se incluyen las Directivas 89/391/CEE, 98/59/CE y la 2001/23/CE. Y entre las de dimensión transnacional, hay que citar las Directivas 94/45/CE, 2001/86/CE y 2003/72/CE.

ción posterior en el tiempo, sino porque sus derechos participativos ya no quedan limitados a las decisiones de reestructuración empresarial o de gestión preventiva de los riesgos laborales, sino que alcanza a todas las que afecten a su «organización productiva, financiera y de personal de la entidad o grupo mercantil» [42]. Y por otro lado, porque su ejercicio se exige con carácter anterior en el tiempo a la adopción de determinada decisión. Como señala su exposición de considerandos la «información y la consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y de adaptación de las empresas a las nuevas condiciones introducidas por la globalización de la economía, en particular a través de nuevos métodos de organización del trabajo» [43]. En este orden de consideraciones, su artículo 4 establece las materias sobre las que versarán tal información y consulta y que se corresponden con las tres facetas mencionadas con anterioridad: producción y actividades de la empresa, estado del empleo y organización laboral y, por último, situación económica y financiera. Su propia terminología [44], así como la finalidad buscada con su aprobación, no parecen dejar lugar a muchas dudas. Una vez que se transponga, los trabajadores, a través de sus representantes, también tendrán derecho a ser informados y consultados sobre las contratas y subcontratas que pretenda celebrar su empresario. Como se comprobará a continuación, el cambio introducido por la Directiva 2002/14/CE es más que considerable. No obstante, la pasividad del legislador español a la hora de proceder a su transposición, hace que las perspectivas no sean muy halagüeñas.

2. La insuficiencia de la información en orden a la participación

Así las cosas, el análisis del régimen jurídico de la participación en la subcontratación se ciñe al contenido de los artículos 42.4 y 5 y 64.1.1.º ET. Se excluyen los derechos informativos del artículo 42.3 ET, toda vez que sus destinatarios son los trabajadores individualmente considerados y por lo tanto queda ajeno al sentido y significado de la participación laboral en el gobierno de la empresa. Como es lógico y habida

---

[42] Cfr. Fernández Docampo, B.: «La participación de los trabajadores…», *op. cit.,* p. 128. Sobre la amplitud de contenidos de la Directiva 2002/14/CE, véase su exposición de considerandos, especialmente los números 8 y 9.

[43] Cfr. Considerando número 9.

[44] El artículo 4.2 de la Directiva 2002/14/CE exige a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, el cumplimiento de la información y la consulta sobre «la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica» (…) «sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo» (…) «sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo».

cuenta de la abundante doctrina existente al respecto, no vamos a entrar en la multitud de cuestiones que suscita el contenido de ambos preceptos, tales como el alcance del término subcontratación, el significado de la «propia actividad», los sujetos obligados y los destinatarios, las consecuencias jurídicas del incumplimiento, etc. [45] Ni tampoco al acierto o desacierto del legislador del 2001 al añadir al lado del contenido tradicional del artículo 42 ET —el contrato de trabajo implicado en el negocio de contrata o subcontrata—, previsiones de derecho colectivo [46]. Tan sólo vamos a centrarnos en el mecanismo participativo regulado —el derecho de información— y su finalidad en orden a posibilitar a los trabajadores su intervención en la adopción de la decisión empresarial de contratar o subcontratar parte de su actividad o, lo que es lo mismo, en la organización productiva en su empresa. Por supuesto, en el reverso de tal derecho se sitúa el deber empresarial de suministrar dicha información y que corresponderá, según los casos, al empresario principal, al contratista y al subcontratista.

De entrada es necesario distinguir la información periódica que debe ofrecer el empresario a los representantes legales de sus trabajadores acerca de las «previsiones en materia de subcontratación» [47], esto es, la del artículo 64.1.1.º ET [48], de la contenida en el artículo 42.4 y 5 ET y que habrá de evacuarse con los mismos representantes legales «cuando se haya celebrado cada contrato de prestación de obras o servicios» [49]. Si bien, frente a la imprecisión del primero, el artículo 42.4 y 5 fija detalladamente el contenido informativo y que versará sobre los siguientes extremos: identificación de la empresa principal, contratista o subcontratista, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución, número de trabajadores de las empresas auxiliares que serán ocupados en el centro de trabajo de la principal y medidas previstas sobre la

---

[45] Además de los mencionados a lo largo de esta comunicación, también pueden consultarse los siguientes trabajos monográficos: AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo* (X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), MTAS (Madrid, 2000), y AA.VV.: *Descentralización productiva y relaciones laborales* (dir. DEL REY GUANTER, S.), Lex Nova (Madrid, 2001).

[46] Sobre esta cuestión, véase la opinión de GARCÍA MURCIA, J.: «La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio», en *DL,* núm. 68, 2003, pp. 145-6.

[47] Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El artículo 42 ET: una visión panorámica», en *DL,* núm. 68, 2003, p. 43.

[48] Sobre su contenido y ejercicio, ampliamente ALBIOL MONTESINOS, I.: «Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo..., op. cit.,* p. 322 y ss.

[49] Cfr. SEMPERE NAVARRO, A. V.: «El artículo 42 ET…», *op. cit.,* p. 43. Con esta interpretación parecen darse por concluidas las discrepancias doctrinales existentes antes de las reformas introducidas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, sobre el momento de la información. Una completa exposición de las distintas corrientes doctrinales en SORIANO CORTÉS, D.: «El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación», en *TL,* núm. 56, 2000, pp. 127-9.

coordinación de actividades para la prevención de los riesgos laborales. En suma, nos encontramos con dos preceptos que aluden al mismo deber empresarial, la información en los supuestos de contratación y subcontratación, pero exigibles en dos momentos diferentes del proceso de adopción de dicha decisión. La del artículo 64 ET, con carácter previo, pues de lo contrario no tendría sentido su periodicidad que, como mínimo, será trimestral. Y la del artículo 42.4 y 5, que se proporcionará una vez celebrada la contrata o subcontrata y antes del inicio de su ejecución. Pues aunque esto último sólo se prevea expresamente para las empresas auxiliares [50], sería lo lógico su extensión a las empresas principales de la contrata [51].

En este orden de consideraciones y habida cuenta de la falta en el ET de cualquier otro precepto sobre información en la subcontratación, corresponde ahora su determinación como instrumento al servicio de los trabajadores para intervenir en la adopción de tal decisión empresarial. Y desde luego la conclusión que se extrae no puede ser otra: la ausencia de derechos participativos de los trabajadores, en cuanto a su posibilidad de influir en el gobierno de la empresa. Y son varias las razones que pueden argüirse al respecto.

La primera, la ausencia de derechos de consulta al lado de los de información. Como se ha mantenido por la doctrina, la información contenida en las directivas sobre despidos colectivos y transmisiones empresariales, se concibe como un medio instrumental para el posterior ejercicio de las consultas [52]. La aprobación del resto de disposiciones comunitarias sobre participación, confirman el citado carácter. Basta comprobar la definición del derecho de información que ofrecen las Directivas 2001/86/CE y 2003/72/CE: transmisión de datos «en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta (…)» [53]. Y con los mismos términos, la Directiva 2002/14/CE [54]. En definitiva, en todas estas normas, la información y la posterior consulta empresarial a los representantes de sus

---

[50] Véase artículo 42.5 ET.

[51] Así se deduce del mismo artículo 42.4, apartado d) ET cuando prevé la información sobre el número de trabajadores «que serán ocupados por la contrata o subcontrata».

[52] Sobre la Directiva 98/59/CE, Roqueta Buj, R.: «Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio», en *AL,* núm. 47, 2000, p. 774, y Garofalo, M. G. y Chieco, P.: «Licenziamenti colletivi e Diritto europeo», en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali,* núm. 89, 2001, p. 83. Y sobre la Directiva 2001/23/CE, Valdés Dal-Ré, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», en *RL,* tomo I, 2002, p. 697.

[53] Cfr. artículo 2, apartado i), Directiva 2001/86/CE, y artículo 2, apartado i), Directiva 2003/72/CE.

[54] Véase artículo 4.3 de la Directiva 2002/14/CE.

trabajadores, constituyen los primeros instrumentos puestos a su servicio para que puedan influir en las decisiones de gestión empresarial. Se trata de las denominadas «fórmulas débiles» de participación que junto con la «participación fuerte» en sentido estricto, esto es, la ofrecida por las Directivas 2001/86/CE y 2003/72/CE [55], conforman el contenido de un nuevo concepto del Derecho social comunitario: la implicación de los trabajadores en el gobierno de la empresa [56].

Y la segunda de las razones a las que se aludía con anterioridad, discurre por la óptica de la finalidad perseguida con la información contenida en los artículos 64.1.1.º y 42.4 y 5 ET. La del artículo 64.1.1.º ET se equipara con la de las otras materias sobre las que también el empresario debe proporcionar información a los representantes de sus trabajadores. Y ello en dos sentidos fundamentales: porque la descentralización de la producción puede reducir el volumen de empleo de la empresa principal, a la vez que aumentar el de las auxiliares y además, porque una información sobre las previsiones de subcontratación previene eventuales fraudes laborales, de Seguridad Social y en el empleo, al tiempo que facilita a los representantes el ejercicio de las funciones de vigilancia y control que les otorga el artículo 64.1.9.º ET [57]. Algo parecido sucede con la información del artículo 42.4 y 5 ET. También en este caso, su contenido tiende a facilitar un «buen conocimiento» de la situación laboral de los trabajadores afectados por una contratación interempresarial, para permitir la «labor de vigilancia, supervisión y control que corresponde con carácter general a los representantes de los trabajadores y en fin para una mayor transparencia del mercado de trabajo» [58].

Desde luego, que ninguna de las finalidades referidas se identifica con una eventual intervención de los trabajadores a través de sus representantes en el proceso de adopción de la decisión empresarial de contratar o subcontratar parte de su actividad. Ni siquiera la información periódica del artículo 64.1.1.º ET, pues la falta de consulta posterior impide cualquier intercambio de opiniones y discusión mínima entre las partes. Sólo existe una salvedad, que es la información que debe ofrecer el empresario, tanto el principal como el auxiliar de una contrata, sobre las medidas previstas para la coordinación de actividades empresaria-

---

[55] Véase artículo 2, apartado k), Directiva 2001/86/CE, y artículo 2, apartado k), Directiva 2003/72/CE.

[56] Sobre todas estas cuestiones, Fernández Docampo, B.: «La participación de los trabajadores…», *op. cit.,* pp. 113-5.

[57] Así sintetiza, Albiol Montesinos, I., la finalidad de la información empresarial a los representantes de los trabajadores en el ámbito de la subcontratación, «Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas», en AA.VV., *Descentralización productiva y protección del trabajo..., op. cit.,* pp. 328-9.

[58] Cfr. García Murcia, J.: «Contratas y subcontratas…», *op. cit.,* p. 36.

les [59]. Información que, como se ha comprobado, se proporcionará una vez celebrada la contratación y antes de su ejecución. Su anticipación en el tiempo a la ejecución de la contrata, cobra su más amplio sentido en materia preventiva, pues la planificación de las medidas de seguridad, entre las que se incluyen las de coordinación en las situaciones de pluralidad empresarial, es previa a la iniciación de la actividad laboral [60]. Una vez vertida tal información, se inicia todo el procedimiento que permite a los trabajadores participar en la gestión preventiva de los riesgos laborales en sus empresas, pues en este caso la información sí va acompañada de la posterior consulta. De hecho el propio artículo 15 del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, se remite expresamente al contenido de los artículos 42.4 y 5 y 64.1.1.º ET con el fin de permitir a los trabajadores implicados en una contratación interempresarial el ejercicio de sus derechos de participación en materia preventiva [61].

A falta de transposición de la Directiva 2002/14/CE, la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales sobre contratación o subcontratación productiva sólo puede venir facilitada por la negociación colectiva, pero tampoco en este ámbito los logros son importantes. Al contrario, en la mayoría de los convenios que ordenan esta materia, sus disposiciones se limitan a reiterar y a remitirse al contenido del mismo artículo 42 ET [62].

---

[59] Véase artículo 42.4, apartado e), ET y la remisión del artículo 42.5 ET.

[60] Sobre la planificación y coordinación de actividades empresariales preventivas, véase artículos 16 y 24 de la Ley 31/1995.

[61] En general, Moreno Cáliz, S.: «La participación de los trabajadores: los derechos de información y consulta. La representación de los trabajadores para la prevención de riesgos», en AA.VV., *Manual de prevención de riesgos laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo),* Atelier (Barcelona, 2002), p. 351 y ss.

[62] Véase Convenio Colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE del 11 de agosto de 2004), Convenio Colectivo General de la industria química (BOE de 6 de agosto de 2004), Convenio Colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE de 12 de agosto de 2003) y Convenio Colectivo general del sector de la construcción 2002-2006 (BOE de 10 de agosto de 2002).

Comunicación a la Ponencia Temática II

CONTROL DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS EMPRESARIALES: PARTICIPACIÓN EN LOS ESTADIOS PREPROCESALES Y EN EL PROCESO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES TRAS LA IMPOSICIÓN DEL CASTIGO AL TRABAJADOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Catedrático EU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. EXPEDIENTE DISCIPLINARIO Y CONTRADICTORIO.—3. AUDIENCIA SINDICAL.—4. LEGITIMACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN PROCESO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES. 4.1. Trabajadores no afiliados y asunción de la propia defensa. 4.2. Trabajadores afiliados. 4.3. Sindicatos.

1. INTRODUCCIÓN

Derechos fundamentales y libertades públicas se encuentran permanentemente expuestos a sufrir vulneraciones en la práctica totalidad de ramas de la actividad humana. La actualidad enmarca continuamente estas garantías en distintas y muy variadas polémicas que abarcan aspectos tanto sociales como jurídicos. La línea divisoria entre el comienzo de los derechos de una persona y el fin de los de otra resulta, en muchas ocasiones, difícil de apreciar pero casi siempre muy fácil de atravesar. En el marco de las relaciones laborales este problema se agudiza aún más, si cabe, por el choque que tiene lugar entre los poderes del empresario y los derechos del trabajador[1]. La posición de subordinación en que se encuentra éste hace que esos derechos corran, potencialmente, un mayor riesgo de vulneración que en cualquier otra relación *inter privados*[2]. El poder

---

[1] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Principio de igualdad, autonomía contractual y poderes empresariales», en *RL*, núm. 17, 1991, p. 6. «El deber de respetar la libertad y la dignidad humana del trabajador constituye un vínculo específico al desarrollo de la actividad empresarial y hace ilegítimo el uso de las prerrogativas y de los poderes empresariales de forma que dañe la igualdad y por ello la dignidad del trabajador». FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: «El derecho a la propia imagen del trabajador frente a los poderes empresariales: sus garantías procesales», en *Locus Appellationis*, núm. 35, 2000, p. 6.

[2] «Los derechos fundamentales del trabajador, *uti cives,* se han abierto paso y han entrado en las fábricas… [y se contempla] la visión del poder empresarial como amenaza latente de especiales y mayores riesgos de conculcación o lesividad [además de] la necesidad de una mínima coherencia en el tratamiento jurídico que recibe el trabajador fuera y que debe recibir dentro de la empresa» [MOLINA NAVARRETE, C. y OLARTE ENCABO, S.: «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *RL*, núm. 17, 1999, pp. 17-18]. De tal forma, dentro de la dimensión jurídico-social de los vínculos de trabajo, «las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza» [SSTCo 120/1983, de 15 de diciembre, y 88/1985, de 19 de julio]. En virtud de tal la Norma Fundamental ha dado «carta de naturaleza a los derechos de los trabajadores en el ámbito de la relación contractual», ROJO TORRECILLA, E.: «La influencia de la doctrina del Tribunal Constitucio-

privado, y más en el seno de una prestación de servicios, constituye una amenaza real para los derechos del trabajador, y no por considerar al empresario intrínseca u ontológicamente insidioso y perverso, sino por el hecho de que la lógica empresarial actúa *naturaliter*, como freno a la libre actuación de aquéllos [3].

En este sentido, el desempeño de actividades de representación unitaria o sindical de los trabajadores en la unidad productiva es campo abonado para la aparición de situaciones de conflicto entre el empresario y el representante e incluso con los propios representados [4], razón por la cual el artículo 68 ET (en perfecta sintonía con el Convenio 135 OIT [5]) establece, «con el carácter de mínimos» [6], una serie de garantías [7] orientadas tanto a preservar el desarrollo de sus funciones, como a evitar que por ello sufra represalias del empresario [8], entre las cuales cabe des-

---

nal en el Derecho del Trabajo», en AA.VV.: *Homenaje a Juan García Abellán*, Murcia (Universidad), 1994, p. 384.

[3] Valdés Dal-Ré, F.: «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa* (Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., Dirs.), Madrid (Trotta), 1992, p. 27, o Nevado Fernández, M.ª J.: *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 14.

[4] «El miembro de comité ocupa una posición delicada; el ejercicio de sus funciones puede enfrentarle con sus compañeros electores, con el empresario y con el sindicato...; de ahí que la ley le proteja frente a unos y otros, protegiendo de paso la institución que encarna y los intereses que a través de ella actúan», Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed., Madrid (Civitas), 2002, p. 218.

[5] «Los preceptos que establecen esas garantías han de ser interpretados a la luz de los Convenios 98 y 135 de la OIT y de la Recomendación 143 de esa misma Organización, y que las mismas están enlazadas con el derecho de libertad sindical... Y ese derecho comprende no sólo el de organizarse sindicalmente..., sino también el de ejercer aquellas actividades que permiten la defensa y promoción de los propios trabajadores, de lo que se sigue que para el eficaz ejercicio de sus funciones, los representantes sindicales han de disfrutar de una serie de garantías y facilidades que en algún modo se incorporan al contenido esencial del derecho de libertad sindical», STCo 143/1985, de 24 de octubre, y STS de 15 de mayo de 1990 (Ar. 4331).

[6] Aguilera Izquierdo, R.: *El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario*, Madrid (Tecnos), 1996, p. 9.

[7] Un análisis histórico de las mismas en Tudela Cambronero, G.: «Origen de las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa» (I y II), en *RT*, núms. 85 y 86, 1987, pp. 37 y ss. y 61 y ss., respectivamente. Amplia jurisprudencia respecto al artículo 68 ET en Agut García, C.; Ballester Pastor, I.; Vicente Palacio, A. y Yanini Baeza, J.: «Jurisprudencia sobre las garantías de los representantes legales de los trabajadores (art. 68 ET, apartados a, b, c y d)», en *TS*, núm. 51, 1995, pp. 51 y ss.

[8] El objeto de estas garantías viene constituido por «la salvaguarda de estos trabajadores contra cualquier posible injerencia abusiva del empresario que implique una actitud discriminatoria o de represalia con respecto a ellos por cuestión de su cargo representativo o, en cualquier caso, impedirles u obstaculizarles el buen desempeño del mismo» [Molero Manglano, C.: *La representación laboral en la empresa*, Madrid (ICAI), 1987, p. 176]. Es decir, tanto «salvaguardar la independencia de actuación del representante», como «protegerle especialmente frente a determinadas situaciones o actuaciones» y «facilitarle

tacar, en lo que aquí interesa, la obligación de apertura de un expediente contradictorio en caso de sanción. Al margen de esta cuestión, los trabajadores sindicados gozarán de la prerrogativa de audiencia sindical previa a la sanción, pudiendo actuar además el sindicato representando ante los tribunales a sus afiliados en los procesos especiales de impugnación de sanciones.

2. EXPEDIENTE DISCIPLINARIO Y CONTRADICTORIO

De acuerdo con el tenor del artículo 68.a) ET, ante faltas graves o muy graves, los miembros del comité de empresa y los delegados de personal [9], como representantes legales de los trabajadores, disfrutarán —teniendo siempre en cuenta, por supuesto, las disposiciones al respecto establecidas en convenio colectivo [10]— de la garantía de apertura de expediente contradictorio, en el cual deberán ser oídos, aparte del interesado, el resto de representantes.

El ordenamiento brinda así al representante «la oportunidad de mantener su opinión al respecto y de alegar lo que a su derecho con-

---

el cumplimiento de sus funciones», ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios y jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid (Civitas), 1995, p. 336, o GARCÍA MURCIA, J.: «Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia», en *REDT*, núm. 15, 1983, p. 442.

Sometidos los delegados sindicales a idéntico riesgo [MONTOYA MELGAR, A.: *La representación sindical en la empresa*, Sevilla (Universidad de Sevilla/Instituto García Oviedo), 1968, pp. 86-87, o DURÁN LÓPEZ, F.: *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, Bolonia (Real Colegio de España), 1976, p. 264.], el artículo 10.3 LOLS las extiende expresamente a quienes «no formen parte del comité de empresa», imponiendo así «la paridad de trato» [ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (Empresa y Administración Pública)*, Madrid (Civitas), 1991, p. 165, o ALBIOL MONTESINOS, I.: «La acción sindical en la empresa», en *TS*, núm. 27, 1993, p. 13, y *El sindicato en la empresa*, Bilbao (Deusto), 1990, p. 158]. En cualquier caso, las garantías que se otorgan a los representantes no constituyen «un privilegio de índole personal desconectado de la función colectiva, sino que, por el contrario, se hallan íntima e inseparablemente unidas a la misma, en mérito a la que, de modo exclusivo, se conceden», STS de 18 de julio de 1989 (Ar. 5869).

[9] No cabe olvidar que esta garantía se extendió legalmente, a través de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y la de Prevención de Riesgos Laborales, a la representación sindical y a los delegados de prevención, realizando, incluso, el artículo 115.2 LPL una expresa mención a los primeros. Al respecto, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «La impugnación de sanciones en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», en *RTSS*, núm. 4, 1991, p. 108.

[10] La Ley, por tanto, «hace del expediente contradictorio una garantía selectiva, pues sólo vincula al empresario cuando la sanción vaya dirigida a un trabajador que disfrute de la condición de representante en la empresa. No obstante, la negociación colectiva puede ampliar el ámbito subjetivo del expediente a los restantes trabajadores de la misma», FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Proceso de impugnación de sanciones*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, p. 32.

venga, antes de que la empresa ponga en práctica su decisión de imponerle una sanción disciplinaria» [11]. Constituye, por tanto, un refuerzo [12], una «protección indirecta» [13] para aquél y no se trata sólo de «cumplir un requisito meramente formal, sino de dar real audiencia al interesado» [14].

Aun cuando se trata de una figura con una relativa tradición normativa y amplio tratamiento doctrinal y jurisprudencial, el ordenamiento jurídico-laboral patrio carece de una definición legal para el expediente contradictorio [15]. En cualquier caso, no equivale a «un antejuicio o trámite procesal previo en el que deban ser aplicables las normas reguladoras de las actuaciones judiciales» [16]. Las reglas procedimentales que preceden a la imposición de la sanción en su aplicación práctica dentro de la empresa pueden asumir aspectos muy diversos y ser «puestas al servicio de fines muy distintos» [17], por lo que el expediente contradictorio no desempeña una «función unívoca claramente identificable» [18].

El ámbito objetivo de aplicación del citado precepto abarca no sólo las extinciones derivadas del despido disciplinario [19], sino que «la necesidad de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, es extensible a supuestos... en que lo alegado no es propiamente causa disciplinaria, pero que conlleva en definitiva la

---

[11] Salvaguarda no sólo la situación del representante, también la del candidato, STCo 38/1981, de 23 de noviembre.

[12] Tal ocurre, por ejemplo, en el supuesto de que la sanción del representante se conecte con el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión e información, STCo 38/1981, de 23 de noviembre, o SÁEZ LARA, C.: «Representantes del personal y acción colectiva en la empresa», en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dir. y Coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2002, p. 913.

[13] Quien hace referencia a una «clásica garantía formal», CUEVAS LÓPEZ, J.: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Pamplona (Aranzadi), 1982, pp. 213-214.

[14] IGLESIAS CABERO, M.: *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, Madrid (Colex), 1996, pp. 118-119.

[15] A diferencia de otros procedimientos previos a una sanción arbitrados por el ordenamiento jurídico español, como el caso de la instrucción penal, TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, 2.ª ed., Madrid (Tecnos), 1991, p. 86.

[16] Por todas, STS de 16 de octubre de 1989 (Ar. 7273).

[17] En relación con esta cuestión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Madrid (Civitas), 1991, p. 327 y ss.

[18] LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J.: *El expediente disciplinario laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1999, p. 40.

[19] Sobre las garantías en caso de despido objetivo, brillante análisis en JUNCO CACHERO, M. (DEL): «Despido objetivo: algunas garantías de los representantes de los trabajadores», en *TL*, núm. 63, 2002, p. 183 y ss.

misma consecuencia extintiva, pues bastaría si no burlar dicha garantía la alegación de motivo distinto de los tasados a efectos disciplinarios para poder evitar el precepto mencionado y la especial protección que al representante... se le atribuye» [20].

El precepto analizado, amén de escueto, resulta carente [21] del contenido imprescindible, habida cuenta faltan «unas reglas mínimas que regulen la tramitación de estos expedientes contradictorios» [22], originando verdaderas lagunas legales en torno a la necesidad o no de abrir dos expedientes cuando el representante lo es a la vez unitario y sindical [23], al plazo para efectuar la audiencia [24], al de finalización del expediente [25], a la necesidad o no de abrir un período probatorio [26], de designar instruc-

---

[20] Miranzo Díez, J. J. y Molinero Ferrer, J.: «Expediente contradictorio y derecho de opción en el despido de representantes de los trabajadores», en *RDS*, núm. 9, 2000, p. 164, y Aparicio Tovar, J.: «Despidos de representante legal o sindical y afiliado al sindicato», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar*, Madrid (Universidad Complutense), 1996, p. 293 y ss.

«Dicha garantía es independiente de cuál sea la causa determinante del despido, es decir, al margen de que se encuentre o no conectada con el ejercicio de cargo representativo, pues... se trata de una garantía formal que no de contenido», SSTS de 1 de febrero de 1988 (Ar. 537) y 18 de febrero de 1997 (Ar. 1448).

Contra, SSTSJ de Cantabria de 10 de mayo de 1995 (Ar. 1877), y Cataluña de 23 de mayo de 1995 (Ar. 5897), según las cuales el expediente no es exigible respecto a despidos no disciplinarios ni asimilables.

[21] Norma que ha sido calificada como «parca, confusa y un tanto contradictoria», Tudela Cambronero, G.: «Las garantías de los representantes de los trabajadores», en *TS*, núm. 51, 1995, p. 14.

[22] «No es absolutamente imprescindible el nombramiento de instructor y secretario ni la apertura de un período concreto de prueba, pues no se trata de tramitar un juicio paralelo al judicial y previo a éste, regido por las mismas normas procesales... No hay tampoco un plazo legalmente previsto para cada trámite del expediente, ni para proponer y practicar pruebas, por lo que este dato habrá de ser fijado en función de la gravedad de la falta y, sobre todo, de la complejidad de los hechos y de los cargos imputados, porque no entraña la misma dificultad la valoración de una falta de asistencia al trabajo que la acusación de fraude o deslealtad por desvío de activos de una entidad bancaria o supuestos de semejante naturaleza», Iglesias Cabero, M.: *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, cit., p. 119.

[23] Afirmando la exigencia de un único expediente, STS de 17 de octubre de 1989 (Ar. 7283).

[24] El plazo para emitir informe debe ser adecuado, la jurisprudencia ha determinado, por ejemplo 48 horas (STS de 4 de noviembre de 1985, Ar. 5714).

[25] El plazo va a depender de la complejidad del asunto [STS de 27 de octubre de 1986 (Ar. 5909)]. Ha sido habitual establecer un plazo de quince días [STS de 4 de noviembre de 1985 (Ar. 5714) o STSJ de Galicia de 19 de agosto de 1991 (Ar. 4812)] naturales [STS de 18 de abril de 1991 (Ar. 3375)]. También podrá venir determinado en convenio colectivo, o, en su defecto, establecerlo el empresario, siempre y cuando quede garantizado el derecho del trabajador a formular sus alegaciones [STS de 9 de abril de 1990 (Ar. 3427)]. Respecto a la fecha de su fin, STS de 30 de octubre de 1990 (Ar. 7724).

[26] Que no es requisito esencial, SSTS de 16 de noviembre de 1987 (Ar. 7981), 23 de enero de 1990 (Ar. 198) y 22 de enero de 1991 (Ar. 69).

tor y secretario para la validez del acto [27] o de emitir informe los representantes [28], a la interrupción de la prescripción de la falta como consecuencia inmediata de la incoación del expediente [29] (situando el *dies a quo* en la fecha de terminación de éste) o a la necesidad de comunicar la apertura del expediente a cada uno de los delegados de personal [30], pero sólo al presidente del comité de empresa (quien lo someterá al «pleno») de ser éste el instrumento de representación [31].

En todo caso, el silencio legal respecto a tan importantes extremos no impide «considerar exigibles, como requisitos necesarios para que la defensa y contradicción no queden vulneradas», la comunicación de su apertura [32], la especificación de todos los datos de hecho con el máximo rigor, preceptos presuntamente infringidos, gravedad de la falta, sanción propuesta y fecha de efectos de la sanción [33]. Únicamente de tal forma será posible garantizar con eficacia el derecho de audiencia [34], garantía de aplicación también a los representantes electos antes de tomar pose-

---

[27] Innecesario, tal y como declaran —entre otras muchas— las SSTS de 20 de diciembre de 1984 (Ar. 6463), 26 de noviembre de 1985 (Ar. 5859), 18 de octubre de 1986 (Ar. 5845) y 3 de octubre de 1989 (Ar. 7102), en opción jurisprudencial no compartida por quienes consideran requisito imprescindible el nombramiento de tales sujetos. En este último sentido, TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid (Tecnos), 1988, p. 89, y «Los expedientes disciplinarios como garantía de los representantes de los trabajadores», en AA.VV.: *Estudios sobre el despido disciplinario*, cit., pp. 465-466; MARÍN LÓPEZ, J. J.: «La posible incidencia de los derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución en el expediente contradictorio del artículo 68.1.a) LET», en *RT*, núm. 98, 1990, p. 71, y GARCÍA MURCIA, J.: «Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia», cit., p. 453; de forma más matizada, DEL VALLE, J. M.: «El expediente contradictorio previo a la imposición de sanciones a los representantes de los trabajadores en la empresa», en *DL*, núm. 32, 1990, p. 62.

[28] No faltan pronunciamientos para los cuales la obligación en realidad no existe, STS de 22 de enero de 1983 (Ar. 114).

[29] SSTS de 15 de noviembre de 1986 (Ar. 6348), 30 de octubre de 1989 (Ar. 7460), 9 de abril de 1990 (Ar. 3427) y 25 de enero de 1996 (Ar. 199), o STSJ de Madrid de 3 de abril de 2001 (Ar. 2331). En la doctrina, por todos, GALIANA MORENO, J. M.ª: «Artículo 68. Garantías», en MONTOYA MELGAR, A. y cols.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona (Aranzadi), 1997, p. 362, o CARRATALÁ TERUEL, J. L.: «Representación unitaria de los trabajadores: el expediente contradictorio en supuestos de sanción grave y muy grave», en *TS*, núm. 1, 1991, p. 32.

En contra, TUDELA CAMBRONERO, G.: «Las garantías de los representantes de los trabajadores», cit., p. 18, o GARCÍA MURCIA, J.: «Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia», cit., pp. 454-455.

[30] SSTS de 28 de febrero de 1989 (Ar. 959), 25 de enero y 9 de febrero de 1990 (Ar. 213 y 601) o STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de abril de 1993 (Ar. 2110).

[31] SSTS de 25 de enero y 23 de mayo de 1990 (Ar. 213 y 4494).

[32] STS de 30 de abril de 1991 (Ar. 3398).

[33] MOLERO MANGLANO, C.: *La representación laboral en la empresa*, cit., p. 169.

[34] SSTS de 23 de noviembre de 1985 (Ar. 5841) y 26 de noviembre de 1990 (Ar. 8604).

sión y a los candidatos proclamados para la elección en tanto subsista el proceso [35], con cuya finalización desaparece también tal prerrogativa en caso de no salir elegidos [36].

Las consecuencias derivadas de la falta de apertura de expediente contradictorio fuerzan a distinguir entre las distintas variantes en atención a la sanción, debiendo concluir en la nulidad de cualquiera de ellas, excepción hecha del supuesto de despido, que será calificado como improcedente [37] por aplicación del artículo 55.4 ET [38], aun cuando no han faltado voces que afirman la nulidad de la sanción [39] atendiendo a la incidencia que la falta de expediente tiene sobre el derecho constitucional a la libertad sindical [40].

Por su parte, los efectos del cumplimiento irregular de tal trámite dependerán del alcance de la citada transgresión, pues «lo esencial es que se mantenga el principio de defensión, como en todo juicio», de tal forma que «la gravedad suele considerarse bajo criterios materiales, esto es, la mayor o menor indefensión provocada» [41]. En todo caso, debe considerarse como nula la sanción cuando el expediente es realizado de forma irregular, por no dar audiencia a los trabajadores o por no practicar las pruebas propuestas [42].

---

[35] STS de 15 de marzo de 1993 (Ar. 1860).

[36] STS de 18 de febrero de 1997 (Ar. 1448).

[37] «La violación por la empresa de esa garantía no produce la nulidad de la decisión extintiva, sino su improcedencia con los efectos especiales previstos en el artículo 56.4 ET», STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001 (Ar. 4598). En el mismo sentido, SSTS de 19 de junio de 1989 (Ar. 4810), 5 de noviembre de 1990 (Ar. 8547) y 15 de marzo de 1993 (Ar. 1860); SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 12 de febrero de 1996 (Ar. 435) y La Rioja de 15 de octubre de 2002 (Ar. 3243).

Igualmente, Iglesias Cabero, M.: *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, cit., p. 121.

[38] Galiana Moreno, J. M.ª: *Artículo 68. Garantías,* cit., p. 362, y González Marín, A.: *Representación y acción sindical de los trabajadores en las empresas*, cit., p. 167.

[39] En la jurisprudencia, por todas, SSTS de 2 y 15 de marzo de 1983 (Ar. 1100 y 1159).

[40] Su omisión compromete y afecta de forma directa a la representación misma en cuanto se le priva de la facultad de control que ostenta respecto a las decisiones empresariales que tengan los destinatarios de dichas representaciones. Miranzo Díez, J. J. y Molinero Ferrer, J.: *Expediente contradictorio y derecho de opción en el despido de representantes de los trabajadores,* cit., p. 164. En este sentido, Molero Manglano, C.: *La representación laboral en la empresa*, cit., p. 170; Tudela Cambronero, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores,* cit., p. 21; Aparicio Tovar, J.: *Despidos de representante legal o sindical y afiliado al sindicato,* cit., p. 300, o Molina Navarrete, C.: «"Formalismo" jurídico, "democracia" en la empresa y tutela de la persona: la nueva configuración legal del despido disciplinario sin forma», en *REDT*, núm. 70, 1995, pp. 218 y ss.

[41] Molero Manglano, C.: *La representación laboral en la empresa*, cit., p. 170.

[42] Fernández-Costales Muñiz, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Oviedo (CES Principado de Asturias), 2005, p. 146.

En definitiva, el lícito ejercicio del poder disciplinario aparece condicionado en ciertos momentos, por tanto, al cumplimiento de una serie de trámites formales, resultando el expediente contradictorio el más elaborado y complejo de todos, cuya instrucción «significa que debe hacerse saber a quien se pretende sancionar con claridad los hechos y las faltas que se le imputan, dándole audiencia y otorgando la posibilidad de desvirtuarlos en el mismo expediente, sin que el dato de poder defenderse a posteriori en el proceso laboral excuse de la necesidad de que en aquél deben existir garantías mínimas para el interesado» [43].

La delimitación precisa de los términos de la infracción imputada y las circunstancias concurrentes en ella constituyen, casi siempre, uno de los principales objetivos de la instrucción de este expediente, habida cuenta con tal actuación parece garantizarse un mayor acierto en la decisión definitiva de la empresa, siendo también, en consecuencia, un procedimiento de gran utilidad para ésta, pues le puede aportar datos fundamentales para la verificación del incumplimiento que se pretende castigar y su consiguiente atribución de responsabilidades, «superando con creces el conocimiento inicial del titular de la potestad disciplinaria» [44], pues éste únicamente tendrá una noción plena y cabal cuando finalice el trámite [45].

La relativa flexibilización de los modelos jerárquicos clásicos de la unidad productiva ha hecho posible la ampliación de las facultades participativas del trabajador en la tramitación del expediente previo a la (casi segura) sanción, incrementándose tanto sus posibilidades de defensa como la introducción en este proceso de elementos e intereses ajenos a los exclusivamente empresariales y limitando a un tiempo la discrecionalidad sancionadora del empleador. La participación mínima prevista para el operario en el expediente no corresponde con el sentido restrictivo de la audiencia a la cual se refiere el artículo 68 ET [46]. El elemento de contradicción en la instrucción del expediente implicará el conoci-

---

«Además, la omisión del trámite de audiencia a los representantes de los trabajadores, independientemente de la nulidad de la sanción, acarreará una sanción administrativa por infracción grave ex artículo 7.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social». Del Valle Muñoz, F. A.: «La modalidad procesal de impugnación de sanciones», en *RTSS* (CEF), núm. 236, 2002, p. 54.

[43] STS de 30 de septiembre de 1982 (Ar. 5320).

[44] López Álvarez, M.ª J.: *El expediente disciplinario laboral*, cit., p. 41.

[45] SSTS de 16 de junio de 1983 (Ar. 3019), 18 de diciembre de 1984 (Ar. 6407), 6 de octubre de 1986 (Ar. 5390) o 25 de mayo de 1987 (Ar. 3867).

[46] En este sentido, SSTS de 30 de septiembre de 1982 (Ar. 5320), 13 de mayo de 1988 (Ar. 4980) o STSJ de Andalucía/Málaga de 2 de abril de 1992 (Ar. 2203).

En la doctrina científica, Tudela Cambronero, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Madrid (Tecnos), 1998, p. 87, o López Álvarez, M.ª J.: *El expediente disciplinario laboral*, cit., p. 39.

miento por parte de aquél de los cargos que le son imputados, la posibilidad de efectuar las alegaciones y descargos que estime oportunos y, en ocasiones, incluso la posibilidad de proponer y practicar pruebas que le permitan argumentar y defender en mejores condiciones su posición [47].

En cualquier caso, resulta preciso constatar cómo la práctica demuestra «que la inicial resolución de sanción o despido por parte del empresario suele mantenerse» [48], aun cuando la jurisprudencia haga hincapié en la necesidad de comunicar de forma clara al representante los hechos imputados, dándole la posibilidad de desvirtuarlos en el expediente, lo que no se logra con sólo tomarle declaración [49].

Una de las finalidades principales —si no la fundamental— de esta figura la constituye otorgar protección [50] a quien puede ser objeto de la sanción disciplinaria [51]. Se trata de una garantía inmediata [52] (*ad personam* [53]) para el representante de los trabajadores individualmente considerado [54], garantizando la independencia en el ejercicio de su tarea a quienes ocupan esta clase de puestos en una empresa, al evitar en buena medida la imposición de sanciones discriminatorias [55].

---

[47] García Murcia, J.: «Las garantías formales en el despido de los representantes legales de los trabajadores y su configuración en la jurisprudencia», en *REDT*, núm. 15, 1983, p. 453.

[48] Molero Manglano, C.: *La representación laboral en la empresa*, cit., p. 169.

[49] SSTS de 30 de septiembre de 1982 (Ar. 5318), 5 de febrero y 4 de abril de 1990 (Ar. 817 y 3101).

[50] Así, y como lógico cumplimiento de la finalidad de salvaguarda de los derechos que posee, debe contener una serie de requisitos esenciales [SSTS de 13 de mayo de 1988 (Ar. 4981) o STSJ de La Rioja de 11 de noviembre de 1992 (Ar. 5409)]: que el expediente se instruya y resuelva en un tiempo razonable; conocimiento del interesado de los cargos que le son imputados (pliego de cargos) y, en su caso, los que resulten de hechos descubiertos durante su tramitación [STS de 18 de diciembre de 1982 (Ar. 7842)]; audiencia del expedientado, otorgándole un período de tiempo racional para contestar y proponer pruebas en su descargo y su práctica si resultan adecuadas y pertinentes [STS de 13 de mayo de 1988 (Ar. 4980)]; audiencia, en su caso, al resto de los integrantes de la representación a la cual pertenezca el trabajador; documentación por escrito de las actuaciones; reflejo en la notificación de la sanción de la resolución final del expediente, debiendo aparecer basada en los mismos hechos en él denunciados, SSTS de 6 de octubre de 1980 (Ar. 3967) o 2 de noviembre de 1982 (Ar. 6475).

[51] Sirvan como ejemplo de esta finalidad protectora, habida cuenta el trabajador debe disfrutar de la oportunidad de defenderse adecuadamente, STS de 4 de abril de 1990 (Ar. 3101) o STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992 (Ar. 3648).

[52] Molero Manglano, C.: *Derecho Sindical*, Madrid (Dykinson), 1996, p. 426.

[53] Cuevas López, J.: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Pamplona (Aranzadi), 1982, p. 213.

[54] *Contra*, Durán López, F.: «Despido y sanción de los representantes sindicales», en *REDT*, núm. 1, 1982, p. 59, quien afirma que el interés tutelado es de carácter colectivo, siendo la verdadera pretensión la «debilitación objetiva de las instancias sindicales, y sólo como mero reflejo de ello debería entenderse la protección individual que recibe el trabajador».

[55] STS de 4 de julio de 1986 (Ar. 3946).

Cabe destacar, igualmente, otras pretensiones de la instauración del expediente contradictorio que podrán o no tener presencia de acuerdo con las circunstancias concretas de cada situación concreta: su papel cautelar, pues, tal y como algún autor [56] y ciertos pronunciamientos judiciales [57] han destacado, puede proporcionar el enfriamiento preciso para que la empresa adopte una sanción más adecuada y, al tiempo, evitar las tensiones que podría generar en la nómina de trabajadores la imposición de un castigo precipitado e, incluso, injustificado, precisamente como consecuencia de esa posible ofuscación en un momento dado.

Igualmente, la participación de terceros (los representantes de los trabajadores) en la tramitación del procedimiento será positiva al poder ser expuestos otros puntos de vista y opiniones que, quizá, sean tenidos en cuenta al imponer la sanción final [58]. Por otra parte, el expediente puede fomentar el establecimiento de vínculos de colaboración entre instancias tradicionalmente opuestas dentro de la empresa; no cabe olvidar, en fin, cómo su apertura puede impedir la ruptura prematura de un presupuesto de la relación laboral que puede ser considerado fundamental: la confianza mutua [59].

3. AUDIENCIA SINDICAL

El artículo 115.2 LPL impone la obligación de dar audiencia previa a la imposición de una sanción por comisión de falta grave o muy grave al delegado sindical, si lo hubiera, cuando el trabajador castigado estuviere afiliado a un sindicato [60]. No será suficiente, en tal supuesto, la mera información de la decisión adoptada [61], sino que afiliado y dele-

---

[56] Tudela Cambronero, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores…*, cit., p. 89.

[57] Entre otras, SSTS de 18 de diciembre de 1985 (Ar. 6140) o 4 de julio de 1986 (Ar. 3946).

[58] Incluso, puede ayudar a la consecución de un mayor grado de corresponsabilidad y codecisión de los trabajadores en materia disciplinaria, González Zamora, M.; Lillo, E.; López, J. y Martín Aguado, A.: *Despidos y sanciones. Límites al poder disciplinario del empresario*, Madrid (Confederación Sindical de Comisiones Obreras), 1992, p. 58.

[59] Sobre estas cuestiones, ampliamente, López Álvarez, M.ª J.: *El expediente disciplinario laboral*, cit., pp. 44-45.

[60] Los delegados sindicales serán oídos con carácter previo a la adopción de medidas que afecten a sus afiliados en los despidos y sanciones, tratándose, por tanto, de «una garantía singular… que encuentra su razón de ser en la conveniencia apreciado por el legislador de que los trabajadores sindicados tengan una protección reforzada frente al poder disciplinario del empresario, a cuyo riesgo de abuso pueden resultar más vulnerables», SSTS de 23 de mayo de 1995 (Ar. 5897) y 18 de febrero de 1997 (Ar. 1448).

[61] STS de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 8400).

gado sindical tienen derecho a ser consultados con carácter previo a la decisión final sobre la falta cometida y la pena a imponer [62].

Sin embargo, nada se especifica sobre el plazo con que previamente debe oír el empresario al delegado, ni tampoco sobre las formalidades con las cuales debe proceder. La jurisprudencia se ha pronunciado respecto al tiempo que debe durar la audiencia con los delgados sindicales, señalando cómo un solo día será suficiente en la evacuación de este trámite, habida cuenta la ley «establece únicamente la exigencia de que el delegado sea oído», más aún teniendo en cuenta que, posteriormente, en la tramitación judicial el sindicato de afiliación podrá ofrecer su apoyo e, incluso, representar al trabajador en el juicio [63].

Nada se explicita tampoco respecto al necesario conocimiento (exigido en el caso del despido) por parte del empresario de la afiliación sindical de su empleado como presupuesto previo a la audiencia, jurisprudencia [64] y doctrina científica han venido, sin embargo, a solventar tal vacío exigiéndolo igualmente [65]. Su prueba corresponderá al trabajador, salvo que se trate de un tipo de una petición de imposible o muy difícil aportación, pero sencilla para el empresario, en cuyo caso éste soportará tal obligación [66].

Aun cuando este conocimiento de la afiliación desde la unidad productiva puede darse por muy distintos medios [67], no cabe olvidar, sin embargo, cómo algún pronunciamiento ha llegado a considerar su investigación atentatoria contra la libertad sindical [68], habida cuenta su revelación constituye «un derecho personal y exclusivo del trabajador, que están obligados a respetar tanto el empresario como los propios órganos sindicales» [69], razonamiento lógico y necesario en tanto supone una medida protectora para el empleado afiliado en la mayor parte de los casos, aun cuando poco afortunado en estos supuestos, habida cuenta tal consideración redundaría únicamente en su perjuicio.

---

[62] Obligación que no debe ser confundida con la prevista en el artículo 64.1.7.º ET, consistente en informar al comité de empresa y delegados de personal por las faltas muy graves de los trabajadores en la empresa. Sobre la cuestión, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CRUZ VILLALÓN, J.: «El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad sindical», en *RL*, T. I, 1987, pp. 106-107, o FERNÁNDEZ DÍAZ, P.: *Proceso de impugnación de sanciones*, cit., pp. 46-47.

[63] Aunque en un caso de despido, perfectamente trasladable a un supuesto de sanción laboral, STS de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 8400).

[64] STS de 3 de enero de 1999 (Ar. 3697).

[65] Por todos, ORDEIG FOS, J. M.: «Impugnación de despidos y sanciones: tramitación procesal», en *AL*, núm. 5, 1992, p. 69.

[66] SSTSJ de Madrid de 6 de octubre de 1993 (Ar. 4641) o 19 de octubre de 1994 (Ar. 4117).

[67] STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 1996 (Ar. 2404).

[68] STSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de septiembre de 1992 (Ar. 4682).

[69] STCo 292/1993, de 18 de octubre.

De otro lado, la audiencia aparece configurada legalmente no sólo como una garantía para quien resulta afectado por la sanción, sino también como un derecho de carácter irrenunciable del delegado sindical [70]; de forma tal que, a pesar de una posible renuncia del operario a la protección otorgada por esta figura, «no quedaría desprovisto de dicha garantía a través de aquella vía, viniendo el empresario igualmente obligado a satisfacer dicho trámite, al tener conocimiento de la afiliación sindical del trabajador» [71].

La interpretación literal de los preceptos que proporcionan esta garantía lleva a colegir, *a sensu contrario,* que la falta de delegado sindical libera a la unidad productiva de este deber [72]; sin embargo, la última tendencia jurisprudencial elude redimir al empleador en estos supuestos al considerar cómo, de acuerdo con el artículo 8.1 LOLS, la garantía quedará satisfecha con la audiencia previa de la sección sindical [73], habida cuenta, en caso contrario, «la protección querida por el legislador de la condición de un trabajador afiliado a un sindicato, quedaría condicionada a la existencia de un número determinado de trabajadores en la empresa, lo que parece ser contrario al espíritu de la norma» [74].

Cabe, en fin, exigir al titular de la potestad sancionadora que, una vez la audiencia haya sido celebrada, notifique al afiliado su castigo, indicando el momento en el cual tendrá efecto y su cómputo de caducidad.

4. LEGITIMACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN PROCESO ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE SANCIONES

Las reglas generales establecidas por el artículo 17.1 LPL [75] («los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos por las Leyes») serán de plena aplicación a la *legitimatio ad causam* en la modalidad procesal especial de impugnación de san-

---

[70] STCo 30/1992, de 18 de marzo.

[71] Fernández Díaz, P.: *Proceso de impugnación de sanciones*, cit., p. 49.

[72] SSTS de 24 de enero o 19 y 25 de junio de 1990 (Ar. 206, 5485, 5514).

[73] En convenio colectivo también podrá extenderse el beneficio a las secciones sindicales, mejorando así los mínimos legales, pero sin crear desigualdades entre las distintas secciones de la empresa, Menéndez Sebastián, P.: *La libertad sindical en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid *(ibídem),* 1997, pp. 53 y ss.

[74] STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1997 (Ar. 4658). En este sentido, también, STS de 1 de febrero de 1992 (Ar. 4505), SSTSJ de Galicia de 4 de febrero de 1994 (Ar. 871) o Castilla-La Mancha de 10 de octubre de 1995 (Ar. 4029).

[75] En general, Gil Suárez, L.: «Las partes procesales. Capacidad y legitimación procesales. Representación y defensa», en AA.VV. (Borrajo Dacruz, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La nueva Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril)*, T. XIII, Vol. 1, Madrid (EDERSA), 1990, p. 190 y ss.

ciones. De tal forma el trabajador aparece enmarcado en la situación de legitimado activo y el empresario persona física (o quien legalmente represente al empleador persona jurídica) en la de legitimado pasivo.

4.1. Trabajadores no afiliados y asunción de la propia defensa

El empleado objeto de la sanción impugnada posee en exclusiva la legitimación activa para abrir el proceso conforme al mencionado artículo 17.1 LPL, y en cuanto titular del interés legítimo para ejercitar la acción. El artículo 114.1 LPL así lo reafirma, al igual que la doctrina judicial [76].

Las normas de representación y defensa contempladas en los artículos 18 a 22 LPL serán, igualmente, de aplicación, eso sí, con la salvedad prevista para los trabajadores afiliados a un sindicato. Ninguna especialidad cabe destacar, por tanto, en el caso de trabajadores que no presenten afiliación sindical alguna, siendo de aplicación las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley de Procedimiento Laboral sobre la representación y defensa procesales, cuyo artículo 18.1 destaca cómo el trabajador podrá comparecer por sí mismo o «conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles».

No puede olvidarse en este punto la posibilidad de hacer uso del principio de autodefensa. Las razones determinantes de la pervivencia en el proceso laboral de instancia de esta histórica regla que atribuye a las partes la facultad de defenderse por sí mismas no poseen otro sentido que «el de asegurar a las partes, sobre todo la que comparece bajo la condición de trabajador, la accesibilidad a la pretensión jurisdiccional, quedando potencialmente compensada la ausencia de asesoramiento técnico con los amplios poderes de dirección del proceso que la legislación encomienda al Juez sobre el que, de otro lado, recae un deber de instrucción e información a las propias partes». En definitiva, y con objeto de facilitar un fácil acceso a la prestación jurisdiccional, el proceso laboral no requiere la obligada asistencia de letrado, sin embargo, «y al objeto de asegurar la igualdad de los litigantes, el último párrafo del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Laboral exige de quien pretende comparecer con tal asistencia lo comunique a la otra parte» [77].

---

[76] Sirva como claro exponente de esta tendencia jurisprudencial la STCo 17/2000, de 31 de enero.

[77] «Comunicación que el demandante ha de realizar en el escrito de demanda y el demandado, en su caso, dentro de los dos días siguientes al de la citación para juicio. La inobservancia de tales requisitos equivale a una renuncia de las partes al derecho de valerse de Abogado, siendo evidente que se produciría un situación de indefensión formal

4.2. Trabajadores afiliados

El artículo 20 LPL confiere una representación especial o cualificada al sindicato cuando el afectado sea uno de sus afiliados [78], y es que «podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación».

De tal forma, los operarios afiliados, al margen de la garantía que disfrutan derivada del cumplimiento de las formalidades exigidas por la Ley para poderles imponer una sanción, podrán dar entrada al sindicato en el proceso [79] a través de una representación presunta [80], reforzando, así, su protección al dejarles libres de los abusos y presiones a los cuales podría verse sometido en caso de actuar personalmente. La finalidad perseguida por esta autorización no es otra que «la de eludir las posibles reacciones negativas de la empresa ante el ejercicio de la acción por el trabajador, sobre todo en este tipo de proceso en el que se cuestiona su conducta y de cuyo resultado no deriva la extinción laboral del trabajador, por lo que su permanencia en la empresa lo hace actuar de forma más cautelosa ante eventuales represalias del empleador» [81].

---

en aquéllos casos en los que, incumplidas esas exigencias procesales, se celebrare el juicio compareciendo sólo una de las partes con asistencia técnica, irregularidad que, en la medida en que mermase las oportunidades de la otra para alegar y probar cuanto a su derecho conviniere en pie de igualdad, causándole un perjuicio, podría implicar una lesión constitucional al derecho de toda persona a recabar la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión… Para que la no asistencia letrada del demandante provoque no una indefensión formal, sino también material, que suponga una vulneración del artículo 24 de la Constitución, es preciso, además de que la inasistencia letrada haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente, pues de otra manera, no sólo la estimación del amparo tendría una consecuencia puramente formal, sino que no haría más que dilatar indebidamente el proceso con el daño correspondiente a los demandados que… no son responsables de lo ocurrido», STCo 161/1985, de 29 de noviembre.

[78] Sobre la cuestión, Landa Zapirain, J. P.: *Democracia sindical interna (Régimen jurídico de la organización y funcionamiento de los sindicatos)*, Madrid (Civitas), 1996, p. 420 y ss.

[79] Al igual que sucede con respecto a los restantes procesos, Ortiz Lallana, M.ª C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, Madrid (CES), 1994, p. 139.

[80] Se trata de un supuesto de representación voluntaria, dado que el trabajador continúa interviniendo como parte de la relación procesal en su condición de titular de la relación material objeto del proceso, si bien lo hace a través del sindicato que actúa en su «nombre e interés», Moreno Vida, J.: «La posible legitimación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», en *REDT*, núm. 38, 1989, p. 279 y ss.

Contra, sosteniendo que en realidad constituye un supuesto de justificación procesal, Sagardoy Bengoechea, J. A. y Gil y Gil, J. L.: «La nueva Ley de Procedimiento Laboral», en *DL*, núm. 30, 1990, p. 66.

[81] Fernández Díez, P.: *Proceso de impugnación de sanciones*, cit., p. 61.

En la demanda, habrá de ser acreditada la condición de afiliado del trabajador y la existencia de comunicación a éste de la intención de iniciar el proceso [82]. Tal autorización se presume concedida, con la excepción de la existencia de una declaración en contrario de aquél, bastando a estos efectos «con que el sindicato notifique al trabajador su voluntad de plantear la acción y que éste no se oponga a ello, lo que es exponente del carácter implícito de la presente concesión de representación» [83].

Es más, cuando la autorización no haya sido otorgada, el afiliado podrá exigir la responsabilidad que proceda [84] (a dilucidar en un proceso laboral independiente) al sindicato (art. 20.2 LPL). Dicha desautorización expresa podrá efectuarse en cualquier fase del proceso [85]. Si el trabajador no hubiere recibido comunicación del sindicato o recibiéndola, le hubiera negado la autorización para actuar en su nombre, el Juez o Tribunal que estuviera conociendo del asunto, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las diligencias sin más trámite (art. 20.3 LPL).

Ante la posibilidad otorgada de revocar la representación se produce un delicado cruce de intereses, pues, por una parte, el reconocimiento de tal facultad supone un enorme «debilitamiento» de la posición del sindicato, siempre a expensas del cambio de criterio del trabajador; por otra, y frente a lo anterior, su irrevocabilidad puede colocar al operario en una clara posición de «indefensión» frente a posteriores actuaciones procesales del sindicato con las cuales se muestre disconforme [86]. Cabe destacar cómo, al aparecer recogida en la Ley como voluntaria, los poderes entregados deben poder ser desautorizados por el interesado en cualquier momento.

---

[82] Sobre la cuestión, SSTSJ de Baleares de 20 de marzo de 1992 (Ar. 1218) o Andalucía/Sevilla de 31 de enero de 1995 (Ar. 233).

[83] Baylos Grau, A.; Cruz Villalón, J y Fernández López, M.ª F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral,* Madrid (Trotta), 1991, p. 60.

[84] «Esto es, una responsabilidad por daños que, en todo caso, vendrían motivados por una defectuosa defensa, pero no por la actuación en sí del sindicato», Albiol Montesinos, I.; Alfonso Mellado, C. L.; Blasco Pellicer, A. y Goerlich Peset, J. M.: *Derecho Procesal Laboral*, 6.ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, p. 89.

[85] «El régimen común de la representación voluntaria siempre habilita para una revocación sobrevenida del nombramiento, así como la naturaleza claramente individual del interés en litigio, que hace que el titular siga siendo el trabajador, quien podrá disponer en el curso del proceso. Como si él mismo hubiera entablado la demanda, según lo que mejor crea conveniente a su derecho», Cavas Martínez, F.: «Representación y defensa procesales», en Barreiro González, G.; Cachón Villar, P. M.; Cavas Martínez, F.; Desdentado Bonete, A. y Fernández Domínguez, J. J.: *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, p. 726, quien destaca, además, cómo el «mero hecho de la baja como afiliado no debe asimilarse a la revocación de la representación, y ello porque el trabajador puede revocar y si no lo hace es porque mantiene la representación».

[86] Sobre la cuestión, ampliamente, Cruz Villalón, J.: «La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», en *RL*, T. II, 1992, p. 320 y ss.

4.3. Sindicatos

Resulta menester analizar la posibilidad de que los sindicatos puedan actuar procesalmente [87] tutelando intereses exclusivamente individuales, habida cuenta en su favor aparece ya reconocida genéricamente en la ley (art. 17.2 LPL) su «legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios».

A estos efectos cabe distinguir entre intereses individuales de trascendencia sindical y conflictos de intereses estrictamente particulares [88], separación no siempre nítida, y según la cual el sindicato «va a jugar un papel diferente» [89].

En relación con los primeros, destacar cómo el trabajador podrá optar, según el caso, entre dos modalidades procesales: la de impugnación de sanciones y la de tutela de la libertad sindical [90]. De tal forma, y aun cuando el derecho material objeto del proceso pertenece directamente al trabajador —salvo que el acto lesivo fuera «pluriofensivo» [91]—, hecho que significará que la representación colectiva carecerá de la cualidad de parte principal, es posible considerar la inclusión en el proceso del sindicato como coadyuvante.

Por contra, cuando de un conflicto de intereses estrictamente individuales se trate, fundado en el principio dispositivo, únicamente el trabajador podría ser demandante y parte en el proceso, pues no concurren los elementos necesarios para que el sindicato aparezca como coadyuvante [92].

---

[87] «La legitimación procesal de una persona jurídica, como es el sindicato legalmente constituido, plantea la problemática de la legitimación específica de su representante procesal. Estarán legitimados los cargos sindicales para los que consta su capacidad procesal, "aunque no exista documento de apoderamiento expreso del sindicato de pertenencia", ya que los cargos tienen implícitamente reconocida la personalidad y legitimación de los promoventes del conflicto suscitado», Landa Zapirain, J. P.: *Democracia sindical interna*…, cit., p. 427.

[88] Así, Fernández Domínguez, J. J.: «Proceso especial de sanciones», en Barreiro González, G.; Cachón Villar, P. M.; Cavas Martínez, F.; Desdentado Bonete, A. y Fernández Domínguez, J. J.: *Diccionario Procesal Social*, cit., p. 549.

[89] Cruz Villalón, J.: «La intervención de las representaciones colectivas en el proceso de trabajo», en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Madrid (MJ), 1991, p. 311 y ss.

[90] Sobre la participación del sindicato en este tipo de procesos, Landa Zapirain, J. P.: *Democracia sindical interna*…, cit., p. 440 y ss.

[91] Del Valle Muñoz, F. A.: *La modalidad procesal de impugnación de sanciones,* cit., p. 22.

[92] Al respecto, entre otros, Baylos Grau, A.; Cruz Villalón, J. y Fernández López, M.ª F.: *Instituciones de Derecho Procesal*, cit., p. 59 y ss.; Cavas Martínez, F.: «Representación y defensa procesales», en Barreiro González, G.; Cachón Villar, P. M.; Cavas Martínez, F.; Desdentado Bonete, A. y Fernández Domínguez, J. J.: *Diccionario Proce-*

El tratamiento de la representación procesal será diferente, dado que junto a la general recogida por el artículo 18 LPL (el cual permite la comparecencia en el proceso laboral de cualquiera de las partes por medio de representante, entendiendo por tal al procurador, graduado social colegiado o cualquier otra persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles —circunstancia de la cual resulta posible colegir que el sindicato podrá actuar como tal [93]—), el artículo 20 LPL, tal y como se destacó, otorga una representación especial o cualificada a los sindicatos en estos conflictos siempre y cuando el afectado sea un trabajador afiliado a la organización sindical. Así pues, este tipo de representación [94] cabe en los dos modelos de conflictos a los cuales se ha hecho referencia.

De tal forma, y retomando la cuestión anterior, la posibilidad de intervención sindical con la legitimación procurada por el artículo 17.2 LPL resulta, por tanto, discutible, habida cuenta, en el supuesto de estar ante una sanción que además sea discriminatoria o lesiva del derecho de libertad sindical —y, en consecuencia, trascienda del puro interés individual [95]—, no será posible su encauzamiento a través del «proceso especial de sanción con las especialidades del proceso especial de tutela, donde sí tendría ya cabida la intervención sindical con legitimación propia de hallarnos ante una conducta empresarial pluriofensiva, y como mínimo la intervención en régimen de coadyuvancia prevista en el artículo 175.2 LPL» [96].

A pesar de la similitud de tales supuestos con aquellos de despido en los cuales se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental, el artículo 182 LPL no incluye el proceso especial de impugnación de sanciones entre los que permiten la tramitación confor-

---

sal Social, cit., p. 724 y ss.; Nogueira Guastavino, M.: *La impugnación de sanciones en la nueva Ley...,* cit., p. 106, o Alonso Olea, M.; Miñanbres Puig, C. y Alonso García, R. M.ª: *Derecho Procesal del Trabajo*, 12.ª ed., Madrid (Civitas), 2001, pp. 114-115.

[93] Palomeque López, M. C.: «La presencia del sindicato en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», en *AL*, núm. 1, 1991, p. 3.

[94] Nogueira Guastavino, M.: *La impugnación de sanciones en la nueva Ley...,* cit., p. 106, cita 14, para quien la figura recogida en el artículo 20 LPL constituye un supuesto de representación «al darse los tres elementos característicos de tal figura, a saber: 1. Ejercicio de un derecho ajeno; 2. No actuación en nombre propio, y 3. Que los efectos jurídicos recaigan en el sustituido».

[95] Cuando las conductas en sí mismas constituyan «no sólo un ataque a los derechos de libertad sindical que afectan al interés individual, sino también, al mismo tiempo, un ataque al interés colectivo», Albiol Montesinos, I. y Blasco Pellicer, A.: *Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, p. 36.

[96] Mercader Uguina, J. R. y Herrero Alarcón, F.: «De los despidos y sanciones. Artículo 114», en AA.VV. [Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, N. y Gallego Morales, A. J.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada (Comares), 2001, p. 722].

me a su modalidad propia sin perjuicio de invocar la lesión de la libertad sindical u otros derechos fundamentales.

De esta manera, el siempre polémico contenido del citado artículo 182 LPL, pasa factura al incluir un listado de tal amplitud que llega a abarcar la práctica totalidad de los procesos especiales y, tanto cuantitativa como cualitativamente, a un número significativo del conjunto de pretensiones de posible promoción en este orden especializado para instar la tutela de derechos fundamentales, con el resultado final de convertirlo, en la práctica, en una modalidad marginal [97].

A partir de un punto de vista tan literal y estricto, la letra del precepto llevaría a sustraer «de su ámbito buena parte de las pretensiones que pueden deducirse ante los Tribunales laborales con la finalidad de obtener la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas» [98].

Tan elemental interpretación conduciría irremediablemente a entender de ineludible tramitación, con arreglo a su modalidad propia, de una serie de demandas en las cuales pudiera resultar vulnerado un derecho fundamental —incluido el de libertad sindical—, provocando su exclusión del ámbito previsto para la vía de amparo social ordinaria; reducido, subsiguientemente, a proteger las violaciones producidas con ocasión de litigios diversos a los expresamente exceptuados [99]. En virtud de tales premisas se ha impuesto el criterio de tener que optar por la acción de tutela o por la de sanciones, dadas las especificas y distintas pretensiones que serán de atribución a ambos procesos [100], produciéndose, por

---

[97] Entre otros, Galiana Moreno, J. M.ª: «De la tutela de los derechos de libertad sindical. Artículo 182», en Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J. M.ª: Sempere Navarro, A. V.; Ríos Salmerón, B.; Cavas Martínez, F.; Luján Alcaraz, J. y Cámara Botía, A.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Pamplona (Aranzadi), 2000, p. 509.

[98] Gárate Castro, J.: *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los artículos 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral)*, Pontevedra (Revista Xurídica Galega), 1999, pp. 41-42, para quien «dicho precepto pone ya al descubierto que no hay un único proceso apto para recabar aquella tutela, sino que coexisten, por lo pronto, dentro de lo que pretenden constituir cauces ajustados a la preferencia y sumariedad previstas en el artículo 53.2 CE., un proceso especial y específico…, de uso calificable de "opcional" en relación con el establecido para el conocimiento de la materia con la que guarde conexión la lesión del derecho fundamental o la libertad pública, con otros procesos, también especiales, pero inespecíficos desde el punto de vista de la referida tutela».

[99] Fernández Domínguez, J. J. y Fernández-Costales Muñiz, J.: «Sobre los medios instrumentales de la libertad sindical y la adecuación del proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales para su defensa ante una controvertida sentencia del Tribunal Supremo (Comentario a la STS, Sala 4.ª, de 7 de marzo de 2002)», en *REDT*, núm. 116, 2003.

[100] STS de 7 de marzo de 2002 (Ar. 4666), aun cuando hace referencia a la impugnación de convenios colectivos, sus contenidos pretenden resultar de aplicación a todos los procesos especiales.

otra parte, la paradoja, «contraria al más elemental principio de economía procesal» [101] e, incluso, «al principio de celeridad propio del ordenamiento laboral» [102], de no poder ventilar en un único proceso —con el evidente perjuicio para quien resulta ser la parte más débil del vínculo laboral, al tener que suscitar un nuevo litigio [103]— la eventual nulidad de una sanción por violación de derechos fundamentales y, subsidiariamente, su nulidad por defectos formales o su revocación en los términos establecidos en la Ley de Procedimiento Laboral para el proceso especial de impugnación de sanciones.

Sin embargo, resulta cuando menos difícil conformarse con tal criterio hermenéutico, habida cuenta la aplicación incondicionada del artículo 182 LPL, entendido de tal manera —además de los problemas tanto de constitucionalidad como de legalidad ordinaria—, provocaría dos consecuencias inmediatas capaces de crear una grave distorsión en la protección de su objetivo básico [104]:

1. En primer lugar, los procesos específicamente destinados a dilucidar los litigios relativos al despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo, disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación e impugnación de los convenios colectivos no se verían favorecidos por la medida cautelar contemplada en el artículo 178 LPL y, en consecuencia, los lesionados en sus derechos fundamentales no podrían neutralizar de inmediato los efectos de la agresión.

2. En segundo término, dichas modalidades no gozarían ya de la preferencia absoluta reconocida a la especial destinada a tutelar la liber-

---

[101] Mercader Uguina, J. R. y Herrero Alarcón, F.: «De los despidos y sanciones. Artículo 114», en AA.VV. (Monereo Pérez, J. L.; Moreno Vida, N. y Gallego Morales, A. J.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, cit., p. 722, quienes destacan cómo «se hacen necesarios dos procesos consecutivos en el supuesto de que fracase la acción de tutela, con los riesgos de caducidad y efectos positivos de cosa juzgada del primer proceso sobre el segundo. Bastaría una interpretación acorde al principio de economía procesal del apartado 2 del artículo 115 LPL…, que ya contiene la nulidad por ilegalidad donde no puede por menos que incluirse la transgresión constitucional, en la línea de homogeneizar su regulación con la nulidad material contenida en el artículo 108.2 para el despido, a fin de superar esta disfunción proyectada desde el artículo 182 LPL».

[102] Fernández Domínguez, J. J. y Fernández-Costales Muñiz, J.: *Sobre los medios instrumentales de la libertad sindical y la adecuación del proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales…,* cit., para quienes tal circunstancia «significaría la continuidad del litigio a través de distintos procesos».

[103] Es más, podría llegar a producirse una «patente desproporción del esfuerzo exigido a los justiciables, de instar un segundo proceso, en el cual, por lo demás, poco o nada quedaría por resolver en Derecho», STCo 178/1996, de 12 de noviembre.

[104] En este punto, Fernández Domínguez, J. J.: «Proceso especial de protección (tutela) de la libertad sindical», en Barreiro González, G.; Cachón Villar, P. M.; Cavas Martínez, F.; Desdentado Bonete, A. y Fernández Domínguez, J. J.: *Diccionario Procesal Social*, cit., p. 528.

tad sindical por el artículo 177 LPL; tampoco de la sumariedad cuantitativa derivada del acortamiento de plazos y trámites procesales.

Ante tales circunstancias, cabría calificar de imprescindible, a pesar de cuantas dificultades plantearían en tal sentido los términos literales incorporados al artículo 182 LPL, la tarea de llevar a cabo una interpretación integradora y no excluyente del precepto, y llegar a sostener la acumulación de regímenes y garantías de las distintas modalidades en juego.

Desde tal postulado, la exigencia legal de inexcusable tramitación conforme al proceso correspondiente podría ser entendida sin perjuicio de aplicar además las garantías propias de aquél destinado específicamente a proteger los derechos laborales fundamentales. En este sentido, y en una interpretación flexible, se pronunció la jurisprudencia de unificación de doctrina al destacar cómo «la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical no es de utilización preceptiva, como se deduce de los artículos 175.1, 177.4 y 182 LPL, y en función de cuál sea el objeto del proceso puede o debe articularse el conocimiento de las cuestiones afectantes a ciertas lesiones de la libertad sindical y demás derechos fundamentales a través de otros procedimientos, habiéndose, incluso, afirmado doctrinalmente que ni todas las pretensiones relacionadas con la tutela de la libertad sindical se tramitan por medio de esta modalidad procesal específica, ni son exclusivamente pretensiones relativas a la libertad sindical las que se tramitan por este proceso. En consecuencia, aunque el sindicato accionante hubiera podido, en su caso, utilizar el cauce procesal del conflicto colectivo con idéntica pretensión, de esta posibilidad legal de opción no se deduce tampoco la inadecuación procedimental pretendida» [105].

[105] STS de 2 de junio de 1997 (Ar. 4617).

Comunicación a la Ponencia Temática II

NUEVAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA EN LA EMPRESA

CARIDAD LÓPEZ SÁNCHEZ
Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: SALARIO Y ESTRUCTURA SALARIAL.—2. LOS COMPLEMENTOS VINCULADOS A LA SITUACIÓN Y RESULTADOS DE LA EMPRESA.—3. NUEVAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA: EL REPARTO DE ACCIONES ENTRE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA. 3.1. Opciones sobre acciones (o *stock options*). 3.2. Obligaciones convertibles en acciones. 3.3. Planes de participación en la propiedad por los empleados (ESOPs). 3.4. Fondos de inversión (FIP).—4. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA.—5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: STOCK OPTIONS, UN NUEVO CONCEPTO RETRIBUTIVO.

1. INTRODUCCIÓN: SALARIO Y ESTRUCTURA SALARIAL

La determinación jurídica del salario no es materia sencilla en modo alguno. Factores tales como la vaguedad y variedad de la terminología utilizada en la designación de las diferentes partidas retributivas, los problemas para fijar los límites del contrato de trabajo respecto de otras figuras análogas, agravados por la importación de sistemas retributivos propios de otros ámbitos del derecho, o las interconexiones con las normas tributarias o de seguridad social, así como la evidente complejidad de la estructura salarial, han dificultado notablemente la elaboración de un concepto general y abstracto de salario que, al mismo tiempo, acoja todos los caracteres básicos del mismo.

Nuestro ordenamiento jurídico, en un intento de conceptuación, define con carácter imperativo y desde un criterio positivo el salario en el apartado 1 del artículo 26 como «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo». Esta definición viene a ser completada con la previsión que se contiene en el apartado 2 del mismo precepto, el cual viene a negar expresamente naturaleza salarial a «las indemnizaciones o suplidos por gastos, las indemnizaciones por suspensiones, traslados o despidos, y a las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social».

La noción legal de salario del artículo 26.1 se asienta sobre un criterio totalizador del salario en tanto en cuanto lo conceptúa como «remuneración total», esto es, como resultado de la suma de las partidas salariales percibidas por el trabajador, que obedecen a diferentes circunstancias vinculadas causalmente con la relación de trabajo. En este sentido, del concepto de salario se desprende, implícitamente, que la percepción económica global está integrada por un conjunto de atribuciones

económicas de diversa naturaleza, es decir, la total remuneración percibida por el trabajador es el resultado de la suma de los componentes que participan y reúnen los requisitos de la prestación laboral.

A tal efecto, la multiplicidad y diversidad de atribuciones de naturaleza salarial percibidas por el trabajador son objeto de un proceso de racionalización y ordenación por parte del legislador en el apartado 3 del artículo 26, en el que, a efectos de estructurar de alguna forma la remuneración salarial, distingue entre salario base y complementos salariales, cuya determinación y régimen jurídico concreto se encomienda a la autonomía privada a efectos de adaptar la estructura salarial a las necesidades organizativas y características propias de los procesos productivos de cada empresa.

El salario base, fijado como unidad de tiempo o de obra, se constituye en el elemento esencial y obligado de la estructura salarial y el más estrechamente vinculado a la prestación del trabajo realizado. Los complementos salariales son elementos no esenciales de la estructura salarial que obedecen a la concurrencia de causas específicas o concausas [1], clasificadas por el artículo 26.3 en tres categorías lo suficientemente genéricas como para poder acoger las más variadas y heterogéneas partidas salariales complementarias: aquellas que atienden a las condiciones personales del trabajador, las fijadas en atención al trabajo realizado y las vinculadas a la situación o resultados de la empresa.

2. LOS COMPLEMENTOS VINCULADOS A LA SITUACIÓN Y RESULTADOS DE LA EMPRESA

El tercer y más novedoso grupo de complementos salariales enumerados en el apartado 3 del artículo 26 lo constituye aquél cuya causa común es su fijación en función de circunstancias relativas a la situación y resultados de la empresa, esto es, su vinculación al volumen global de producción de la totalidad de la empresa o de partes de la misma y a los resultados económicos de la organización productiva. En este grupo quedarían subsumidas diferentes formas de participación en ingresos, beneficios, siempre y cuando dependan realmente de los resultados de la empresa y no se constituyan en meras formas nominales de participación.

Dichos complementos tienen por objeto favorecer nuevas formas de retribución e impulsar la parte más variable del salario y, con ello, una retribución más flexible capaz de adaptarse a las variaciones y fluctuaciones en la productividad empresarial y favorecer el interesamiento del

[1] Monereo Pérez, J. M.: «La estructura del salario», en AA.VV. (Dir.: Borrajo Dacruz): *Comentarios a las Leyes laborales. El nuevo régimen del salario,* T. I, vol. 1.º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, p. 94.

trabajador en la marcha económica de la empresa. Lo anterior no obsta para que si no existen beneficios o resultados se reconozca al trabajador el derecho a percibir el mínimo fijado legal (salario mínimo interprofesional) o convencionalmente (salario mínimo profesional); de lo contrario, nos encontraríamos, no ante un complemento vinculado a la situación y resultados de la empresa, sino ante un sistema de remuneración que, difícilmente, puede encajar en el trabajo prestado por cuenta ajena del que es objeto el Derecho del Trabajo [2].

Sin embargo, la práctica negocial ha desvirtuado la verdadera naturaleza de este tipo de complementos [3], principalmente, cuando consisten en una participación de los trabajadores en los beneficios, al sustituir los porcentajes y diversas fórmulas participativas por cuantías fijas que nada tienen que ver con la situación económica real de la empresa. Las limitadas referencias a la determinación de la participación en los ingresos y/o beneficios no son en su mayoría sino un mero *nomen iuris,* cuya naturaleza y alcance no se corresponde, en absoluto, con el complemento salarial, regulado en la LET [4]. Asimismo, existe una gran indeterminación de las causas y requisitos que dan derecho a su devengo, lo que, en suma, implica que tanto su percepción, como la determinación de su cuantía estarán subordinadas a la voluntad unilateral del empresario, que contará con un amplio margen de discrecionalidad.

La desnaturalización de los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa obedece a la resistencia presentada, en ocasiones, tanto por los empresarios, como por los trabajadores para su implantación: para los primeros la instauración de los complementos salariales vinculados a la situación y resultados de la empresa conlleva la aceptación de injerencias por los representantes de los trabajadores en la dirección y gestión empresarial, la «cesión» de una parte del control que corresponde al empresario como titular de los medios de producción; para los trabajadores, genera desconfianza e incertidumbre, ya que

---

[2] Según García Ortega, J.: «...puesto que es consustancial al contrato de trabajo, la ajeneidad, tanto en los resultados como en los riesgos, se pone en duda el carácter laboral de un contrato en que el trabajador asumiera el riesgo junto con el empresario, cabiendo la posibilidad de no percibir remuneración, en cuyo caso el contrato tendría naturaleza asociativa y no laboral. Mayoritariamente la doctrina laboralista admite la compatibilidad del carácter laboral del contrato con esta forma de remuneración y ello porque siempre existe un salario mínimo garantizado (interprofesional o profesional)». García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación en ingresos o beneficios», en AA.VV.: *Estudios sobre el salario,* ACARL, Madrid, 1993, p. 508.

[3] La negociación colectiva, quizá haya sido influenciada por la regulación anterior en la que estos complementos eran definidos como complementos salariales de vencimiento periódico superior al mes (art. 5.d) DOS.

[4] Convenio colectivo CLH Aviación, S. A., de 5 de abril de 206 (BOE de 27 de abril de 2006); Convenio colectivo de Galleta Siro, S. A., de 3 de noviembre de 2005 (BOE de 5 de enero de 2006).

estas fórmulas de participación retributiva introducen un factor flexibilización salarial que permite, en períodos de recesión continuada, una moderación de los niveles retributivos. Por otra parte, tampoco esta fórmula ha tenido gran acogimiento entre los sindicatos, dado que fomenta la integración de los trabajadores en la empresa, atenuando las posiciones antagonistas entre ambos sujetos y por tanto, haciendo peligrar el tradicional concepto del sindicato como «figura garantista de los estándares salariales de los trabajadores» [5].

Asimismo, téngase en cuenta que la implantación de los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa exigiría el fortalecimiento de las fórmulas de participación directa de los trabajadores, a través de sus representantes, en la gestión de la misma. A este respecto, el artículo 129.2 CE encomienda a los poderes públicos la promoción de «las diversas formas de participación en la empresa» y de «los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción». Es decir, que al amparo del precepto constitucional cabe el desarrollo de todo tipo de fórmulas participativas: participación en la gestión («cogestión»), en los resultados o beneficios y también en la propiedad [6].

Evidentemente, han existido en nuestro ordenamiento jurídico ciertas experiencias de incorporación de los derechos de participación de los trabajadores en los órganos de gestión de las empresas que adoptan la forma de sociedad [7], pero lo cierto es que, en sentido estricto [8], la potencial regulación de los derechos de cogestión, que encuentra soporte en el artículo 129.2 CE se ha visto reducida a dos fórmulas de participación muy alejadas de la cogestión paritaria [9]: la de los representantes de los

---

[5] Mercader Uguina, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 199 y 201.

[6] García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación de ingresos o beneficios», en AA.VV. (de la Villa Gil, coord.): *Estudios sobre el salario,* cit., p. 496 y ss.; Mercader Uguina, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* cit., p. 210.

[7] Se trata de la Ley 41/1962, de 21 de julio. No obstante, «el legislador del momento no está pensando en instaurar un sistema de participación de los trabajadores próximo a los sistemas de cogestión al uso (que, en ningún modo sería paritaria)… se plantea, por tanto, una participación considerablemente restringida de acuerdo con la Ley, en la cual la implicación de los trabajadores tiene una muy escasa (prácticamente nula) capacidad de influencia en la toma de decisiones por parte del órgano de gobierno de la empresa». *Vid.* García Arce, M.ª C.: *Acción social en la empresa,* Trottra, Madrid, 2004, p. 107.

[8] Desde una concepción amplia tendrían cabida también los procesos de información de consulta e información a través de los órganos de representación de los trabajadores en relación con la adopción de determinadas medidas (art. 64 LET). *Vid.* García Arce, M.ª C.: *Acción social en la empresa,* cit., p. 103.

[9] «La representación se articula como medio cuya esencialidad e inescindibilidad permite y exige que ésta sea utilizada en cuantas circunstancias requieren la defensa de los derechos de los trabajadores, entre los que se incluye el de participación», Prieto Juárez, J. A.: «Nuevas formas de participación de los trabajadores desde la perspectiva española»,

trabajadores en los órganos de decisión de la empresa para la adopción de acuerdos conjuntos en supuestos excepcionales y en materias específicas [10] y la participación en obras sociales de la empresa [11]. En esencia, por tanto, el modelo de participación que configura nuestro sistema jurídico se asienta en las fórmulas retributivas de participación en los beneficios de la empresa o en la propiedad, habiendo adquirido en los últimos años una gran difusión los sistemas de reparto de acciones entre el personal de la empresa que permiten el acceso de los trabajadores a la titularidad de los medios de producción. Sin embargo, la aparición de estos sistemas productivos plantea un problema controvertido y de difícil solución, cuál es el de la determinación de la naturaleza, salarial o extrasalarial, y su posible encuadramiento en la categoría de los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa.

3. NUEVAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA: EL REPARTO DE ACCIONES ENTRE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA

Frente a los tradicionales esquemas de política retributiva ligados a los beneficios empresariales surgen en los Estados Unidos y, posteriormente, se implantan en los países del entorno europeo nuevas fórmulas de participación económica de los trabajadores en la empresa. Su novedad consiste en que una parte de los beneficios de la organización productiva revierten a los trabajadores, no de forma inmediata, sino mediante su conversión en acciones. En realidad, este sistema permite que los incrementos de capital en la empresa, generados a través de procesos de autofinanciación, puedan pasar a ser titularidad de los trabajadores, bien de forma gratuita [12], bien en condiciones especiales de adquisición. Podemos encontrar precedentes de esta fórmula, en los denominados «accionariado obrero» y «accionariado sindical» [13], no obstante, en desuso en la actualidad, dada su inoperancia práctica como técnicas de participación efectiva del trabajador en la propiedad y vías de acceso a la gestión social.

---

en AA.VV. (LANDA ZAPIRAÍN, coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa,* cit., p. 167.

[10] Serían los supuestos de los artículos 22.1, 24.1, 29.1, 31 y 34.2 LET. Al respecto, MARTÍN VALVERDE, A. y cols.: *Derecho del trabajo,* Tecnos, 14.ª ed., Madrid, 2005, pp. 302 y 303.

[11] GARCÍA ARCE, M.ª C.: *Acción social en la empresa,* cit., p. 110.

[12] Si bien, esta afirmación supone una impropiedad técnica, ya que hay una «contraprestación *in natura* subyacente, una contraprestación implícita, su propio trabajo… e incluso un correspectivo explícito: obligación de cumplir los vínculos estipulados —cláusulas de personalización del ejercicio—». MOLINA NAVARRETE, C.: «La dimensión jurídico-salarial de los employee *stock options* plans», en *RTSS,* núm. 229, 2002, p. 25.

[13] PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de incorporación o fidelización de los trabajadores», en *DL,* núm. 63, 2000, p. 8; MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* cit., p. 210.

Las fórmulas de vinculación de los empleados al capital de la empresa han tenido históricamente, como objetivo fundamental, el de facilitar el acceso del trabajador a la propiedad de los medios de producción. No obstante, en los últimos años puede constatarse un redimensionamiento de estas fórmulas. Si, tradicionalmente, su implantación, como componente del sistema retributivo, se ha limitado a ciertas categorías de trabajadores —directivos, consejeros o administradores— en la actualidad se ha producido lo que se ha venido en denominar un proceso de «democratización del sistema» [14], esto es, una tendencia a la generalización de estos instrumentos al conjunto de los trabajadores, pasando a constituir una condición de trabajo o de empleo que interesa al Derecho del trabajo [15]. Asimismo, es posible constatar un cambio en el modelo de participación en la propiedad: ya no se trata de garantizar el acceso del trabajador al proceso de toma de decisiones y a las estructuras de poder de la empresa [16], sino de favorecer su implicación y compromiso con aquélla e identificarle con sus objetivos [17]. La integración del personal en la empresa pretende un propósito concreto: que los intereses del trabajador coincidan con los de la sociedad, lo que redunda en una mayor motivación y eficacia del trabajador en el desempeño de sus funciones y genera efectos positivos en los resultados de la empresa, haciéndola más competitiva [18].

De hecho, estas fórmulas de participación accionarial constituyen uno de los instrumentos clave en la consecución de los objetivos de la *corporate governance* (o buen gobierno de las sociedades), ya que «fomenta mejor que otros sistemas retributivos a los directivos para que éstos lleven a cabo una gestión dirigida al aumento de valor de cotización de las acciones» [19].

---

[14] Pradas Montilla, R.: *Salario y técnicas de incorporación o fidelización de los trabajadores,* cit., p. 15.

[15] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las *stock options*», en *AL,* 2001, T. 2, especialmente, pp. 60 y 68 y ss.

[16] *Vid.* al respecto, Landa Zapiraín, J. P.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en AA.VV. (Landa Zapiraín, coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa,* Bomarzo, Albacete, 2002, p. 19.

[17] Se trata de «una modalidad de incentivos a largo plazo», Cordero Saavedra, L.: «Los sistemas retributivos variables como límites para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa», en *RL,* 2002, T. 1, p. 285.

[18] Sánchez Marín, G. y Aragón Sánchez, A.: «La relación entre la estrategia empresarial y la estrategia retributiva y su efecto en los resultados de la empresa», en *RTSS,* núm. 212, 2000, p. 171; De los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las *stock options*», en *AL,* 2001, T. 2, pp. 59 y 60.

[19] Vázquez Lepinette, T.: «Los planes de opciones sobre acciones *(stock options):* perfiles jurídico-privados», en *Derecho de los Negocios,* núm. 120, 2000, pp. 3 y 4; Landa Zapiraín, J. P.: *La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la «go-*

En nuestro ordenamiento jurídico el reparto de acciones entre los trabajadores de la empresa tiene reconocimiento expreso en los artículos 75.1, 81.2 y 130.2 LSA [20]. Este último precepto admite la retribución consistente en la entrega de acciones, o de derechos de opción sobre las mismas, siempre que se encuentre prevista expresamente en los estatutos y haya existido acuerdo en la Junta General de accionistas.

Sin embargo, esta fórmula no ha sido objeto de la intervención del legislador a través de una regulación específica, lo que genera un amplio margen de inseguridad jurídica; y ello pese al mandato constitucional del artículo 129.2 CE y la Recomendación 92/443 CEE, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) [21].

Entre los mecanismos de vinculación de los empleados en el capital de la empresa cabe citar las siguientes [22]:

3.1. Opciones sobre acciones (o *stock options*)

Esta técnica consiste en la concesión a los trabajadores —normalmente a los altos directivos— de un derecho de compra —gratuito, o a precio preferencial [23]—, sobre un número determinado de acciones. El trabajador, llegada la fecha de vencimiento, si la cotización de las ac-

---

bernanza corporativa»: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?, cit., p. 15; Molina Navarrete, C.: *La dimensión jurídico-salarial de los employee stock options plans,* cit., p. 14.

[20] «Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo».

[21] Diario Oficial núm. L 245 de 26 de agosto de 1992. En dicha recomendación se invita a los Estados miembros: 1. A reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida, a nivel individual o colectivo, de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los beneficios y los resultados de la empresa, tales como la participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas».

En este sentido Monereo Pérez manifiesta que: «El modelo de empresa participada y flexible no ha cristalizado todavía en nuestro país. En este sentido, las recientes reformas (incluida la última) no han previsto una mayor implicación y participación colectiva en el gobierno de la empresa». Monereo Pérez, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 105 y 106.

[22] Véase Mercader Uguina, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* cit., p. 209 y ss. Asimismo, Juan de Juan, A.: «A vueltas con el Plan Pepper. El fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa», en *RMTAS,* núm. 17, 2000, p. 199 y ss.

[23] Vázquez Lepinette, T.: *Los planes de opciones sobre acciones* (stock options): *perfiles jurídico-privados,* cit., p. 7.

ciones aumenta, podrá ejercitar la opción de compra y obtener con esta operación el beneficio de la diferencia entre el precio de la adquisición y el valor de la acción en el mercado bursátil. Si el precio de las acciones, por el contrario, se reduce, no hay beneficio o pérdida para el directivo ni tampoco coste para la empresa o los accionistas».

3.2. Obligaciones convertibles en acciones

Esta fórmula permite que el empleado adquiera obligaciones que son emitidas por la compañía, en virtud de las cuales recibe un interés, normalmente superior al que percibiría a través de una emisión de obligaciones corriente. La obligación incluye el derecho a poder convertirla o canjearla, durante un período de tiempo previamente establecido, en acción ordinaria. En el caso de que para adquirir las obligaciones el trabajador haya solicitado un crédito, los intereses de la obligación pueden cubrir parcial o totalmente los intereses aquél y, llegado el momento de ejercitar la opción, si el valor de ésta aumenta, el trabajador puede convertir las obligaciones en acciones ordinarias y vender un número suficiente que le permita amortizar el crédito y, al mismo tiempo, obtener un beneficio para él. Si, por el contrario, el precio de la acción disminuye, la obligación convertible es rescatada y el crédito amortizado.

Por otra parte, la emisión de obligaciones convertibles en acciones ofrece también para la sociedad emisora considerables ventajas, ya que le permite obtener créditos a tipos de interés inferiores que los del mercado bancario, conseguir financiación y, posteriormente, amortizar sus obligaciones a través de su conversión en acciones, lo que supone un aumento de su capital social.

3.3. Planes de participación en la propiedad por los empleados (ESOPs)

Los planes de participación en la propiedad constituyen una fórmula mediante la que los trabajadores pueden recibir gratuitamente acciones u otros títulos que son adquiridos por la propia empresa y asignados, anualmente, a cada trabajador. Lo realmente característico de esta fórmula se encuentra en su funcionamiento, ya que las acciones son depositadas por la empresa en un fondo que las custodia hasta en el momento de la extinción del contrato de trabajo. En realidad «se trata de modernas fórmulas de planes de pensiones cuya forma varía en función de que la adquisición de las acciones se financie con recursos propios o ajenos» [24].

[24] Mercader Uguina, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* cit., p. 216.

3.4. Fondos de inversión (FIP)

El sistema de creación de Fondos de inversión de los trabajadores nace en Alemania en los años inmediatos a la posguerra como instrumento de participación de todos los trabajadores en los beneficios del capital productivo privado, aunque solo en Suecia los fondos de inversión llegan a implantarse y a alcanzar un mayor desarrollo como medida de fomento de una política salarial solidaria y de participación del trabajador en la economía [25]. Se trata de un capital colectivo que puede obtenerse a través de diversos sistemas de financiación. Normalmente se constituye a través de un porcentaje de los beneficios obtenidos por las empresas, en forma de emisión de acciones o de una determinada cantidad de dinero, que se transfieren a unos fondos denominados «Fondos de Asalariados», administrados en su mayoría por sindicatos, que llevan a cabo una redistribución de los mismos entre los trabajadores, no de forma directa, sino mediante la prestación de determinados servicios. Además, estos fondos generan dividendos que, a su vez, van a ser utilizados para la adquisición de nuevos títulos [26]. Sin embargo, el rechazo del empresariado a toda fórmula de participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de la empresa, así como los escasos niveles de sindicación de los trabajadores en España han motivado que la aplicación de esta fórmula, hasta la fecha y pese a su reconocimiento constitucional, haya sido muy escasa.

4. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CAPITAL DE LA EMPRESA

Ya desde antiguo ha existido por parte de la doctrina una evidente voluntad de alcanzar un concepto de salario lo suficientemente preciso que permita, con absoluta claridad, determinar la naturaleza jurídica (salarial o extrasalarial) de las atribuciones patrimoniales percibidas en el marco del contrato de trabajo.

La cuestión no ha tenido, ni tiene, una finalidad exclusivamente teórica. Por el contrario, las consecuencias jurídico-prácticas de la delimita-

---

[25] SCHNEIDER, O.: «El debate sobre la participación de los trabajadores en el capital», en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo,* núm. 37, 1990, pp. 37 a 42; RUESGA, S. M.: *Fondos de inversión de los trabajadores. Una reflexión sobre su aplicabilidad en España,* cit., p. 57.

[26] Para alimentar los fondos de inversión se establecen varias posibles vías: a) un impuesto especial sobre los beneficios extraordinarios en determinadas empresas; b) una cotización especial de todas las empresas sobre la masa salarial. GIMÉNEZ MONTERO, A.: «Posibilidades de los fondos de inversión de los trabajadores en nuestro país», en *Revista de Economía y Sociología del Trabajo,* núm. 7, 1990, p. 69.

ción de lo que es el salario son importantes desde el momento en que la calificación salarial o extrasalarial de todo concepto retributivo determina la aplicación de un régimen jurídico propio que, a su vez, tiene su reflejo en diversos ámbitos: régimen de protección salarial, establecimiento de salarios de tramitación y de indemnizaciones por extinción del contrato, formalización del recibo de salarios, determinación del régimen de cotización y tributación y fijación de las prestaciones económico-sociales más importantes.

A este respecto, la cuestión de la naturaleza jurídica de las fórmulas de participación de los trabajadores en el capital de la empresa es una cuestión polémica y de incuestionable relieve. En particular, la consideración o no como salario de las opciones sobre acciones a efectos jurídico-laborales ha sido una de las más debatidas en la doctrina científica [27] y en la doctrina judicial. Así, las SSTSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 [28], Galicia, de 24 de septiembre de 1999 [29], así como algunas Sentencias de los Juzgados de lo Social [30] se han pronunciado a favor de su carácter no salarial, en atención a varias consideraciones.

En primer lugar, el hecho de que el futuro enriquecimiento de un trabajador partícipe de un plan que ejercita su opción a adquirir acciones no mantenga una conexión causal con la efectiva prestación de servicios profesionales ha sido un argumento recurrente en la doctrina de los Tribunales de Justicia. Téngase en cuenta a este respecto que, según esta doctrina judicial las opciones sobre acciones solo atienden a una funcionalidad concreta: la de interesar a los trabajadores en la situación y funcionamiento de la empresa, pero no retribuyen el esfuerzo, tiempo y dedicación del trabajador a aquélla.

En efecto, la aportación del trabajador de los frutos de su trabajo no es una condición esencial para su devengo: el ejercicio del derecho de opción no aparece anudado a la consecución de unos determinados obje-

---

[27] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Implicaciones laborales de las* stock options, cit., especialmente, p. 68 y ss.; Molina Navarrete: *La dimensión jurídico-salarial de los employee stock options plans,* cit., p. 63 y ss. En contra de la naturaleza jurídica salarial de las *stock options:* Matorras Díaz-Caneja, A. M.: «Las enigmáticas *stock options*. Comentario a la STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999», en *AL,* núm. 43, 2000, especialmente pp. 75 a 80; Landa Zapiraín, J. P.: *La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la «gobernanza corporativa»: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?,* cit., pp. 48 y 49.

[28] (AS 2133).

[29] (AS 3029).

[30] ST del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid, de 5 de junio de 2000. *Vid.* García-Perrote, I. y Martín Flórez, L.: «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*) (Nota sobre la sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid, de 5 de junio de 2000)», en *RL,* 2000, T. II, pp. 585 a 590. Asimismo, sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 30 de Madrid, de 26 de diciembre de 2000.

tivos, a un mayor rendimiento o al cumplimiento de los proyectos empresariales, sino a la mera existencia de una relación laboral del beneficiario de la opción con la empresa, produciéndose, en consecuencia, una desconexión entre la prestación laboral y los beneficios económicos derivados del ejercicio de la opción de compra. En realidad, tales beneficios dependen de un elemento ajeno a la relación de trabajo, cual es el valor bursátil de las acciones en el momento de ejercicio del contrato de compraventa.

Por otra parte, el carácter no salarial de los beneficios derivados del ejercicio de la opción de compra encuentra también razón en su falta de determinabilidad y continuidad, rasgos típicos del concepto legal de salario. Puede afirmarse, en este sentido, que el contrato de opción de compra de acciones, que el trabajador (beneficiario-concesionario) suscribe con la empresa (concedente), no ofrece al trabajador ninguna garantía de ganancia, sino una mera expectativa de derecho: la posibilidad de adquirir a un precio ventajoso, que se materializará, o no, dependiendo de la coyuntura de los mercados de valores y de la evolución bursátil. Son, en realidad, factores exógenos a la empresa y, por tanto, criterios distintos a los que se utilizan para determinar el salario (unidad de tiempo, unidad de obra, condiciones subjetivas del trabajador que no hayan sido valoradas a fijar el salario base, circunstancias particulares de ciertos puestos de trabajo…, etc.) los que determinan que el trabajador obtenga, o no, una utilidad económica. Y, aunque el incremento del valor bursátil de las acciones puede coincidir con el de los beneficios de la empresa, no es menos cierto que, en ocasiones, «una sociedad en pérdidas y que sigue en ellas puede obtener importantes incrementos en su cotización, que responden a las expectativas generadas de un futuro desarrollo del sector» [31], por lo que tampoco las opciones de compra sobre acciones tienen cabida en los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa.

Por último, entiende la doctrina judicial, ha de tenerse también en consideración que el ejercicio del derecho de opción depende exclusivamente de la voluntad del trabajador y que es, por tanto, un derecho renunciable (el trabajador tiene derecho a ejercitar o no esa opción cuando llegue el término pactado para su ejercicio) prohibido por el artículo 3.5 LET, precepto que niega a los trabajadores la posibilidad de disponer de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

---

[31] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Implicaciones laborales de las stock options,* cit., p. 59; asimismo, Zarza, R.: «*Stock options* (Comentarios a la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica», en *RL,* 2001, T. 1, p. 1050.

El punto de inflexión en la doctrina judicial seguida hasta ese momento se produce con la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 [32]. Esta sentencia abre, de nuevo, una polémica zanjada, finalmente, por el TS en dos sentencias de 24 de octubre de 2001 [33], pronunciándose a favor de la naturaleza salarial de los planes de opciones sobre acciones, así como, posteriormente, en SSTS de 4 de febrero de 2002 [34], 10 de abril de 2002 [35] y 1 de octubre de 2002 [36]. A estas sentencias del Alto Tribunal le siguen la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 2003 [37], SSTSJ de Madrid, de 17 de diciembre de 2003 [38] y 19 de octubre de 2004 [39] y STSJ de Canarias, de 18 de julio de 2004 [40].

No obstante, esta nueva jurisprudencia presenta una línea argumental no exenta de críticas. Al voto particular de algunas de las sentencias se suman voces doctrinales discrepantes que rechazan la extensión de la noción de salario a todos los conceptos retributivos de participación del trabajador en la empresa percibidos en el marco de un contrato de trabajo, si no existe una relación de causalidad entre el beneficio económico y el esfuerzo y actividad laboral desarrollada por el trabajador en la empresa.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: *STOCK OPTIONS*, UN NUEVO CONCEPTO RETRIBUTIVO

El concepto legal del salario contenido en el artículo 26.1 parte de un criterio totalizador u omnicomprensivo del salario: se conceptúa como salario la retribución directa de la prestación de servicios o de los períodos de descanso computables como trabajo, señalando su estructura, y desligando el concepto de otras percepciones de naturaleza no salarial. Además, la jurisprudencia ha venido contribuyendo a ampliar el terreno de lo salarial, pues reiteradamente ha venido entendiendo que en este precepto se contiene una verdadera presunción *iuris tantum* de salariedad de todas aquellas percepciones percibidas por el trabajador en el marco de una relación laboral, dado el carácter oneroso y sinalagmático propio del contrato de trabajo.

---

[32] Sentencia ampliamente criticada por Zarza, R.: *Stock options (Comentarios a la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica),* cit., pp. 1043 a 1052.

[33] RJ 2002/2362 y RJ 2002/2363.

[34] RJ 2002/3276.

[35] RJ 2002/5322.

[36] RJ 2002/10666.

[37] AS 2003/2612.

[38] AS 2003/1755.

[39] AS 2004/2847.

[40] AS 2004/874.

Ahora bien, que exista una atribución patrimonial realizada a favor del trabajador e inserta en una relación laboral vigente no implica que tales percepciones económicas sean debidas en concepto de salario si no se han devengado en contraprestación del servicio laboral del trabajador. Es cierto, habida cuenta del origen oneroso y sinalagmático del contrato de trabajo, «lo normal» es que las percepciones percibidas por el trabajador en el marco de un contrato laboral se reciban como contraprestación del trabajo realizado. No obstante, el criterio de normalidad no debe llevarnos a conceptuar como salario a todas las percepciones económicas que el trabajador recibe del empresario en el ámbito del contrato de trabajo.

Debe, asimismo, tenerse en consideración que el criterio negativo de calificación tampoco constituye un elemento definitivo a efectos de solucionar los problemas de calificación jurídica de aquellas atribuciones económicas de naturaleza dudosa: la enumeración que efectúa el precepto no es taxativa, sino meramente ejemplificativa [41]. Ahora bien, dada la *vis atractiva* del salario derivado de la onerosidad consustancial al contrato de trabajo y el carácter extensivo dado a éste por los Tribunales, la ampliación de la lista del apartado 2 del artículo 26, debe efectuarse con precauciones y siempre de forma suficientemente probada.

Por tanto, para la parte que quiera hacer valer el carácter salarial de una determinada atribución patrimonial, no basta con acreditar que la prestación se ha devengado vigente el contrato de trabajo, sino que es preciso acreditar la verdadera causa a la que obedece la atribución económica, esto es, si guarda una relación de dependencia causal con las funciones desempeñadas por el trabajador. El problema es determinar cuál es el grado de vinculación causal necesario para que resulte obligada su calificación como salario, sobre todo en partidas de naturaleza dudosa.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas creo que existen argumentos de entidad suficiente como para afirmar que las opciones de compra de acciones concedidas por el empresario al trabajador tienen la consideración de salario. Evidentemente, esta afirmación debe realizarse con cierta cautela: no puede establecerse un criterio general para todos los casos; por el contrario, cada uno de ellos debe ser objeto de estudio individualizado [42].

---

[41] Contrariamente a lo que mantiene la STS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2362) F.J. quinto.

[42] No toda opción de compra de acciones concedida por el empresario al trabajador es salario sino que hay que estar a las circunstancias de cada plan, circunstancias que quedan totalmente desconocidas en el caso decidido por la sentencia de contraste. STS de 1 de octubre de 2002 (RJ 2002/10666) F.J. quinto.

En efecto, compartimos con aquéllos autores que niegan el carácter salarial de los beneficios derivados de las opciones sobre acciones el valor de las *stock options* como incentivo laboral dirigido a fidelizar e incrementar la implicación de los trabajadores en la empresa [43], sobre todo, la de aquéllos que ocupan puestos clave: a través de un plan de opciones sobre acciones bien diseñado la empresa consigue reforzar el vínculo del trabajador para que no trate de encontrar empleo en otra empresa y, con ello, ahorrar costes en concepto de formación, así como evitar la disminución de la productividad que se origina como consecuencia de una elevada tasa de sustitución de los empleados. Por su parte, ya hemos hecho brevemente referencia a la importancia de las *stock options* como incentivo para los trabajadores directivos —a los efectos de impulsar el buen gobierno de las sociedades— e instrumento para la maximización de los resultados económico empresariales.

No obstante, el marcado carácter de las opciones sobre acciones como incentivo laboral dirigido a incrementar el compromiso de los empleados con la empresa no contradice su carácter salarial ni liga estos instrumentos a los *fringe benefits* [44]. Tengamos en cuenta que, además de una función satisfactiva, el salario posee una función organizativa o gestional [45], que tiene por objeto la adecuación de la estructura salarial a las peculiaridades de la organización empresarial y la elección de los sistemas retributivos más convenientes para la consecución de los fines perseguidos por la dirección de la empresa en su papel de distribuidora del salario. Por ello, en función de las estrategias organizacionales las estrategias retributivas pueden ser diferentes [46] y, de hecho, cuanto ma-

---

[43] «Función fiduciaria» en palabras de Molina Navarrete, *vid.* Molina Navarrete, C.: *La dimensión jurídico-salarial de los* employee stock options plans, cit., pp. 16 a 18.

[44] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Implicaciones laborales de las* stock options, cit., p. 66.

[45] «El salario no adquiere importancia por sí mismo; su verdadera trascendencia reside en que es un instrumento de gestión de la política de personal en la empresa (…) se pone de manifiesto que las materias salariales no son un ámbito aislable de la organización empresarial, sino que, por el contrario, se inserta dentro de la política general de la empresa» (pp. 16 y 17), «…la estructura de la retribución depende en gran parte de las características de la organización empresarial…» (p. 113). Monereo Pérez, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997,* cit.; asimismo, al respecto, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Salario y organización laboral de la empresa», en *RMTAS,* núm. 23, 2000, pp. 98 a 103.

[46] En este sentido cabe referirse a la política salarial en sentido microeconómico como «sistema operativo que el empresario ha de planificar y aplicar, con la razonable dosis de flexibilidad, si quiere conseguir el mejor grado de eficiencia de la organización productiva: mejor satisfacción y rendimiento del lado de los trabajadores, mejores productos o servicios ofrecidos al mercado, máxima satisfacción para los clientes, entre otros logros». Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: *Salario y organización laboral de la empresa,* cit., p. 94; Sánchez Marín, G. y Aragón Sánchez, A.: *La relación entre la estrategia empresarial y la estrategia retributiva y su efecto en los resultados de la empresa,* cit., pp. 180 a 186.

yor sea la adecuación entre ambas, mayores serán los efectos positivos en los resultados de la empresa.

Lo realmente relevante, a efectos de determinar la naturaleza jurídica de una determinada percepción económica percibida en el marco de un contrato de trabajo, no es el objetivo o finalidad que pretende, sino si su devengo obedece o no a una causa remuneratoria, esto es, si viene determinada meramente por la pertenencia al trabajador a la empresa o aparece vinculada a la prestación laboral. Ahora bien, será preciso tomar en cuenta que para la calificación como salarial de una determinada partida no es necesario que exista una conexión causal directa con la prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente, basta con que exista una conexión causal aunque ésta sea indirecta [47]. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que una de las notas distintivas de los complementos que atienden a la situación y resultados de la empresa es que la concausa jurídica que justifica su devengo no se encuentra exclusivamente vinculada a la prestación laboral; por el contrario, en su determinación intervienen otros factores de carácter económico-empresarial independientes del comportamiento de los trabajadores.

Desde este punto de vista, entendemos que los beneficios económicos que el trabajador obtiene de la diferencia entre el precio pactado para el ejercicio de la acción y el de la acción en el mercado de valores en el momento de su adquisición constituyen una contraprestación de los servicios laborales por cuenta ajena que pueden encuadrarse en la categoría de los complementos salariales basados en la situación de la empresa, en concreto en la situación bursátil [48], generándose un aumento de la capacidad económica del trabajador. Sin embargo, es importante precisar que, en atención al criterio de reciprocidad de las prestaciones que tipifica el contrato de trabajo, la calificación como salario se deduce de los beneficios derivados del ejercicio de los derechos de opción de compraventa de acciones; pero no así, de la ganancia obtenida de la venta de las acciones previamente adquiridas por el trabajador, ya que esta última no mantiene una conexión causal directa ni indirecta con el trabajo prestado: el trabajador obtiene ese beneficio con ocasión de un tercero ajeno a la relación laboral [49].

---

[47] Sobre la concepción amplia del salario, *vid.* Monereo Pérez, J. L.: *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997,* cit., p. 13.

[48] Del Rey Guanter, S. y Bonilla Carrasco, J.: «La naturaleza jurídica de las *stock options*: a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de febrero de 2001», en *AL,* núm. 31, p. 650.

[49] En el propio ET vienen a excluirse de su ámbito de aplicación ciertos supuestos en los que es posible la percepción de ciertas cantidades o beneficios de carácter económico que, sin embargo, no constituyen salario puesto que no concurre alguna o algunas de las notas esenciales del contrato de trabajo (reciprocidad, ajeneidad y dependencia). Según lo anterior, resultarían excluidos del concepto de salario las cantidades económicas proceden-

La naturaleza salarial de los planes de opciones sobre acciones viene mayormente fundamentada cuando el plan que se suscribe viene condicionado a la concurrencia de circunstancias específicas atinentes a la consecución de unos determinados objetivos [50] —el rendimiento en el trabajo [51]— o a las circunstancias personales del trabajador —como la antigüedad en la empresa—, por cuanto concurren en ellas una «concausa» que se añade a la causa remuneratoria. Hay, por tanto, «una relación directa de reciprocidad entre el sacrificio patrimonial del trabajador (la cesión de los frutos de su trabajo) y el sacrificio patrimonial del empresario (la venta de la acción a un precio inferior al de mercado)» [52]. En este caso, nada impide que las *stock options* puedan tener encaje en más de un grupo de complementos salariales: la concausa de su concesión determinará la naturaleza del beneficio económico obtenido y el régimen jurídico aplicable [53].

Esta nueva fórmula retributiva se caracteriza por su aleatoriedad, ya que puede no percibirse cuando en la fecha fijada para el ejercicio de la opción el precio de las acciones no alcance las expectativas previstas —bien porque la plusvalía es menor a la esperada, bien porque el valor de las acciones en el mercado de valores, en el momento de hacer efectivo el derecho de opción, es inferior que el precio pactado para el momento de su ejercicio—. No obstante, tal indeterminación no es relevante, puesto que «no perjudica el carácter objetivo y determinable del parámetro de fijación de la cantidad a percibir: la cotización en bolsa» [54].

---

tes de de terceros, el tercero no es parte del contrato de trabajo ni, en consecuencia, deudor de la obligación salarial y el salario es una prestación de naturaleza recíproca, pues constituye la contraprestación del empresario por la obligación principal del trabajador asumida en el contrato de trabajo.

[50] De hecho, un plan que conceda las opciones de modo incondicionado y no las haga depender de la consecución de objetivos puede tener efectos contraproducentes. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *Implicaciones laborales de las* stock options, cit., p. 59.

[51] Mercader Uguina, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial,* cit.., p. 215.

[52] STS de 1 de octubre de 2002 (RJ 2002/10666). F.J. quinto.

[53] «Tal vez haya que pensar que, en supuestos excepcionales, cuando pueda predicarse su carácter salarial, la calificación de lo obtenido por medio del ejercicio de la *stock option* en cada caso dependerá de la "concausa" de su concesión —si es que realmente es un complemento salarial—, que puede estar relacionada con las circunstancias personales del trabajador, con el trabajo realizado o con la situación o resultados de la empresa». Pradas Montilla, R.: «Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo», en *DL,* núm. 66, 2001, p. 16.

[54] Molina Navarrete, C.: *La dimensión jurídico-salarial de los* employee stock options plans, cit., p. 45. Asimismo, Pradas Montilla, R.: *Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo,* cit., p. 15, quien afirma: «no parece trascendente que el beneficio obtenible se fije atendiendo a la cotización en Bolsa de las acciones de la empresa o a la cotización en Bolsa de las acciones de un tercero. Es suficiente con que el objeto de la obligación salarial sea determinable, aunque la determinación se haga por referencia a hechos o circunstancias que no dependan de la voluntad de las partes contratantes».

Desde la suscripción del contrato de opción de compraventa de acciones nace para el trabajador un derecho con un contenido económico material cuantificable que podrá materializarse cuando se cumpla el término: en el caso de que el valor de las acciones sea superior al de ejercicio, el trabajador podrá ejercitar su derecho de opción y obtener con ello una ganancia; en el supuesto contrario, el trabajador puede no ejercitar el contrato de compra de acciones.

Los planes de opciones sobre acciones tienen carácter de salario en metálico. Y ello por cuanto, como afirma el TS no se produce «una utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa…», no existe, en suma, el uso o disfrute de un bien, servicio o derecho distinto al dinero, sino la adquisición un bien que es la cobertura formal de una cantidad variable[55]. En consecuencia, no resulta de aplicación el límite legal del 30% de la totalidad de las percepciones económicas del trabajador (art. 26.2 LET).

Por lo que afecta al principio de irrenunciabilidad, es obvio que el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores no es aplicable al presente caso, pues lo que prohíbe este precepto es que los trabajadores renuncien a determinados derechos establecidos en una norma imperativa. Pero no nos hallamos ante un supuesto de renuncia del trabajador a sus condiciones de trabajo: el plan de opción de compra de acciones es un «sistema remuneratorio opcional»[56], como los bonus o las comisiones, para cuya determinación y cuantificación se requiere también de la actuación del trabajador en la consecución de unos resultados individuales o colectivos. «Su inactividad en modo alguno supone un acto de disposición prohibido por la ley, sino un acto de mera libertad del trabajador»[57].

Las *stock options* constituyen, por tanto, un concepto retributivo nuevo, vinculado causalmente con la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, tal y como exige el artículo 26.1 LET, y en el que pueden observarse un conjunto de factores característicos y atípicos que, no por ello, desvirtúan su carácter salarial, puesto que concurren las notas definitorias del mismo.

---

[55] Al respecto, Martínez Jiménez, R.: *El salario en especie,* Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 61 y 127.

[56] Molina Navarrete, C.: *La dimensión jurídico-salarial de los* employee stock options plans, cit., pp. 21 y 22.

[57] STS de 24 de octubre de 2001.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS: EL CASO ESPECIAL DE LAS SITUACIONES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL

MARTA NAVAS-PAREJO ALONSO
Becaria FPI de la Comunidad de Madrid - FSE
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS NIVELES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL COMO DETERMINANTES DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES. 2.1. Delimitación objetiva: los supuestos de concurrencia empresarial. 2.2. Delimitación subjetiva: el Delegado de Prevención.—3. PROBLEMAS Y LÍMITES DE LAS COMPETENCIAS Y FACULTADES DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN EN LOS DISTINTOS NIVELES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL. 3.1. Competencias y facultades previstas por el RDCAE. 3.1.1. El derecho de información de los delegados de prevención: derecho de participación activa y pasiva. A) Primer nivel de concurrencia: mera coincidencia física de trabajadores en un mismo centro de trabajo. B) Segundo y tercer nivel de concurrencia: existencia de empresa titular de centro de trabajo o de empresa principal. 3.1.2. Los derechos de consulta. 3.1.3. Competencias de vigilancia y control y visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3.1.4. Facultades de propuesta y colaboración. A) Facultad de propuesta. B) Facultad de colaboración. 3.2. El problema de las facultades no previstas por el RDCAE: la paralización por riesgo grave e inminente. 3.3. El Comité de Seguridad y Salud en el trabajo.—4. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la normativa en materia de prevención de riesgos laborales concede a los representantes de los trabajadores un papel esencial de naturaleza participativa; reconocimiento que puede plantear serios problemas de coordinación, concreción y delimitación competencial en los supuestos en los que en un mismo centro de trabajo concurran varias empresas. Esto unido a la directa relación entre mayor siniestralidad y existencia de centros de trabajo con coincidencia de trabajadores de diversas empresas, ha sido advertido desde hace tiempo por el legislador. Más aún cuando este fenómeno suele ir acompañado de un alto índice de temporalidad, también elemento determinante del aumento de la siniestralidad. Muestra de ello son la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo [1], la Directiva 89/391 [2], el Convenio número 155 OIT [3], el artículo 24 y 42 ET [4], el artículo 24 LPRL [5] y otros preceptos relacionados. Pero es precisamente a partir de la LPRL cuando este factor cobra especial relevancia, sobre todo con la aprobación de normas específicas de desarrollo donde, junto a una dimensión más preventiva que represiva [6], se tienen en cuenta conceptos como los de centro de trabajo, empresa titular, medios de coordinación,

---

[1] OM de 9 de marzo de 1971.

[2] Directiva del Consejo 89/391, de 12 junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

[3] Convenio de 22 de junio de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.

[4] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[5] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

[6] Miñarro Yanini, M.: *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas.* En Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2003, p. 542.

o la relación entre los representantes de las distintas empresas implicadas (relaciones intercolectivas). Es el caso del Real Decreto 1627/1997[7], el de la Ley 54/2003[8], que establece la obligación del desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL, y más específicamente, el del Real Decreto 171/2004[9].

En este contexto, el objeto de esta Comunicación consiste en analizar los problemas prácticos derivados del reconocimiento por parte del RDCAE de una cierta ampliación de funciones de los delegados de prevención[10] en los supuestos de concurrencia empresarial[11].

2. LOS NIVELES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL COMO DETERMINANTES DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES

La participación ha sido definida por la Comisión de las Comunidades Europeas como *el conjunto de medios de que disponen los trabajadores en las decisiones que adopta la empresa para la que trabajan*[12]; la participación, pues, refleja una idea de coincidencia en unos *objetivos comunes que ambas partes, si bien por razones y desde posiciones diversas, pueden compartir sin excesivas divergencias*[13]. El elenco de facultades y competencias que pueden encuadrarse bajo la rúbrica de participación depende de la amplitud que se otorgue a dicho concepto. De este modo, se han incluido en el concepto de participación aspectos como las experiencias de autogestión en la empresa, la participación en la propiedad o en los beneficios y la participación en la gestión en la empresa cuya finalidad es la democratización en la toma de decisiones

---

[7] Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a las obras de construcción.

[8] Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

[9] Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de PRL en materia de coordinación de actividades empresariales. En adelante, RDCAE.

[10] En adelante, DP.

[11] Si se tiene como referencia el estándar común de facultades establecidas para estos delegados en los casos de empresas no concurrentes.

[12] Definición de la Comisión de las Comunidades Europeas en el *Libro Verde sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas*. Ed. Ministerio de Trabajo, 1976, p. 37, citado por Valdés Dal-Ré, F.: «Participación, derechos de participación y derecho de participación», p. 70, en Casas Baamonde, M. E.; Palomeque López, M. C., Valdés Dal-Ré, F. (coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, 338 p.

[13] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales,* Madrid: Trotta, 1996, p. 231.

de la empresa [14]. En cuanto a la prevención de riesgos laborales, la participación se encuentra recogida principalmente en el capítulo V de la LPRL, aunque ni todos los derechos de participación en esta materia se limitan a los allí recogidos, ni todos ellos son de naturaleza participativa [15]. En general, la LPRL se refiere a derechos de información, consulta y participación [16]; derechos que suelen ser ejercitados por los representantes de los trabajadores y, en este caso, por los DP. Pero además, estos sujetos ostentan otra serie de competencias y facultades diferentes de las anteriores y que también poseen naturaleza participativa, razón por la cual serán también analizadas.

2.1. Delimitación objetiva: los supuestos de concurrencia empresarial

Las situaciones de concurrencia empresarial pueden definirse, fundamentalmente, a partir de dos elementos: el centro de trabajo y los vínculos jurídicos. La importancia del centro de trabajo reside en la especificación del artículo 24 LPRL de que las situaciones de concurrencia de empresas se producirán en aquellas ocasiones en que exista coincidencia física de los trabajadores de varias empresas en el mismo *centro de trabajo*. Se trata de un concepto restringido si se tiene en cuenta exclusivamente la definición contenida en el artículo 1.5 ET. En todo caso, el RDCAE, ha aportado una ampliación [17], consistente en su asimilación al lugar de trabajo, concepto sensiblemente más amplio y flexible. Así, el artículo 2.a) RDCAE define el centro de trabajo como *cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo* [18].

Por lo que se refiere al vínculo jurídico, se trata de un elemento que, al contrario que el anterior, no es esencial para que materialice una situación de concurrencia empresarial, pero sí contribuye a diferenciar los posibles supuestos previstos por el artículo 24 LRPL y RDCAE. De

---

[14] Galiana Moreno, J. M., García Romero, B.: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, p. 14.

[15] Valdés Dal-Ré, F.: «Participación, derechos de participación y derecho de participación», p. 69, en Casas Baamonde, M. E.; Palomeque López, M. C., Valdés Dal-Ré, F. (coords.): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, 338 p.

[16] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación…,* p. 69.

[17] Aguilera Izquierdo, R.: «El desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 53, 2004, p. 268.

[18] A partir de aquí se considerará también centro de trabajo aquellos lugares donde se desarrollen trabajos al aire libre, transportes, etc. (Aguilera Izquierdo, R.: *El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades…,* p. 269).

este modo, se prevén tres niveles de concurrencia [19]. En el primero de ellos, no existe ninguna vinculación jurídica entre las empresas más allá de la mera coincidencia física de sus trabajadores en un mismo centro de trabajo [20]. El segundo de los niveles es aquél en el que, sin existir, de nuevo, necesariamente vinculación entre las empresas coincidentes, una de ellas ostenta la calidad de titular del centro de trabajo; sin que el empresario titular del centro deba serlo obligatoriamente a título dominical [21]. Esta cuestión ha sido también solventada por el RDCAE, que establece que empresario titular será *la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo* [22]. En todo caso, hay que precisar que, a la hora de atribuir derechos y obligaciones a los diversos sujetos empresariales implicados, el RDCAE distinguirá entre que el empresario tenga o no trabajadores que desempeñen su actividad en el centro de trabajo. Por último, existe un tercer nivel de concurrencia, en el cual la existencia de vínculos jurídicos es, ahora sí, requisito indispensable. Se trata de aquellas situaciones de contratación o subcontratación de la propia actividad de la empresa principal [23]. De esta forma, aquellas contratas o subcontratas que no pertenezcan a la propia actividad, se regirán generalmente por lo establecido en el segundo de los niveles [24]. Las previsiones normativas anteriores serán también de aplicación a los trabajadores autónomos que concurran con otras empresas en el mismo centro de trabajo [25]. Lo mismo sucede, a pesar de no estar expresamente contemplado por el RDCAE, con las UTE [26] y Grupos de Empresa [27], no así con las ETT [28], que no se encuentran en el ámbito de aplicación del artículo 24 LPRL y del RDCAE por contar con una normativa independiente.

---

[19] Niveles que no son excluyentes, pues es posible encontrar una mera coincidencia física en que una de las empresas concurrentes haya establecido una contrata, por ejemplo.

[20] *Op. cit.,* p. 271.

[21] Montoya Medina, D.: «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero», en *Aranzadi Social*, núm. 14/2004, Parte estudio, p. 9 (Ref. Electrónica: BIB 2004/1695).

[22] Artículo 2.b) RDCAE.

[23] Artículo 2.c) RDCAE: Empresario principal es el *empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo.*

[24] Aguilera Izquierdo, R.: *El desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL: la coordinación de actividades...,* p. 276.

[25] Teniéndole aquí presente no sólo como sujeto obligado a adoptar medidas preventivas sino, fundamentalmente, como beneficiario de las mismas (Goerlich Peset, J. M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, 17-23 de febrero, 1997, p. 130).

[26] Uniones Temporales de Empresas.

[27] Goerlich Peset, J. M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, 17-23 de febrero, 1997, p. 129.

[28] Empresas de Trabajo Temporal.

La importancia del nivel de concurrencia en que se encuentran las empresas que coinciden en un mismo espacio físico reside en que, a partir de éste, se determinarán una serie de derechos y obligaciones, no sólo empresariales sino también de los órganos de representación de los trabajadores, que crecen en intensidad para ambos sujetos en función de dicho nivel en que se encuentren [29]. Sin embargo, la razón de ser del carácter acumulativo de la atribución obligacional y competencial no reside en un mayor riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores en los niveles superiores, sino en la existencia de un empresario con la capacidad de controlar el riesgo derivado de la concurrencia [30]. Esto es, el criterio por el que optan la LPRL y el RDCAE en esta materia es el tradicional del control y exposición del riesgo [31].

2.2. Delimitación subjetiva: el Delegado de Prevención

Como cuestión previa al análisis del papel de los DP, en cuanto figura participativa, en las situaciones de concurrencia empresarial, es conveniente precisar la naturaleza de esta figura. Como ya se ha dicho, los DP son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos del trabajo [32], encontrándose su regulación en los artículos 35 a 37 LPRL. Figura de naturaleza jurídica peculiar y discutida [33], son elegidos por y entre los representantes de los trabajadores de acuerdo con un sistema de designación recogido en la

---

[29] De este modo, en el primero de los niveles se prevén obligaciones de cooperación que se concretan en un deber de información recíproca entre las empresas concurrentes (art. 4.2 RDCAE) y de establecimiento de los medios de coordinación necesarios (arts. 5 y 11 RDCAE). En el segundo de los niveles, estas competencias se ven intensificadas en la figura de la empresa titular del centro de trabajo, que deberá, además de cumplir las obligaciones del nivel anterior, informar a los empresarios concurrentes de los riesgos propios del centro de trabajo e impartir instrucciones para la prevención de los mismos (en este caso se debe distinguir entre que la empresa tenga o no trabajadores en el centro. Si no es así, únicamente deberá cumplir la obligación de información a los empresarios concurrentes). Por último, en los supuestos de contratas y subcontratas, el empresario principal deberá observar las medidas anteriores y, además, exigir las acreditaciones correspondientes en cuanto a la evaluación de riesgos, planificación preventiva, información y formación de los trabajadores además de las habituales competencias de vigilancia y control de cumplimiento de la normativa preventiva (art. 10 RDCAE).

[30] Es más, si se comparan los dos primeros niveles de concurrencia se observa cómo la diferencia entre ambos únicamente se encuentra en la existencia de un titular del centro de trabajo que siempre se encontrará más cualificado por conocimiento y posición para prevenir los posibles riesgos derivados de la concurrencia (AGUILERA IZQUIERDO, R.: *El desarrollo reglamentario...,* p. 288).

[31] En este sentido, CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque», en *Temas Laborales*, núm. 73/2004, p. 71.

[32] Artículo 35.1 LPRL.

[33] ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico.* Granada, Comares, 2001, p. 71 y ss.

LPRL, que no obstante puede ser modificado o sustituido por la negociación colectiva [34]. El hecho de que a estos representantes se les pueda considerar una manifestación de la participación en la empresa deriva de la especialidad de sus funciones, destacando, entre otras, las de información y consulta, vigilancia y control, propuesta, *participación* [35], colaboración y paralización por riesgo inminente. No es propósito de esta Comunicación reflexionar acerca de los DP en general, si bien es claro que, con la aprobación del RDCAE, las competencias y facultades del DP han experimentado ciertas ampliaciones [36] y especificaciones que varían, al igual que sucede con las obligaciones empresariales, según los niveles de concurrencia. De modo que existirán DP a nivel de empresa individual, a nivel de empresa titular de centro de trabajo, y a nivel de empresa principal, sin que esas competencias queden reservadas exclusivamente al ámbito de cada empresa singularmente considerada. De su intensidad, sus carencias e indeterminaciones es de lo que tratará el epígrafe siguiente.

3. PROBLEMAS Y LÍMITES DE LAS COMPETENCIAS Y FACULTADES DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN EN LOS DISTINTOS NIVELES DE CONCURRENCIA EMPRESARIAL

Para realizar el siguiente análisis se ha optado por seguir un criterio de tipo funcional, basado en la intensidad participativa de las distintas competencias y facultades, por considerarse más práctico que el que se fundamenta en los distintos niveles de concurrencia. Además, también se diferenciará en función de su previsión o no en el RDCAE.

3.1. Competencias y facultades previstas por el RDCAE

3.1.1. El derecho de información de los delegados de prevención: derecho de participación activa y pasiva

De los derechos que ostenta el DP, el más universal de todos ellos es el de la información. Y se dice universal porque, en el ámbito de la concurrencia empresarial, es el derecho y el deber que ostentan todos los sujetos implicados, desde el nivel de concurrencia más tenue al más

---

[34] Galiana Moreno, J. M., García Romero, B.: *La participación y representación de los trabajadores...,* p. 21.

[35] Expresamente recogido así en el artículo 11 de la Directiva Marco y en el artículo 39 LPRL, en cuanto al Comité de Seguridad y Salud.

[36] Principalmente en cuanto al ámbito de actuación, que trascenderá al de la empresa (Carrero Domínguez, C.: *La nueva regulación de la prevención...,* p. 70).

intenso. El derecho de información corresponde a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, esto debe interpretarse, cuando no se establece expresamente, a través de un criterio de especialidad; por lo que, en materia preventiva, estarán legitimados, en primer lugar, los DP y en caso de no existir, los representantes de los trabajadores [37]. Además también se deberá informar a los trabajadores cuando se trate de su concreto puesto de trabajo.

Este derecho tiene particular relevancia en cuanto es el presupuesto para el control y la participación efectiva en los acontecimientos de gestión empresarial. Por tanto, contribuye entre otras cosas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores al aportar un conocimiento de los elementos ambientales de su lugar de trabajo y de las circunstancias en las que han de ejecutar su prestación de servicios [38]. De acuerdo con un criterio generalmente asumido, el derecho de información puede clasificarse atendiendo a su carácter activo o pasivo [39]. Se trata además, de un derecho participativo no sólo de forma autónoma, sino también de manera funcional, actuando como soporte lógico y jurídico para el ejercicio de otras fórmulas de participación más intensas [40]. A pesar de ello, este derecho presenta el nivel de intensidad más débil de los derechos de participación [41].

En cuanto al contenido de estas informaciones, y en relación con las situaciones de concurrencia empresarial, puede diferenciarse:

A. Primer nivel de concurrencia: mera coincidencia física de trabajadores en un mismo centro de trabajo

A lo largo del RDCAE se encuentran múltiples previsiones en cuanto a la información, si bien la mayor parte de ellas trata de deberes de

---

[37] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley...,* p. 208, en cuanto al derecho de consulta pero también aplicable al de información.

[38] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 79.

[39] De este modo, en el derecho a la información suele incluirse tanto la información pasiva o derecho a recibir información, como la activa o derecho de consulta (Pérez Capitán, L.: «El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del artículo 64.1, apartados 1.º y 3.º del Estatuto de los Trabajadores», en *Aranzadi Social,* vol. III, Parte Estudio, 1995, p. 2261). Sin embargo, si el derecho de información se analiza de forma independiente al de consulta, se observa cómo aquél presenta, de forma autónoma, una manifestación pasiva, como es la de recibir la información por parte del empresario, y otra activa, como es la de recabar la información, sin que se llegue a la intensidad del derecho de consulta (Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico.* Granada, Comares, 2001, p. 208).

[40] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 79.

[41] *Op. cit.,* p. 79.

información interempresarial. En cambio, las previsiones referidas a ese derecho respecto de los DP son escasas. Si se analizan estas competencias, se observa cómo, en el primer nivel, no existen grandes especialidades en materia de derechos de información de los DP en cuanto a las situaciones de concurrencia empresarial pues estos son los recogidos en los artículos 18 [42], 23 y 36 LPRL, además de los previstos en el artículo 4.5 RDCAE [43].

En todo caso, de esta escasez de regulación se deriva un interrogante referido al acceso de los DP de cada empresa concurrente a la información. Como se sabe, el RDCAE establece para los empresarios una obligación de cooperación a través del intercambio de información que se transmitirá a través del coordinador de seguridad y salud [44]. La cuestión es si los DP de cada una de las empresas concurrentes pueden dirigirse a aquél para obtener dicha información, principalmente en los supuestos en que les sea negada por parte de su empresario correspondiente. Teniendo en cuenta que la facultad de dirigirse al coordinador se encuentra prevista por el RDCAE en el artículo 15.3.d) sólo en relación con la propuesta de adopción de medidas preventivas la respuesta a esta cuestión debe ser negativa. Es más, en caso de inexistencia de coordinador, puesto que no es de establecimiento obligatorio [45], los DP de una empresa tampoco [46] podrían dirigirse a los DP o a los empresarios de la restantes empresas para recabar información, pues cuando el RDCAE concede esta ampliación de competencias más allá del ámbito de su empresa, lo hace respecto de la empresa titular de centro o de la empresa principal, por su labor de centralizadora o controladora de los riesgos comunes.

B. Segundo y tercer nivel de concurrencia: existencia de empresa titular de centro de trabajo o de empresa principal

El derecho de los DP a recibir información del empresario se encuentra recogido en el artículo 15.1 RDCAE. Pero este artículo se refiere únicamente a aquellos supuestos de contratación o subcontratación de obras y servicios. Por ello, esta previsión no supone ningún avance en

---

[42] Al cual remite el artículo 4.5 RDCAE.

[43] A partir de todas estas previsiones, se establece la obligación del empresario de informar a los DP acerca de los riesgos, las medidas de prevención aplicables y las medidas de emergencia, añadiéndose determinadas obligaciones de entrega de documentación recogidas en el artículo 23 LPRL.

[44] Artículo 14 RDCAE.

[45] A pesar de que en determinadas condiciones es considerado medio de coordinación preferente.

[46] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley…,* p. 163.

la regulación de las situaciones de concurrencia empresarial, pues ya se establecía en los artículos 42.4 y 5 y 64.1.1 ET, a los que se remite el RDCAE. Sin embargo, se ha planteado si este derecho se aplica únicamente a los supuestos de contratación de propia actividad o también podría serlo a aquellas contratas que no cumplen este requisito. A partir de la previsión del artículo 42.1, que se refiere a la propia actividad, parece que el artículo 15.1 se corresponde únicamente con el tercer nivel de concurrencia empresarial. A pesar de ello existen opiniones contrarias que se basan en la finalidad protectora de la norma y en la ausencia de especificación del artículo 15 a conceptos como empresa principal, que ya implicaría la necesidad de la propia actividad como requisito determinante [47]. Además, también se ha señalado como defecto de configuración del artículo 15.1 la falta de precisión del posible derecho a información a los DP de la empresa contratista o subcontratista y no sólo a la principal [48]. Esta cuestión puede ser discutible por cuanto el artículo 15.1 únicamente hace referencia a los representantes o DP cuando se contrate o subcontrate, lo cual puede perfectamente incluir a los DP de las empresas contratistas. En todo caso, ya el artículo 42.5 ET establece esta obligación, constituyendo una muestra más de la poca utilidad práctica en este punto del artículo 15.1 RDCAE.

Una vez delimitado el marco de aplicación del artículo 15.1 RDCAE, para conocer el contenido del derecho de información en estos niveles, hay que acudir al ET, la LPRL y el RDCAE. En los supuestos de concurrencia con empresa titular de centro de trabajo deberá facilitarse no sólo la información prevista en el primer nivel de concurrencia sino también la contenida en el artículo 9 RDCAE [49], esto es, la referida a la información e instrucciones que provienen de la empresa titular del centro de trabajo. En cuanto a la concurrencia con presencia de empresa principal, se deberá informar sobre todo lo anterior y, además, existe la obligación del empresario de informar a los trabajadores sobre los medios de coordinación establecidos [50]; sobre las previsiones de subcontratación [51]; sobre el concierto de contratas de obras y servicios, tanto a los DP de la empresa principal [52] como de la contratista o subcontratista [53]. Por lo que

---

[47] Alegre López, J.: *La reforma de la Ley*…, p. 246.

[48] Miñarro Yanini, M.: «La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», en *Aranzadi Social*, núm. 9/2004, p. 19 (Ref. electrónica: BIB 2004/900).

[49] El artículo 9.3 de esta norma establece que cada empresario deberá comunicar a sus trabajadores las informaciones recibidas del empresario titular del centro de trabajo en los términos previstos en el artículo 18.1 LPRL.

[50] Artículo 12.3 RDCAE.

[51] Artículo 64.1.1 ET.

[52] Artículo 42.4 ET.

[53] Artículo 42.5 ET.

respecta a su contenido, la información debe versar, entre otras cuestiones, sobre las medidas previstas para la coordinación desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

A partir del RDCAE parece que la información que debe transmitirse a los trabajadores es toda la que recibe el empresario por parte de las empresas concurrentes. La necesidad de concretar este aspecto ya se había señalado anteriormente a la aprobación de esta norma de desarrollo [54]. En este punto es de señalar que el incumplimiento de estos deberes por parte del empresario puede encuadrarse en las infracciones previstas en los artículos 12.11, 12.13 [55] y 13.7 LISOS según se trate de actividades peligrosas o no [56].

Directamente relacionado con el ejercicio del derecho de información y derivado de éste [57], se encuentra lo referido a su límite, esto es, el deber de sigilo de los DP, previsto en el artículo 37.3 LPRL. Su objetivo es compatibilizar el interés del empresario al secreto con el del trabajador a la máxima información, estableciendo una solución intermedia *que evite el uso imprudente o desproporcionado de la misma* [58] y que posibilite *el flujo de informaciones que deben circular entre el empresario y el representante del trabajador* [59]. Como se sabe, este deber ha ser interpretado de forma flexible [60], por cuanto no puede impedir el logro del objetivo para el cual el derecho de información está previsto. Por ello, se encuentra modulado por la denominada *facultad-deber de información y denuncia* [61]. En cuanto a su interpretación, existen diversas opiniones, desde aquellas que lo consideran como una manifestación débil del deber de secreto profesional [62] que debe regirse por la buena fe [63], hasta las que opinan, de forma extrema, que este deber obliga a guardar secreto a los representantes [64].

---

[54] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, p. 72.

[55] Si el empresario no adopta las medidas de coordinación y cooperación, siendo la información una de ellas.

[56] *Op. cit.,* p. 72.

[57] Garrido Pérez, E.: *La información en la empresa.* Madrid: CES, 1995, p. 344.

[58] Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información*. Madrid: Civitas, 1992, p. 270, citado por Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención...*, p. 337.

[59] Carrero Domínguez, C.: «El sigilo profesional de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», en AA.VV.: *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 1997, p. 521.

[60] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley...,* p. 245.

[61] Álvarez Montero, A., *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 347.

[62] Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información...,* p. 295.

[63] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 337.

[64] Boza Pro, G.: *El deber de sigilo...*, pp. 218-220, citado por Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 341.

Derivado de lo anterior, puede plantearse si este deber de sigilo alcanza a los DP también en cuanto a las informaciones propias de las empresas concurrentes. Del tenor de la LRPL, unido al principio de la buena fe, parece que así debiera ser porque debe abarcar las informaciones a las que han tenido acceso por su calidad de representantes de los trabajadores y como consecuencia de su actuación en la empresa.

Por último, por lo que se refiere a la forma y modo de transmisión de la información, a pesar de no existir criterios expresos para ello, podría recurrirse a los que se establecen en el RDCAE [65] para las informaciones entre empresas: Información suficiente; escrita cuando se trate de actividades peligrosas; antes del inicio de las actividades; siempre que se produzca un cambio en las actividades concurrencias que sea relevante a efectos preventivos; siempre que se haya producido una situación de emergencia.

3.1.2. Los derechos de consulta

El derecho de consulta se encuentra en un tramo intermedio en esa escala de intensidad participativa de las diversas competencias y facultades de los DP [66]. Es considerado como un segundo grado de intervención de los representantes en el ejercicio de las potestades de mera información [67]. Se trata de un derecho por el cual el empresario debe, antes de adoptar una decisión de las recogidas en el artículo 33.1 [68] LPRL, recabar opinión e información a los DP [69]. En el marco de la concurrencia empresarial es de nuevo es el artículo 15 RDCAE el que reconoce el derecho de consulta de los representantes de los trabajadores, si bien lo hace en relación con la existencia de empresa titular de centro de trabajo.

La primera cuestión que se plantea se refiere al ámbito objetivo de aplicación. Si bien el precepto se refiere a la empresa titular que tenga trabajadores en su centro de trabajo, existen opiniones a partir de las cuales lo anterior se ha interpretado como una extensión a los supuestos

---

[65] Artículos 4.2, 7.2 y 8.2 RDCAE.

[66] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 80.

[67] Galiana Moreno, J. M., García Romero, B.: *La participación y representación de los trabajadores...,* p. 23.

[68] Las materias sobre las que versa puede agruparse en cinco bloques: planificación y organización del trabajo en la empresa e introducción de nuevas tecnologías; organización y desarrollo de las actividades de protección de las salud y de PRL; designación de los trabajadores encargadas de las medidas de emergencia; procedimientos de información y documentación; proyecto y organización de la formación en materia preventiva. Además, existe una previsión general que abre la lista al establecer «cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y salud de los trabajadores» (Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 83).

[69] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 84.

de existencia de empresa principal con trabajadores [70]. Se trata de una interpretación de corte teleológico que lleva al planteamiento de por qué la norma no ha sido más explícita, como sucede en el establecimiento de las obligaciones empresariales, donde especifica su carácter acumulativo según niveles de concurrencia. Queda excluido, por tanto, el primero de los niveles de concurrencia, respecto al cual será de aplicación la normativa sobre derechos de consulta aplicable a cualquier empresa.

El artículo 15.2 RDCAE establece que el contenido de la consulta se referirá a la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la concurrencia con otras empresas en la medida que pueda afectar a la seguridad y salud de los trabajadores por ellos representados. Puede resultar sorprendente que esta consulta se realice únicamente en relación con la protección de sus propios trabajadores. Si se tiene en cuenta el mayor conocimiento y control sobre los riesgos del lugar de trabajo [71] y el amplio concepto de centro de trabajo, que incluye los ámbitos de desarrollo de la actividad del resto de las empresas, puede resultar lógico que esta competencia se atribuya únicamente al DP de la empresa titular, pero siempre que sus fines de protección se extendieran de igual modo a los restantes trabajadores y no únicamente a los representados por ellos. Caso contrario, carece de lógica la ausencia de una previsión de consulta de los DP del resto de las empresas concurrentes con el fin de proteger a sus respectivos representados. Es cierto que esta opción se abre a través de esas posibles reuniones periódicas de los Comités de Seguridad y Salud previstas en el artículo 16 RDCAE. Sin embargo, como se verá, se trata de una medida opcional.

En cuanto a las condiciones de ejercicio, el artículo 15 se remite al artículo 33 LPRL. La consulta deberá realizarse, pues, con buena fe [72] y con la suficiente antelación. Ésta puede entenderse en diversos sentidos [73] pero, en todo caso, lo fundamental es que será suficiente cuando la opinión de los DP sea susceptible de influir en la decisión empresarial [74].

Por último, sigue sin especificarse qué sucede en el caso de que el empresario incumpla esta obligación en lo referido a la validez de la decisión adoptada. Puesto que el procedimiento de consulta se ha inter-

---

[70] Alegre López, J.: *La reforma de la Ley*…, p. 249.

[71] Aguilera Izquierdo, R.: *El desarrollo reglamentario del artículo 24…,* p. 288.

[72] Aunque esto no se especifica ni siquiera en la LPRL (González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley…,* p. 211).

[73] Tanto en un sentido de plazo para emitir el juicio u opinión requerida (con lo que el periodo de tiempo dependerá de aspectos como la materia, la urgencia de la decisión, o el número de trabajadores afectados) como fijarse en razón del momento en que el empresario toma la decisión para la que está obligado a pedir opinión a los representantes de los trabajadores (González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley…*, pp. 210-211).

[74] *Op. cit.,* pp. 210-211.

pretado en ocasiones como un mecanismo de control de las decisiones del empresario, ya que este no tiene obligación de asumir las manifestaciones de los DP, puede decirse que no conllevará la invalidez de la decisión aunque sí la sanción correspondiente. En cambio, si se interpretara como un paso necesario del procedimiento de adopción de decisiones, su incumplimiento invalidaría la decisión por irregularidad en el proceso [75].

3.1.3. Competencias de vigilancia y control y visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

La LPRL, en sus artículos 36.1.d) y 36.2.a) y d), en general, y el artículo 15.3.a) y b) RDCAE, para el caso concreto, reservan un importante espacio a las competencias y facultades de vigilancia y control de los DP. Por lo que se refiere a las competencias, únicamente se encuentra una referencia a las mismas en la LPRL, ya que el RDCAE se limita a establecer las facultades del DP de la empresa titular de centro de trabajo. Estas competencias plantean una dificultad en cuanto a su naturaleza de tipo participativo. Es indudable que esta es la labor que más evidencia las relaciones de conflicto con el empresario ya que se trata de la dimensión menos participativa del DP apartándose de la idea de colaboración de las restantes competencias [76]. Sin embargo, se ha considerado que este derecho no se encuentra en contradicción con la naturaleza participativa de la institución del DP, pues se trata de una actividad participativa pero crítica [77]. Por otra parte, el artículo 36.2.a) y d) LPRL y más concretamente el 15.3 RDCAE establecen las facultades que posibilitan el desarrollo de la competencia mencionada. Se trata de la posibilidad de que los DP de la empresa titular del centro de trabajo [78] realicen visitas a los centros de trabajo, no sólo de su propia empresa, sino también de las restantes empresas concurrentes [79] y que acompañen a la ITSS [80, 81] en la realización de sus visitas formulando las observaciones oportunas. Estas facultades plantean una serie de dudas.

En primer lugar, se plantea un problema de ámbito de desarrollo de facultades. Al igual que sucedía con el derecho a la información, si

---

[75] Valdés Dal-Ré, F.: *Participación, derechos de participación...,* p. 85.

[76] *Op. cit.,* p. 232.

[77] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, pp. 217-218.

[78] También se ha interpretado aquí que esto incluye a los supuestos de concurrencia con empresa principal (Alegre López, J.: *La reforma de la Ley*…, p. 250).

[79] Artículo 15.3.b) RDCAE.

[80] Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

[81] Si bien el artículo 15.3.a) RDCAE es una traslación idéntica del artículo 36.2.a) LPRL, difieren en que en el primero se ha suprimido la referencia a los técnicos de prevención.

se está a la interpretación que se viene aceptando del artículo 36.2.d) LPRL [82] y a la definición que el RDCAE establece de centro de trabajo, parece que las visitas que el DP realiza por sí sólo al centro de trabajo se incluye todas las zonas en que se desarrolle la actividad [83], proyectándose esta facultad más allá de su ámbito de representación formal [84]. Sin embargo, el propio precepto hace una nueva matización al establecer que dicha vigilancia debe realizarse en la medida en que, por la concurrencia de empresas, puedan entrañar un riesgo para la seguridad y salud de los *trabajadores por ellos representados*. De este modo, si se interpreta la expresión centro de trabajo en un sentido amplio, puede plantearse por qué esta facultad únicamente le está reservada al DP de la empresa titular del centro de trabajo y no a los DP de las restantes empresas, ya que esta vigilancia es únicamente en relación con sus trabajadores. A partir de ahí, también hay que cuestionarse si, en el caso de que el DP advierta situaciones potenciales de riesgo que no trasciendan del ámbito de la empresa visitada, debe advertir al DP correspondiente o al coordinador de seguridad, pues la normativa no contempla este supuesto. En todo caso, hay que tener en cuenta la posibilidad de comunicarse con los DP de las empresas concurrentes, a quienes podrán realizar, de manera informal, las advertencias pertinentes. Esta cuestión plantea aún más problemas en el caso de concurrencia de primer nivel [85]; no así en el tercero, pues sobre la empresa contratante existe un deber de vigilancia del cumplimiento por la contratista de la normativa de prevención que puede compensar esta carencia señalada [86].

Otra cuestión puede referirse al alcance del deber de sigilo de los DP, pues éstos, en el desarrollo de sus visitas a los centros de trabajo de las empresas implicadas, pueden acceder al conocimiento de determinadas informaciones de distinta naturaleza a la preventiva y que el empresario en cuestión desee que no trasciendan por razones empresariales. Por ello, de nuevo se podría plantear si el deber de sigilo de los DP puede deberse también a un empresario concurrente. Esto tampoco

---

[82] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley...*, p. 236: *No hay, pues, zonas de la empresa vedadas al acceso de los delegados, ni prohibición alguna de comunicación con los trabajadores, cualquiera que sea la categoría o ubicación de éstos en la empresa; sólo que el proceso productivo pueda seguir desarrollándose sin trabas.*

[83] Esta interpretación viene reforzada a partir del tenor del artículo 15.3.b) RDCAE al estipular que *a tal fin, podrán acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales de los demás trabajadores de las demás empresas concurrentes o, en su defecto, con tales trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.*

[84] Alegre López, J.: *La reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 251.

[85] En este caso parece que las facultades se limitan a las establecidas en el artículo 36.1.d) LPRL, esto es, referido a su propio centro de trabajo.

[86] Artículo 10 RDCAE.

ha sido solucionado por el RDCAE. Sin embargo, si se está a lo establecido en el artículo 37 LPRL y 65.2 ET, puede concluirse que los DP tienen un deber de sigilo respecto a las informaciones a que tengan acceso como consecuencia de su actuación en la empresa. Al igual que sucedía en relación con el derecho de información, podría interpretarse que los DP de la empresa titular, rigiéndose por los dictados de la buena fe, deben mantener la confidencialidad de los datos a los que tengan acceso por razón de esta actividad de vigilancia y control. Además, hay que tener también en cuenta ese deber de cooperación y colaboración entre las empresas. De este modo, lo más adecuado será realizar una interpretación extensiva de este deber de sigilo a las situaciones de concurrencia [87].

Por último, y en relación con la facultad de los DP de acompañar a la ITSS en la realización de sus visitas, el RDCAE se refiere en su artículo 15.3.a) a los *Inspectores de Trabajo y Seguridad Social*. Sin embargo, como se sabe, a partir de la reforma del artículo 9 LPRL, determinadas funciones de vigilancia serán, no de los inspectores de trabajo sino de funcionarios autonómicos con los problemas de inseguridad y coordinación que ello plantea [88]. Habría pues que plantearse si, a pesar de no existir especificación alguna, la referencia del RDCAE debe interpretarse a la luz de esta modificación de atribuciones competenciales, debiéndose repartir estas competencias entre ambos sujetos.

3.1.4. Facultades de propuesta y colaboración

A. Facultad de propuesta

La facultad de propuesta de los DP se encuentra recogida de forma genérica en el artículo 36.2.f) LPRL. A través de ella, el DP puede dirigirse al empresario solicitándole que adopte un comportamiento determinado en materia de prevención de riesgos laborales [89]. La naturaleza de este derecho es, al igual que sucedía con el derecho de información, de tipo dual: por una parte, es instrumental, pues es la forma de

---

[87] Por otra parte, este tipo de actividades podría terminar encuadrándose en otros tipos de infractores, como podría ser el espionaje industrial.

[88] De acuerdo con esto, los funcionarios autonómicos tendrán competencia en lo que se refiere a las condiciones estrictas de seguridad y salud laboral con las que prestan sus servicios los trabajadores (maquinaria, equipos de protección, espacio físico del lugar de trabajo, etc.) quedando para la ITSS la vigilancia de las condiciones de trabajo que pudiesen afectar a la seguridad y salud de los trabajadores, como el tipo y contenido de la actividad laboral, duración, organización del trabajo, etc. Gil Plana, J.: *La seguridad y salud en el trabajo: reforma de su marco jurídico...,* p. 50 y ss.

[89] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 239.

expresión de otros derechos, principalmente del de consulta; por otra parte, es autónomo, pues no debe limitarse a un listado de materias determinado y por tanto no se relaciona constantemente con la consulta [90]. Otra diferencia respecto al derecho de consulta reside en la obligación del empresario de motivar la respuesta negativa a la propuesta efectuada por el DP [91]. Por tanto, a pesar de no quedar vinculado por la propuesta, el empresario no podrá desarrollar comportamientos arbitrarios, injustificados o caprichosos.

En los supuestos de concurrencia empresarial, el artículo 15.3 RDCAE contiene dos particularidades sobre lo ya recogido en el artículo 36 LPRL. Una de ellas es que los DP de la empresa titular del centro de trabajo [92] pueden recabar de su empresario la adopción de medidas para la coordinación de actividades preventivas [93] únicamente a través del Comité de Seguridad y Salud de su empresa. Se ha interpretado que la referencia única al DP de la empresa titular implica un reconocimiento del papel directo de este empresario en cuanto a la adopción de medios de coordinación. A partir de ahí se entiende que las propuestas del DP deben limitarse a la materia establecida en el 15.3.c) [94]. La otra novedad se encuentra recogida en el artículo 15.3.d), y consiste en dirigirse al coordinador de actividades preventivas, en caso de existir, para que proponga la adaptación de las medidas oportunas. Esta propuesta se realizará a las empresas concurrentes, de acuerdo con el artículo 14 RDCAE.

B. Facultad de colaboración

El artículo 36.1.a) LPRL prevé la colaboración de los DP con la empresa en la mejora de la acción preventiva. De igual modo, esta colaboración también se produce con la ITSS entre otras formas, a través de la facultad que tienen los DP de efectuar las denuncias oportunas ante la misma [95]. A partir de aquí se derivan dos dimensiones de la colaboración: una junto al empresario, otra junto a la ITSS y frente al

---

[90] *Op. cit.,* pp. 240-241.

[91] González Ortega, S., Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley…,* p. 236.

[92] Aquí, al igual que sucedía en el derecho de consulta y facultades de vigilancia y control, se ha interpretado que cabe incluir a la empresa principal (Alegre López, J.: *La reforma de la Ley*…, p. 250).

[93] Artículo 15.3.c).

[94] No obstante, a pesar de que el artículo 15.3.c) se refiere a *medidas de coordinación,* este término se ha interpretado de forma amplia. Por tanto, las propuestas del DP versarían sobre las facultades del empresario titular del centro previstas en los artículos 12 y 13 RDCAE, esto es, medidas de coordinación y también designación de medios de coordinación (Alegre López, J.: *La reforma de la Ley*…, pp. 251-252).

[95] Artículo 40 LPRL.

empresario [96]. El RDCAE no añade demasiadas especialidades en esta materia salvo en el artículo 15.3.a), en cuanto al desarrollo de la facultad de acompañamiento en las visitas realizadas al centro de trabajo; no sólo por las observaciones que realiza sino por el mero hecho de ese acompañamiento. Por tanto, esta facultad no sólo reviste el carácter de vigilancia y control sino también de colaboración. En definitiva, por lo que se refiere a esta facultad, se observa que no se ha avanzado demasiado en estas previsiones, pues ya se encontraban recogidas en la LPRL. La única reseñable es la que permite que el DP de la empresa titular o principal traspase el ámbito de su empresa.

3.2. El problema de las facultades no previstas por el RDCAE: la paralización por riesgo grave e inminente

La facultad de paralizar los trabajos en situaciones de riesgo grave e inminente también puede encuadrarse entre las de participación, por implicar una sustitución parcial del empresario [97]. Si bien con las mismas advertencias realizadas en cuanto a la vigilancia y control, presenta carácter residual, pues es en última instancia que les está atribuida a los DP [98]. Sin embargo, el RDCAE no contiene previsión alguna al respecto. Esto resulta sorprendente pues sería necesario especificar a quién compete adoptar esta decisión si se produce este tipo de situación en un espacio de concepto tan amplio como es el de centro de trabajo. A partir de la regulación contenida en el artículo 21.3 y 36 LPRL parece que le correspondería al DP de cada empresa adoptar dicha decisión en su ámbito de actividad. Por otra parte, para el caso específico de que se trate de un riesgo que afecte al conjunto de los trabajadores de las diversas empresas concurrentes, lo más acertado será realizar una interpretación expansiva de dichos preceptos. De este modo, sería el DP de la empresa titular o de la empresa principal, el facultado para ello [99]. Esta interpretación resulta coherente con la ampliación de competencias y facultades que el RDCAE establece para estos sujetos sobre la base de su mayor control sobre el riesgo. Sin embargo, esta solución presenta una serie de objeciones. Por una parte, esta ampliación de facultades se refiere, como ya se señalaba a los *trabajadores por ellos representados*.

---

[96] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 275.

[97] Thibault Aranda, J.: «La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de seguridad e higiene: el artículo 21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Estudio, 1997, p. 3 (Ref. electrónica: BIB 1997/986).

[98] Cámara Botía, A.: «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales», en *Aranzadi Social*, vol. I, Parte Estudio, 1996, p. 2759.

[99] No así el coordinador de seguridad, pues no es representante de los trabajadores.

Por otra parte, quedan pendientes los supuestos del primer nivel de concurrencia. En cualquier caso, puesto que el fundamento del RDCAE es la protección de la seguridad y salud derivada de la concurrencia sobre una base de cooperación y coordinación, las opciones planteadas parecen las más correctas.

3.3. El Comité de Seguridad y Salud en el trabajo

Cuando se habla de participación en materia de seguridad laboral y de DP es inevitable hacer mención al Comité de Seguridad y Salud [100]. Órgano consultivo y deliberante en materia de prevención de riesgos laborales, de composición mixta y paritaria en empresas de más de 50 trabajadores, se encuentra regulado, en general, en los artículos 38 y 39 LPRL. Por lo que se refiere al concreto ámbito que nos ocupa, lo más reseñable es lo referido a la previsión en el artículo 16 RDCAE, de la posible celebración de reuniones conjuntas u otras medidas de actuación coordinada de los diversos CSS o, en su defecto, de los DP y empresarios de las correspondientes empresas, cuando sea necesaria la consulta para analizar la eficacia de los medios de coordinación establecidos por las empresas concurrentes. Esto genera una serie de interrogantes.

En primer lugar, se plantea la conveniencia de que estas reuniones se hubieran previsto con el carácter de obligatorias, ya que la no asistencia a las mismas, en la actual regulación, no lleva aparejada infracción alguna a pesar de ser una conducta reprochable [101]. Esto, a no ser que se haya previsto como un medio de coordinación de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 RDCAE. Por otra parte, se plantea la dificultad de coordinación, acuerdo y reunión del conjunto de los CSS. Por ello, y tomando como punto de partida el ejemplo de la empresa aislada, podría plantearse la creación, no prevista por el RDCAE, de un comité interempresas a modo de CSS intercentros. Para ello habría que dotarles de unas funciones de coordinación para evitar solapamientos con la actividad de los CSS propios de cada empresa. Esta propuesta no parece descabellada por cuanto el propio artículo 39.3 LPRL prevé, en los supuestos de desarrollo simultáneos de actividad en un mismo centro de trabajo, la coordinación de los CSS. A pesar de que esto se aplicaría cuando no exista comité intercentros, nada hay que impida la constitución del mismo siguiendo las mismas reglas aplicables para una concreta empresa. Se observa la analogía entre este tipo de CSS con la idea de coordinación que se predica por la normativa referida a la concurrencia

---

[100] En adelante, CSS.

[101] Monteblanco Montesinos, S.: «El comité de seguridad y salud intercentros», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 479, Parte Comentario, 2001, p. 5.

empresarial [102]. Esto evitaría problemas de convocatoria y coordinación de las diversas partes y sería conveniente especialmente cuando esta relación de colaboración perdure en el tiempo [103].

Por último, en el ámbito de un CSS de una empresa aislada, se ha afirmado que los acuerdos a que se lleguen a partir de las facultades de consulta y propuesta tendrán naturaleza de acuerdo de empresa [104]. A partir de aquí cabe preguntarse si los acuerdos a que se llegue en el ejercicio de lo previsto en el artículo 16 RDCAE, revestirán naturaleza de acuerdo de ámbito superior a la empresa, teniendo en cuenta que los ámbitos y actividades de ellas pueden ser muy diversos [105].

4. CONCLUSIONES

En esta Comunicación se han analizado las competencias y facultades propias de los DP en los supuestos de concurrencia empresarial. Para ello se ha acudido al ET, LPRL y, principalmente al RDCAE. Del estudio de las mismas puede extraerse, en general, un balance positivo de la norma en materia participativa. No obstante, si bien determinadas competencias y facultades de los DP han encontrado una mayor concreción, principalmente cuando su ejercicio trasciende el ámbito de la concreta empresa, se observa cómo la mayor parte de ellas se limita a transcribir lo previsto en la LPRL, aunque aplicado a un ámbito superior.

Por otra parte, puede destacarse un abandono de la figura del DP en las situaciones del primer nivel de concurrencia empresarial. Es cierto que los mayores problemas se plantean en el segundo y tercer nivel de concurrencia, pero el hecho de que el RDCAE se limite a establecer previsiones en cuanto a estos dos supuestos, deja en cierto modo desamparado el primer nivel. Quizá el legislador ha puesto especial confianza en la figura del coordinador de seguridad, sin tener en cuenta el carácter voluntario del establecimiento de esta figura, pues «medio de coordinación preferente» no implica obligatoriedad y menos cuando no se dan las condiciones para que sea así considerado. Aparte del hecho de que el coordinador de seguridad no es un representante de los trabajadores.

De este modo, se han detectado una serie de cuestiones pendientes que pueden resumirse en:

---

[102] *Op. cit.,* p. 5.

[103] Goerlich Peset, J. M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, 17-23 de febrero, 1997, p. 133.

[104] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico...*, p. 345.

[105] Es el mismo problema con el que se enfrenta la negociación colectiva en los supuestos de concurrencia, donde el convenio colectivo aplicable puede ser complicado de establecer dadas las diversas actividades de las empresas concurrentes.

1. En cuanto al derecho de información, existe una ausencia de previsión acerca de la posibilidad de que los DP de cada empresa recaben información de las restantes empresas o de los DP correspondientes; de igual modo, sería deseable la contemplación expresa de la extensión, sobre la base de la buena fe y del artículo 37 LPRL, del deber general de sigilo a los DP de la empresa titular o principal respecto de las informaciones obtenidas en las concurrentes.

2. Respecto al derecho de consulta, se cuestiona lo acertado de una regulación únicamente prevista para los DP de la empresa titular o principal respecto de *los trabajadores por ellos representados;* además, continúan pendientes las cuestiones referidas a las condiciones de ejercicio de este derecho y a las consecuencias sobre la validez de la decisión cuando existe incumplimiento por parte del empresario.

3. Vigilancia y control: de nuevo queda pendiente la previsión expresa de la extensión del deber de sigilo a los DP de segundo y tercer nivel respecto de las empresas concurrentes; al igual que sucede con el derecho de consulta, se reflexiona sobre la necesidad de que el DP de empresa titular o principal pueda desempeñar estas facultades respecto de todos los trabajadores del centro de trabajo y no sólo de los pertenecientes a su empresa.

4. Queda pendiente la regulación de la facultad de paralización por riesgo grave e inminente cuando trascienda el ámbito concreto de una empresa. Aquí se propone atribuir esta competencia a los DP de la empresa titular o principal, salvo en el primer nivel, donde esta facultad debería ostentarla el DP de cada empresa concurrente.

5. Por último, se ha analizado el supuesto del CSS, donde se plantea lo desacertado del carácter voluntario de las reuniones de los comités de las respectivas empresas salvo que se prevea como medio de coordinación, y la conveniencia de crear un CSS *interempresas* similar al CSS intercentros, con el fin de solventar problemas de convocatoria, coordinación y solapamiento de funciones.

Bibliografía

AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El desarrollo reglamentario del artículo 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 53, 2004, pp. 265-291.

ALEGRE LÓPEZ, J.: *La reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 262 p.

ÁLVAREZ MONTERO, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico de su régimen jurídico.* Granada, Comares, 2001, 497 p.

CÁMARA BOTÍA, A.: «El derecho del trabajador a interrumpir el trabajo en caso de riesgo grave e inminente para su vida y salud: un apunte sobre sus precedentes normativos y jurisprudenciales», en *Aranzadi Social*, Vol. I, Parte Estudio, 1996, pp. 2759-2770.

CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «El sigilo profesional de los representantes de los trabajadores en materia de Seguridad y Salud Laboral», en AA.VV.: *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 1997, pp. 521-531.

— «La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque», en *Temas Laborales*, núm. 73, 2004, pp. 51-85.

GALIANA MORENO, J. M., GARCÍA ROMERO, B.: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pp. 13-30.

GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa.* Madrid: CES, 1995, 404 p.

GIL PLANA, J.: «La seguridad y salud en el trabajo: reforma de su marco jurídico», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,* núm. 53, 2004, pp. 29-55.

GOERLICH PESET, J. M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, núm. 8, 17-23 de febrero de 1997, pp. 125-155.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.* Madrid: Trotta, 1996, 343 p.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.); CARRERO DOMÍNGUEZ, C.; ENA VENTURA, T., MORENO MÁZQUEZ, A.: *La prevención en la pequeña empresa.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1999, 193 p. (Col. Biblioteca de Prevención de Riesgos Laborales).

MIÑARRO YANINI, M.: *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 2003, 699 p.

— «La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: el desarrollo del artículo 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», en *Aranzadi Social*, núm. 9/2004, 20 p. (Ref. electrónica: BIB 2004900).

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información.* Madrid: Civitas, 1992, 536 p.

MONTEBLANCO MONTESINOS, S.: «El comité de seguridad y salud intercentros», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 479, Parte Comentario, 2001, pp. 4-5.

MONTOYA MEDINA, D.: «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero», en *Aranzadi Social*, núm. 14/2004, Parte estudio, 14 p. (Ref. Electrónica: BIB 2004/1695).

PÉREZ CAPITÁN, L.: «El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del artículo 64.1, apartados 1.º y 3.º del Estatuto de los Trabajadores», en *Aranzadi Social,* vol. III, Parte Estudio, 1995, pp. 2261-2292.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2003, pp. 67-81.

THIBAULT ARANDA, J.: «La paralización colectiva de la actividad productiva como medida de Seguridad e Higiene: el artículo 21.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *Aranzadi Social*, vol. V, Parte Estudio, 1997, p. 3 (Ref. Electrónica: BIB 1997/986).

VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Participación, derechos de participación y derecho de participación», pp. 67-125, en CASAS BAAMONDE, M. E.; PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.; VALDÉS DAL-RÉ, F. (coords.): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, 338 p.

— «La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa», en *Relaciones Laborales*, vol. II, 2001, pp. 59-66.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LA CRISIS EMPRESARIAL: LA INTERVENCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

CAMINO ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITOS DE CODECISIÓN. 1. Modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo (arts. 8.2 y 66 LC). 2. Modificación colectiva de condiciones de trabajo en los supuestos de sucesión de empresa (art. 149.2 LC).—III. ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN.—IV. CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES. 1. Cese de actividad en la fase común del concurso (art. 44.4 LC). 2. Fase de convenio (art. 100.2 LC). 3. Fase de liquidación (arts. 148 y 149 LC).—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que las situaciones de crisis e insolvencia empresarial afectan muy directamente a los trabajadores, a sus créditos y al mantenimiento de sus contratos de trabajo, un análisis de la Ley Concursal desde el punto de vista de los derechos de participación y representación de los trabajadores, pone de manifiesto que la norma no ha previsto un cauce específico de participación de los trabajadores en las instituciones centrales del concurso, ni en su momento inicial ni a lo largo de su desarrollo, así como en las operaciones fundamentales en relación con el convenio y la liquidación [1]. Esta falta de atención específica a la participación de los representantes de los trabajadores se deriva, en buena medida, de la propia configuración del concurso y su finalidad [2]. Aunque, ciertamente, la Ley Concursal se preocupa y hace posible la conservación de la empresa, no es menos cierto que esta función conservativa opera de modo subalterno, no por sí misma, sino en la medida en que puede favorecer la satisfacción de los acreedores, que la norma erige como fin principal del procedimiento [3]. Ello trae consigo que, en la lógica acreedor-deudor que inspira la legislación concursal, los trabajadores sean tratados como meros acreedores y no como parte esencial

---

[1] No en vano, como afirma RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», en *Relaciones Laborales*, Tomo II (2003), p. 436, una de las críticas fundamentales que se ha hecho a la legislación concursal es la falta de mecanismos de representación y tutela colectiva de los derechos e intereses de los trabajadores en el proceso concursal. *Vid.*, en este sentido, GUALDA ALCALÁ, F. J. y LILLO PÉREZ, E.: «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales*, Tomo II (2001), p. 1151.

[2] *Vid.* DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal», en *Tribuna Social*, núm. 166 (2004), p. 9.

[3] Un análisis del equilibrio entre ambas finalidades a lo largo de la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal puede verse en ALAMEDA CASTILLO, M.ª T.: *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 34-53.

integrante de la empresa y, por tanto, sin tener en cuenta su implicación en la vida de ésta [4]; por eso, sólo en contadas ocasiones se acude a la representación natural de los mismos —unitaria o sindical— aunque se desconoce la figura de un representante concursal de los mismos. Ahora bien, ello no supone que el legislador concursal haya obviado la realidad de la existencia de diversos cauces de participación de los trabajadores en la empresa, puesto que a lo largo de su articulado son varios los preceptos en que prevé la intervención de los representantes de los trabajadores si bien con diversa intensidad en función del momento del desarrollo del procedimiento en que se produzca esta participación [5].

El punto de partida para el análisis de los supuestos y el alcance de la participación de los representantes de los trabajadores en las empresas concursadas se establece en el artículo 44 LC que, al consagrar el principio de continuidad de la actividad empresarial —y, consiguientemente, la no afectación de los contratos de trabajo por la declaración de concurso— conlleva el mantenimiento de los derechos colectivos de los trabajadores [6]. La declaración de concurso no impide, por tanto, el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa, ni la intervención de sus representantes en defensa de los intereses de los trabajadores; más aún, la situación de insolvencia en que se encuentra la empresa es un hecho lo suficientemente grave desde el punto de vista socio-laboral para justificar una intensa participación de los representantes de los trabajadores en la empresa [7].

---

[4] Así lo pone de manifiesto Ríos Salmerón, B.: «El anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», en *Revista de Derecho Social*, núm. 14 (2001), p. 59. Como señala Luján Alcaraz, J.: «La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso», en AA.VV. (Ríos Salmerón, B. y Sempere Navarro, A. V., dirs.): *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Ed. Laborum, Murcia, 2004, p. 386, la Ley Concursal aunque supera, no consigue ocultar los recelos del legislador frente a los más característicos derechos reconocidos a los trabajadores en la legislación laboral en los casos de crisis empresarial, y que pasan por la conservación del contrato de trabajo pese a la declaración de concurso, la consideración de sus créditos como privilegiados y el derecho a que las controversias que puedan suscitarse sean conocidas por el juez de lo social.

[5] Específicamente, la Ley Concursal se refiere a los representantes de los trabajadores en los siguientes preceptos: artículos 8.2.º, 44.4, 64, 66, 100.2, 148.3, 149.1.1.º y 3.º y 149.2.

[6] Así lo admite también, implícitamente, el artículo 64.11 LC, cuando, tras declarar la aplicación supletoria de la legislación laboral en materia de reestructuraciones de plantilla, añade un significativo inciso para establecer que los representantes de los trabajadores mantendrán cuantas competencias les atribuye la legislación laboral. Si bien el citado precepto trata exclusivamente de las reestructuraciones de plantilla una vez declarado el concurso, su ubicación sistemática dentro del Capítulo III del Título III, dedicado a los efectos del concurso sobre los contratos induce a pensar que el propósito del legislador concursal ha sido hacer eficaz, también respecto a las relaciones laborales de la empresa en crisis, el principio general de mantenimiento de la actividad empresarial; así lo expresa Luján Alcaraz, J.: *La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso,* cit., p. 389.

[7] Como pone de manifiesto Luján Alcaraz, J.: *La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso,* cit., p. 389.

El mantenimiento de la representación de los trabajadores supone, en definitiva, la conservación de las competencias que les reconoce la legislación laboral y que en lo que a los representantes unitarios se refiere se encuentran enumeradas en el artículo 64 LET, enumeración a la que hay que añadir las facultades que se atribuye a los representantes de los trabajadores en diversos preceptos y disposiciones jurídico-laborales[8]. Entre tales competencias se contempla no sólo el derecho a recibir información del empresario «derecho de información pasiva», sino también «derechos de información activa»[9], de manera que deben ser consultados y emitir el correspondiente informe con carácter previo a la ejecución por el empresario de sus decisiones en materias especialmente significativas como son las reestructuraciones de plantilla, y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla (art. 64.1.4.a LET). Sin embargo, no tienen reconocida ninguna competencia que se refiera directamente a la participación en el concurso, aunque, algunas de sus competencias de consulta y negociación se desarrollarán necesariamente en el marco concursal y deberán por tanto sujetarse a lo establecido en la Ley Concursal.

Las distintas formas de participación reconocidas a los representantes de los trabajadores en la Ley Concursal presentan diversa intensidad y, si bien en determinados supuestos se limitan a una mera facultad de información y consulta, también se crean ámbitos de codecisión y negociación en la gestión de la crisis empresarial, en los términos en que se analizan a continuación.

II. ÁMBITOS DE CODECISIÓN

Se trata de aquellas materias en las que la Ley Concursal exige la necesidad de llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores para que pueda llevarse a efecto alguna decisión empresarial o judicial. La codecisión supone, en definitiva el reconocimiento de un derecho de veto a favor de la representación de los trabajadores sin cuya

---

[8] Tales competencias son, en muchas ocasiones, de mayor trascendencia que las enumeradas en el artículo 64 LET, entre ellas, dentro del propio Estatuto de los Trabajadores, *vid.* artículos 39 (movilidad funcional), 40 (traslados), 41 (modificación sustancial de condiciones de trabajo), 44 (transmisión de empresa), 51 (despido colectivo), 87 (negociación de convenio colectivo de empresa); al margen del Estatuto, también se reconocen facultades a los representantes de los trabajadores, por ejemplo en el Real Decreto-ley 17/1977 de relaciones de trabajo (arts. 3 y 18, en relación con la huelga y conflictos colectivos), también en la Ley de Procedimiento Laboral (arts. 150 y 160 y ss., conflictos colectivos e impugnación de convenios). En relación con las facultades de los delegados y secciones sindicales en la empresa, *vid.* artículos 8.2 y 10.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical.

[9] Sobre estos derechos de información activa y pasiva, *vid.* ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 203-204.

participación no es posible que las medidas laborales proyectadas lleguen a buen fin. Esta codecisión negocial se ha convertido en un instrumento útil para llevar a cabo una reestructuración de la empresa aceptada por todos los agentes implicados [10].

1. Modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo (arts. 8.2 y 66 LC)

La declaración judicial de apertura del concurso no afecta a la vigencia de los convenios colectivos, que se mantendrán en vigor pese a la situación de insolvencia empresarial [11]. Sin embargo, la Ley Concursal, con vistas al saneamiento y mantenimiento de la empresa concursada, prevé la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo aplicables en la empresa, pactadas en convenio colectivo. En este sentido, el legislador concursal reconoce en los artículos 8.2.º y 66 LC la facultad de codecisión de los representantes de los trabajadores, de manera que la adopción de medidas laborales que impliquen la modificación de condiciones laborales pactadas en convenio colectivo requerirá siempre su consentimiento. Tal circunstancia impide al Juez del concurso —de la misma manera que ocurre en el ámbito extraconcursal con el empresario— decretar unilateralmente la modificación del convenio colectivo de aplicación si no existe previo acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Esta regulación, coherente con la naturaleza normativa de los convenios colectivos y su lugar en el sistema de fuentes en el derecho del trabajo, no hace sino trasladar al ámbito concursal lo previsto en la normativa laboral en relación con la modificación de las condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario [12]. De conformidad con el artículo 66 LC, tales modificaciones se someten a una doble condición: por una parte, sólo pueden afectar a aquellas materias en las que sea posible con-

---

[10] Cfr. Monereo Pérez, J. L.: «Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas». Ponencia General del XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ed. Laborum, Murcia, p. 143, quien señala, además, que esa función de la negociación colectiva en los procesos de reestructuración y crisis de las empresas han determinado una tendencia hacia la descentralización negocial, que ha desembocado en muchos casos en una «negociación colectiva gestional».

[11] *Vid.* García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.: «Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», en *Relaciones Laborales*, Tomo II (2003), p. 502.

[12] Artículo 41.2.3 LET. Nótese la importante diferencia de la regulación actual con la contenida en el ALC. El precepto planteaba serias dudas de constitucionalidad al permitir que el Juez del Concurso pudiera acordar la suspensión de la eficacia de los convenios colectivos en la parte relativa a las obligaciones de contenido económico a cargo del concursado, siempre y cuando no se hubieran consolidado.

forme a la legislación laboral [13] y, en segundo término, es necesario que medie el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores.

A pesar de que el artículo 66 LC se refiere expresamente a la modificación de las condiciones laborales establecidas en los convenios regulados en Título III del Estatuto de los Trabajadores —los denominados convenios colectivos estatutarios—, la genérica referencia a los convenios colectivos que se incluye en el artículo 8.2 LC —y reproduce el 86 *ter* LOPJ— parece requerir el acuerdo con los representantes de los trabajadores para toda modificación de condiciones establecida en cualquier convenio colectivo, tanto estatutario como extraestatutario. De ser así, se llegaría al resultado de que en la empresa concursada la modificación del convenio colectivo, independientemente de su eficacia normativa, requerirá siempre el acuerdo —y por tanto la posibilidad de veto— de los representantes de los trabajadores, lo que no ocurre en situaciones de ausencia de procedimiento concursal. Tal solución, sin embargo, no resulta aceptable si se tiene en cuenta que la voluntad de la Ley está mejor y más claramente expresada en el específico artículo 66 LC que en los genéricos artículos 8.2 LC y 86 *ter* LOPJ, de manera que estos preceptos deben analizarse a la luz del primero [14].

Nada establece la Ley Concursal, de modo expreso, respecto de la modificación de condiciones que se hubieran pactado en instrumentos convencionales distintos de los convenios de eficacia normativa a que se refiere el artículo 66 LC; es el caso de los convenios colectivos de eficacia obligacional o de los acuerdos o pactos de empresa en el supuesto de que no tengan eficacia normativa. Sin embargo, dado que en estos supuestos se estaría, conforme a la normativa laboral —art. 41.2.3 LET, primer inciso—, ante una modificación colectiva de condiciones de trabajo, parece que el régimen jurídico aplicable sería el establecido en el artículo 64 LC para los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

---

[13] El artículo 66 LC remite en este aspecto al segundo inciso del párrafo tercero del artículo 41.2 LET. En concreto, tales materias son: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento, a las que debe añadirse, también, la determinación del importe de las retribuciones (art. 82.3 LET).

[14] Tal y como afirman García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.: *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales,* cit., p. 503. Por su parte, García-Perrote Escartín, I.: «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en (García-Perrote, I., coord.): *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 246, considera que las discordancias entre ambos preceptos se deben a que en la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, cuando se modificó el artículo no se advirtió la necesidad de modificar en el mismo sentido los artículos 8.2 y 86 *ter* LOPJ. Además, también como argumento en este sentido, señala que el artículo 66 LC trata de proteger la particular naturaleza y eficacia de los convenios estatutarios, mientras que los convenios extraestatutarios no poseen exactamente aquella naturaleza y eficacia.

El artículo 66 LC omite cualquier referencia al procedimiento de modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario y a los requisitos para alcanzar el acuerdo que dicho precepto impone para llevarla a efecto. Dada la conexión sistemática de ésta modificación con el régimen general establecido en el artículo 64 LC —del que puede considerarse que el art. 66 LC no es más que una especificación—, cabe pensar que el procedimiento a seguir será el establecido para los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo[15], con la importante salvedad de que el período de consultas deberá desembocar necesariamente en un acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Por el mismo motivo, y pese a que la norma tampoco especifica con quien deben llegar a un acuerdo los representantes de los trabajadores, habrá que pensar que es la administración concursal —con quien se habrá desarrollado el preceptivo período de consultas— la llamada a pactar con los representantes de los trabajadores las modificaciones convencionales [16], sin perjuicio de que es al Juez del concurso a quien corresponde la aprobación del acuerdo alcanzado. Por parte de los trabajadores, a pesar de la genérica referencia del artículo 66 LC a los representantes legales de los trabajadores, habrá que entender que la representación legitimada para actuar en este ámbito será la que firmó el convenio colectivo objeto de modificación [17].

2. Modificación colectiva de condiciones de trabajo en los supuestos de sucesión de empresa (art. 149.2 LC)

Entre las reglas supletorias de liquidación se establece un nuevo supuesto de participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de la crisis empresarial estrechamente relacionado con el procedimiento concursal.

Cuando como consecuencia de las operaciones liquidatorias tenga lugar una transmisión de empresa en los términos del artículo 44 LET, el legislador concursal, haciendo uso de las posibilidades de flexibilización contenidas en el artículo 5.2 de la Directiva 2001/23 sobre transmisión de empresa, permite que el Juez pueda acordar la no subrogación

---

[15] *Vid.* Mercader Uguina, J. y Alameda Castillo, M.ª T.: «Contratos de trabajo» (art. 64), en AA.VV. (Rojo-Beltrán, dirs.): *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 1237.

[16] Así lo manifiesta García-Perrote Escartín, I.: *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos,* cit., p. 244.

[17] *Vid.* García Blasco, J.: «Algunos aspectos laborales del concurso», en AA.VV. (Quintana Carlo, I.; Bonet Navarro, A., García-Cruces González, J. A., dirs.): *Las claves de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 316.

del adquirente en la parte de la cuantía de las deudas por salarios e indemnizaciones que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial y, cumulativamente, permite que el cesionario y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para modificar las condiciones colectivas de trabajo para asegurar la viabilidad futura de la empresa y el mantenimiento del empleo. Se reconoce en estos casos una facultad de codecisión de los representantes de los trabajadores que, en sentido estricto, queda fuera del procedimiento concursal, por lo que excede del objeto de esta comunicación. La norma —art. 149.2 LC— se refiere en estos casos a la situación futura —extraconcursal— de la empresa, puesto que afecta al desarrollo de las relaciones laborales una vez consumada la liquidación del patrimonio y con ella la enajenación de la empresa [18].

II. ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN

La Ley Concursal configura un importante ámbito de participación de los representantes de los trabajadores en el procedimiento del reestructuración de plantilla previsto en el artículo 64 LC, en relación con la extinción, suspensión o modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. La norma establece un único procedimiento para tales vicisitudes, que fuera del ámbito concursal se sustancian en procedimientos diferenciados [19]. Se trata de un expediente judicial de regulación de empleo que responde, en líneas generales, al esquema del procedimiento administrativo del artículo 51 LET, si bien en sede concursal en la autorización de las medidas corresponde no a la Autoridad Laboral, sino al Juez del Concurso. Por otra parte, y en lo que a las modificaciones sustanciales afecta, su sometimiento al procedimiento establecido en la Ley Concursal supone privar al empresario del poder de decisión que en estos supuestos le otorga el Estatuto de los Trabajadores.

Básicamente, el esquema general del procedimiento del artículo 64 LC consiste en una fase de iniciación, a la que sigue un período de instrucción y consultas, para terminar con el auto del Juez del concurso, que cierra la tramitación en instancia para abrir, en su caso, la posibilidad de recurso. La intervención de los representantes de los trabajadores se pro-

---

[18] En realidad, la Ley Concursal no establece que el acuerdo deba producirse una vez consumada la sucesión empresarial, aunque la exclusiva referencia al cesionario, permite deducir razonablemente que será éste quien pacte con los representantes de los trabajadores, lógicamente, después de la enajenación de la empresa.

[19] Por una parte, la modificación sustancial de condiciones de trabajo se lleva a cabo conforme al procedimiento previsto en el artículo 41 LET, mientras que las suspensiones y extinciones colectivas se sustancian conforme a los procedimientos administrativos a que se refieren los artículos 47 y 51 LET, respectivamente.

duce necesariamente en la preceptiva fase de consulta-negociación, aunque también pueden intervenir el la iniciación del procedimiento, así como en el eventual recurso de suplicación contra el auto que resuelve el expediente de regulación de empleo. La diversa terminología empleada en la Ley para referirse a estos representantes —unas veces como «representantes legales» (arts. 64.2 y 64.5.3 LC) y otras como «representantes de los trabajadores» (arts. 64.5.1 y 64.5.6 LC)— plantea la duda de cuál de los dos cauces de representación —unitario o sindical— puede intervenir en el procedimiento. Sin embargo, la referencia a las representaciones sindicales al regular el cómputo de mayorías para adoptar el acuerdo tras la negociación, supone admitir que tal acuerdo puede suscribirse tanto con la representación unitaria como sindical, de lo que se deduce que ambas representaciones pueden participar en el procedimiento. Ahora bien, mientras la representación unitaria estará siempre legitimada para intervenir, sobre la representación sindical se establece un requisito adicional, pues debe contar con una composición que garantice que reúne la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal. En cualquier caso, parece que sólo una de las dos representaciones podrá intervenir en el expediente [20].

En relación con la iniciación del procedimiento de regulación de empleo, la Ley Concursal confiere a los representantes de los trabajadores una importante facultad en orden a la gestión de la crisis empresarial, cuando —siguiendo el modelo del art. 51.9 LC— permite que los trabajadores de la empresa puedan incoar el expediente de regulación de empleo concursal a través de sus representantes [21]. Resulta significativo, por lo demás, que las posibilidades de actuación que el artículo 64.2 LC reconoce a los representantes de los trabajadores son superiores a las previstas en la normativa laboral, puesto que en sede concursal pueden incoar no sólo los expedientes en caso de suspensión y extinción de los contratos de trabajo, sino también en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Sin embargo, el ámbito fundamental de intervención de los representantes de los trabajadores en el expediente de regulación de empleo concursal se sitúa en la necesaria fase de consulta y negociación sobre las medidas que se pretende adoptar. Ahora bien, la Ley Concursal no

---

[20] Sobre este particular, *vid.* Desdentado Bonete, A. y De la Puebla Pinilla, A.: *La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal,* cit., p. 15.

[21] Pese a que en la normativa laboral común, la iniciativa de los trabajadores se supedita a la pasividad del empresario en los términos previstos en el artículo 51.9 LET y artículo 7 del Real Decreto 43/1996, la gravedad de la situación que atraviesa la empresa concursada parece motivo suficiente para que los representantes de los trabajadores puedan instar el procedimiento en pie de igualdad con el resto de los legitimados, como pone de manifiesto Cruz Villalón, J.: «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», en *Relaciones Laborales*, Tomo II (2003), p. 532.

configura en este momento la participación de los representantes de los trabajadores como una forma de codecisión en sentido estricto de modo que la adopción de las medidas colectivas sólo sea posible previo acuerdo con los representantes de los trabajadores. Cabe, por tanto, que la negociación no se materialice en un acuerdo y ello no impedirá la adopción de las medidas solicitadas en los términos en que sean autorizadas por el Juez; no obstante, en caso de acuerdo éste prefigura la decisión judicial, salvo apreciación de dolo, fraude o coacción.

Se trata de un período calificado formalmente como de consultas, pero que, en la medida en que va enderezado al logro de un acuerdo entre las partes se aproxima notablemente a lo que constituye un auténtico proceso de negociación colectiva entre las mismas [22]. Durante el mismo, las partes desarrollan un proceso de intercambio de información, de opiniones y de posiciones, con la finalidad de llegar a un acuerdo formal entre las mismas.

El interlocutor de los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas no será en ningún caso el empresario —deudor en el concurso— ni siquiera cuando la iniciativa para la adopción de las medidas haya partido de él, e independientemente del régimen de facultades de administración y disposición del patrimonio que ostente tras la declaración de concurso [23]. Será la administración concursal quien participe en ese período de consultas con los representantes de los trabajadores [24], asumiendo la posición que ocupa el empresario en el expediente de regulación de empleo estatutario y en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ahora bien, aunque formalmente se lleve a cabo esta sustitución del empresario por la administración concursal, ésta no se convierte ni actúa como un representante de aquél en el período de consultas [25], sino que es designada por el Juez para actuar neutralmente buscando el equilibrio de los diversos intereses en juego. No

---

[22] *Vid.* Cruz Villalón, J.: *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales,* cit., p. 541, según el cual, el empleo del término «negociar» en el texto legal —«deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo» (art. 64.6 LC)— indica hasta qué punto se desvanece en nuestro sistema de relaciones laborales las teóricas diferencias entre la consulta y la correlativa negociación colectiva.

[23] Tal exclusión sería lógica en los supuestos de sustitución en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio —casos de concurso necesario, normalmente— pero no tiene demasiado sentido en casos de mera intervención, como afirma Alameda Castillo, M.ª T.: «La relación de trabajo en la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio», en *Temas Laborales*, núm. 73 (2004), p. 36.

[24] La Ley Concursal se separa en este punto de las primeras versiones del actual artículo 64, donde el interlocutor de los representantes de los trabajadores no era la administración judicial sino el Juez.

[25] Como expresivamente señala Cruz Villalón, J.: *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales,* cit., p. 539, la administración concursal no actúa como *alter ego* del empresario en esta fase de consultas.

actúa ni en defensa del interés patrimonial del empresario ni tampoco de los acreedores del mismo, sino que debe moverse en la búsqueda de la solución más razonable que atienda a la multiplicidad de intereses concurrentes, tomando en consideración, de modo particular, las posibilidades de salvamento de la empresa por medio de la continuidad de la actividad productiva. Todo lo anterior repercute necesariamente sobre la postura que debe adoptar la administración concursal en el desarrollo del período de consultas, así como sobre el contenido de lo negociable y el alcance del posible pacto con la representación de los trabajadores. Aunque ciertamente, la administración concursal no es el titular jurídico del patrimonio de la empresa, hay que pensar que si la Ley Concursal le otorga la condición de parte en el período de consultas y le faculta para llegar a un acuerdo vinculante, es porque, implícitamente, el legislador le confiere efectivos poderes de disposición, particularmente en lo que se refiere al empleo y a las condiciones de trabajo de la plantilla de la empresa. No obstante, habrá que pensar que las facultades que asuma la administración variarán en cada concurso, particularmente, en función de que la empresa se encuentre o no intervenida [26].

La duración del período de consultas se fija en treinta días naturales como regla general, plazo que se reduce a la mitad en empresas con menos de cincuenta trabajadores (art. 64.5 LC). Se aprecia en este punto, nuevamente, la influencia de la regulación estatutaria del expediente de regulación de empleo, aunque con la importante diferencia de que en la Ley Concursal se convierte en duración máxima lo que en el Estatuto de los Trabajadores es una duración mínima. Se trata de un pequeño pero relevante matiz diferencial que implica que ni las partes ni el Juez pueden decidir ampliar el plazo legalmente previsto aunque nada impide que puedan dar por terminadas las negociaciones antes del plazo establecido.

Las consultas, pese al silencio de la Ley Concursal, deberán versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, por aplicación supletoria del artículo 51.4 LET, en virtud de la genérica remisión del artículo 64.11 LC. Es, en suma, el momento idóneo para tomar razón del

---

[26] Estas son, en síntesis, las ideas expuestas más extensamente por Cruz Villalón, J.: *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales,* cit., pp. 538-539. En particular, sobre este último aspecto —relativo al poder de disposición de la administración concursal en el período de consultas— parece que en aras a lograr el acuerdo con los trabajadores, la administración concursal podrá ofrecer ciertas contrapartidas respecto a las condiciones futuras de trabajo, mientras que las eventuales compensaciones económicas para quienes pierden el empleo dependerán en cada caso del régimen de intervención o suspensión de facultades a que esté sometido el empresario.

alcance y contenido de las medidas propuestas y de la posibilidad real su matización aplicativa [27].

Se impone a las partes, como también sucede en la normativa laboral común, el deber de negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo [28]. De esta forma, tanto los representantes de los trabajadores como la administración concursal deben realizar todos los esfuerzos para que tal acuerdo sea efectivamente alcanzado, sin que ello obligue necesariamente a obtener un acuerdo, que supondría un falseamiento directo de la propia negociación [29].

La Ley Concursal ha reforzado la capacidad de gestión del empleo de los representantes de los trabajadores en situaciones de crisis empresarial, estableciendo la vinculación del Juez al acuerdo de reorganización productiva alcanzado por las partes de buena fe [30]. A diferencia de lo establecido en el Proyecto de Ley Concursal donde el Juez del concurso gozaba de plenas facultades resolutivas de manera que podía resolver incluso contradiciendo lo acordado por las partes, en caso de acuerdo —que requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen la mayoría de aquéllos (art. 64.6 LC)— el Juez debe aceptar el acuerdo alcanzado y dictar auto resolviendo la solicitud en el sentido de lo pactado por las partes, de modo que su función es meramente registral del acuerdo alcanzado [31].

En caso de que el período de consultas concluya sin acuerdo entre las partes o el Juez aprecie dolo, coacción o abuso en la conclusión del mismo el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (art. 64.7 LC) remisión que hay que entenderla realizada al artículo 51.6 LET. De este modo el Juez —de la misma manera que la Autoridad Laboral fuera de concurso— deberá llevar a cabo un juicio de razonabilidad autorizando las medidas propuestas cuando de la docu-

---

[27] Como señala García Blasco, J.: *Algunos aspectos laborales del concurso,* cit., p. 319.

[28] Artículos 40, 41 y 51 LET; también de modo más genérico, el artículo 89 LET se refiere a la buena fe como obligación de las partes negociadoras del convenio colectivo.

[29] García Blasco, J.: *Algunos aspectos laborales del concurso,* cit., p. 319. Sobre el deber de negociar de buena fe, puede verse la STS de 9 de marzo de 1998 (RJA 2372/1998).

[30] Mercader Uguina, J. y Alameda Castillo, M.ª T.: *Contratos de trabajo,* cit., p. 1214, ponen de manifiesto este reforzamiento de la capacidad de gestión de los representantes de los trabajadores en sede concursal. Sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos, *vid.*, Nores Torres, L. E.: *El período de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pp. 233-241.

[31] Como expresa Cruz Villalón, J.: *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales,* cit., p. 543.

mentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas son necesarias para superar la situación económica negativa de la empresa y para contribuir a la viabilidad futura de la empresa y del empleo. La resolución debe ser siempre motivada y congruente, de modo que la decisión judicial se encuentra limitada por las medidas solicitadas sin que pueda acordar medidas distintas de las que se hayan sometido a su autorización.

En cualquier caso, el papel del Juez del concurso se reduce a autorizar las medidas colectivas solicitadas. La aceptación por parte del Juez de tales medidas no supone su actualización de modo automático, siendo preciso un acto posterior de la administración concursal —extintivo, suspensivo o modificativo del contrato— para llevarlas a efecto [32].

IV. CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Además del derecho de audiencia que sirve como presupuesto para el ejercicio de las facultades codecisorias y de negociación que acabamos de ver, la Ley Concursal reconoce un distinto grado de participación de los representantes de los trabajadores, en las diversas fases de desarrollo del procedimiento concursal —fase común, convenio y liquidación—. En cada una de estas fases, con carácter previo a la adopción por el Juez de determinadas decisiones con repercusión en el plano del empleo, la Ley Concursal prevé la consulta con los representantes de manera que puedan presentar las alegaciones que consideren convenientes [33]. Se trata, en definitiva, de permitir a los representantes la posibilidad de influir en la toma de decisiones que afecten a los trabajadores a través del derecho de audiencia, aunque la consulta no tenga carácter vinculante. Con todo, se trata de una forma de participación que va más allá de un mero intercambio de datos, situándose en un estadio superior al derecho de información [34], al que presupone.

1. Cese de actividad en la fase común del concurso (art. 44.4 LC)

A pesar de que la Ley Concursal —art. 44.1— establece que la declaración de concurso no interrumpirá la continuidad de la actividad

---

[32] *Vid.* Albiol Montesinos, I.: *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 73 y 75.

[33] En general, sobre la delimitación conceptual del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores puede verse, Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 101-114.

[34] *Vid.* Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT* núm. 84 (1997), p. 504.

profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, lo cierto es que no consagra de modo absoluto el principio de continuidad de la actividad empresarial porque permite que el Juez, excepcionalmente, pueda decidir el cierre de los establecimientos del deudor y la suspensión o el cese, total o parcial, de su actividad empresarial, siempre a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del concursado y de los representantes de los trabajadores.

El cierre de establecimientos o la suspensión o cese de la actividad profesional del deudor conllevará, necesariamente, la suspensión o extinción de los contratos de trabajo de toda o parte de la plantilla de la empresa. Esta circunstancia, unida al carácter excepcional de la medida —frente a la regla general de continuidad de la actividad—, explican que el legislador haya querido revestirla de ciertas garantías de procedimiento. En concreto, está prevista la necesaria audiencia del deudor y los representantes de los trabajadores [35] —unitarios y sindicales— como trámite previo a la decisión del Juez, así como la tramitación de las medidas laborales derivadas de la interrupción de la actividad —suspensiones, extinciones y modificaciones colectivas de las condiciones laborales— en los términos regulados en el artículo 64 de la Ley [36]. Este procedimiento, como se acaba de ver, concede un mayor protagonismo a los representantes de los trabajadores puesto que, antes de adoptar las medidas laborales colectivas, prevé no ya un trámite de audiencia —como el establecido en el art. 44.4 LC— sino una fase de consulta-negociación de la representación de los trabajadores con la administración concursal. Parece, sin embargo, que habría sido más eficaz desde el punto de vista de la protección de los trabajadores que ese trámite de negociación con la administración concursal —que, no olvidemos, es la única legitimada para solicitar el cese de la actividad— se hubiera situado antes de que el Juez se pronuncie sobre la continuidad o no de la actividad empresarial, ya que, una vez decidida la terminación temporal

---

[35] Deberá darse audiencia no sólo a los representantes unitarios sino también a los delegados sindicales, si los hubiera, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.3.3.º LOLS, cuando establece que los delegados sindicales tienen derecho a 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, y, especialmente, en los despidos y sanciones de estos últimos. Sobre este punto, *vid.* SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.ª L.: «Continuidad de la actividad empresarial», en (GARCÍA-PERROTE, I., coord.): *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 190.

[36] El artículo 44.4 LC remite en su último inciso al procedimiento del artículo 64 de la Ley, así como a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la norma en relación con la modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo. Creo, sin embargo, que podía haberse prescindido de la remisión, especialmente en relación con el artículo 64 cuyo primer apartado dispone, con carácter general, que se tramitará según el específico procedimiento regulado en este precepto, las extinciones, suspensiones y modificaciones de condiciones de trabajo una vez presentada ante el Juez de lo Mercantil la solicitud de concurso.

o definitiva de la actividad, el margen de maniobra de los representantes de los trabajadores para evitar las medidas de reestructuración de la plantilla se reduce considerablemente.

En el resto de las actuaciones propias de la gestión del concurso en la fase común —comunicación de créditos, inventario, determinación de la masa pasiva, clasificación de créditos, etc.— no está prevista la intervención de los representantes de los trabajadores.

2. Fase de convenio (art. 100.2 LC)

Tampoco la Ley Concursal prevé una participación específica de los representantes de los trabajadores en la fase del concurso encaminada a la aprobación de un convenio que ponga fin al procedimiento. En la Junta de acreedores —órgano de deliberación y votación de las propuestas de convenio, previa a su aprobación judicial— no hay, en principio, lugar para la actuación de los representantes de los trabajadores, sin perjuicio de que al estar la Junta integrada por los acreedores concursales, entre ellos puedan encontrarse trabajadores en cuanto acreedores por salarios o indemnizaciones.

La intervención de los representantes de los trabajadores durante la fase de convenio se limita al derecho a ser oídos cuando la propuesta de convenio contemple la enajenación de bienes afectos a la actividad profesional del deudor o de determinadas unidades productivas, debiendo asumir el adquirente, en estos casos, la continuidad de la actividad empresarial y el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC).

La Ley Concursal no especifica ante quien se ejerce ese derecho de audiencia, pero parece razonable pensar que los representantes de los trabajadores deberán ser oídos por la Junta de acreedores antes de que ésta se pronuncie sobre las propuestas de convenio. Ahora bien, en los casos de propuesta anticipada de convenio —cuya aprobación se realizará, en principio, por adhesión de los acreedores sin que sea necesario convocar la junta de acreedores— el ejercicio de este derecho presenta mayores problemas en cuanto al modo y momento de llevarlo a cabo. En cualquier caso, y aunque la aprobación definitiva del convenio corresponde al Juez del concurso, no parece éste sea el órgano ante el cual los representantes puedan presentar sus alegaciones al convenio y ello porque el Juez se limita a aprobar o rechazar el convenio aceptado —sin que pueda modificarlo— en atención a los motivos de oposición que se hayan podido formular (art. 129.1 LC). Teniendo en cuenta que la oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que la Ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el con-

tenido de las adhesiones, la constitución de la junta y su celebración (art. 128.1, pfo. 3.º), no tiene mucho sentido que los representantes de los trabajadores tengan que manifestar su opinión sobre el contenido del mismo ante el juez, más aún cuando no están legitimados para formular oposición (art. 128.1, pfo. 2.º). Ahora bien, en la medida en que la Ley Concursal exige la audiencia de los representantes de los trabajadores cuando concurran determinadas circunstancias, el incumplimiento de este trámite se podría alegar por los legitimados para oponerse al convenio en la medida en pueda considerarse una infracción de las normas sobre la celebración de la Junta [37].

La audiencia de los representantes de los trabajadores es necesaria en la medida en que la solución propuesta en el convenio suponga una transmisión de empresa, lo que remite a la aplicación del régimen establecido en el artículo 44 LET, con las correspondientes obligaciones de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores (art. 44, apdos. 6-9 LET). La aplicación de este régimen no excluye el derecho de audiencia que corresponde a los representantes de los trabajadores conforme a la normativa concursal, siendo cauces de participación paralelos. Y ello, por una parte, porque el alcance de la participación que establecen ambas normativas es sustancialmente diverso: el derecho de audiencia va más allá de la mera notificación y suministro de información, previsto en la normativa estatutaria y no puede equipararse con la obligación de iniciar un período de consultas ex artículo 44.9 LET, consultas que, por lo demás, sólo son preceptivas cuando el cedente o cesionario prevean adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores, mientras que el derecho de audiencia concursal se reconoce con independencia de este extremo. Además, mientras que los derechos de información y consulta del artículo 44 LET implican a los empresarios que intervienen en la operación de transmisión, la audiencia prevista en la Ley Concursal es ajena a ellos, puesto que, como acabamos de señalar parece lógico sean los acreedores ante quienes deban formular sus alegaciones los representantes de los trabajadores de manera que puedan influir su decisión sobre las propuestas de convenio presentadas. Es por ello, por lo que parece que ambos cauces de participación deben mantenerse.

---

[37] No obstante, si no se considerase propiamente una infracción sobre las normas de celebración de la junta, el incumplimiento podría reconducirse, más forzadamente, a una infracción de las normas sobre contenido del convenio, si se tiene en cuenta que el derecho de audiencia de los representantes de los trabajadores se establece, precisamente, en el precepto que lleva por rúbrica «contenido de la propuesta de convenio».

3. Fase de liquidación (arts. 148 y 149 LC)

En los casos en que el concurso finaliza con la liquidación del patrimonio del deudor la intervención de los representantes de los trabajadores cobra un mayor protagonismo. La liquidación —que la Ley Concursal configura como una solución subsidiaria cuando no se alcanza o se frustra la fase de convenio[38]— persigue la satisfacción de los acreedores, en concreto, a través de la realización del patrimonio del deudor conforme al plan de liquidación que la administración concursal debe presentar para su aprobación judicial. Precisamente, el plan de liquidación antes de su aprobación por el Juez debe someterse a informe de los representantes de los trabajadores —art. 148.3 LC— a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación, en los mismos términos que el deudor y los acreedores. Es posible, por tanto, que el informe de los representantes de los trabajadores concurra con las observaciones y propuestas que puedan formular los propios trabajadores en su condición de acreedores concursales.

Dentro de la amplia libertad de configuración del contenido del plan de liquidación, la Ley Concursal establece que deberá contemplar, siempre que sea factible, la enajenación unitaria o en bloque de las empresas o unidades productivas del concursado, de modo que —a diferencia del convenio donde la enajenación de la empresa se contempla como una medida meramente potestativa—, en fase de liquidación se prioriza la enajenación unitaria de la empresa [39]. La verificación de la transmisión de empresa como consecuencia de la liquidación otorgará a los representantes de los trabajadores los derechos de información y consulta específicamente previstos en la normativa iuslaboral, a los que la Ley Concursal viene a añadir la posibilidad de manifestar su parecer —en un momento previo o preparatorio de la futura transmisión— respecto a la propuesta de liquidación en su conjunto y no sólo en relación con su eventual repercusión sobre el empleo [40]. Por representantes de los trabajadores habrá que entender, nuevamente, que la norma se refiere no sólo a los delegados de personal y al comité de empresa —a tenor de lo dispuesto en los arts. 62 y 63 LET— sino también, a los delegados sindicales, en virtud del artículo 10.3 LOLS [41].

La trascendencia de las alegaciones que puedan efectuar los representantes de los trabajadores en el correspondiente informe se pone de

---

[38] Exposición de Motivos VII.1.

[39] *Vid.* Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M.: «La transmisión de empresa en situaciones concursales», rn *Relaciones Laborales*, Tomo II (2003), p. 567.

[40] Así, Luján Alcaraz, J.: *La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso,* cit., p. 399.

[41] Así lo pone de manifiesto Segoviano Astaburuaga, M.ª L.: *Continuidad de la actividad empresarial,* cit., p. 203.

manifiesto en la regulación del auto judicial que aprueba el plan de liquidación —art. 148.2 LC—. A diferencia de la fase de convenio, donde el Juez debe limitarse a aprobar o rechazar la propuesta de convenio aceptada previamente por los acreedores, en fase de liquidación se concede al Juez un mayor margen de discrecionalidad. En este sentido, el Juez, según estime conveniente a los intereses del concurso, podrá aprobar el plan de liquidación presentado o rechazarlo y decretar que la liquidación se lleve a cabo conforme a las reglas legales supletorias; pero también podrá —y aquí radica la importancia de las alegaciones formuladas contra el plan inicialmente presentado—, introducir en él modificaciones en atención a las observaciones efectuadas por los sujetos legitimados.

A estas facultades de información y consulta de los representantes de los trabajadores en fase de liquidación habrá que añadir las derivadas de las operaciones de liquidación que supongan la modificación de condiciones de trabajo o la extinción o suspensión colectivas de los contratos que, a tenor del artículo 148.4 LC, deberán desarrollarse conforme a lo dispuesto en el artículo 64 LC, que prescribe, como se ha analizado con anterioridad, una fase de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo sobre las medidas colectivas.

De no aprobarse el plan de liquidación, así como en lo no previsto en el aprobado, deberá estarse a las reglas supletorias del artículo 149 LC. En ellas se prevé la audiencia de los representantes de los trabajadores por el Juez antes de dictar el auto por el que se ordene la enajenación del conjunto de establecimientos y bienes afectos a la actividad productiva del deudor. En principio tales bienes se enajenarán como un todo, salvo que el Juez —previo informe de la administración concursal— estime más conveniente para los intereses del concurso la realización aislada de aquellos elementos. Ante la gravedad de los efectos que para los trabajadores se derivan de esta decisión, se prevé la audiencia previa de sus representantes —art. 149.1.1.ª LC—. Igualmente, y por motivos análogos, deberán ser también oídos en relación con las ofertas de compra de la empresa —art. 149.1.3.ª LC—, entre las cuales deberán considerarse preferentes aquellas que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

V. CONCLUSIÓN

Las situaciones de crisis y de insolvencia de los empresarios inciden muy directamente en los trabajadores, en sus créditos laborales y en el mantenimiento de sus contratos de trabajo. Frente al tradicional Derecho concursal que —orientado por una lógica estrictamente liquidatoria—,

obviaba en buena medida los aspectos sociales, la nueva normativa, sin abandonar la finalidad de satisfacción de los acreedores, recoge el interés de los trabajadores en el mantenimiento del empleo y lo protege en la medida en que es necesario para el buen fin del procedimiento. En este sentido, y aunque la Ley Concursal no institucionaliza un cauce específico de participación de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal, no faltan a lo largo de su articulado diversas menciones a su intervención en el procedimiento. Esta participación presenta distintos grados de intensidad —que van desde la mera información y consulta hasta formas de negociación colectiva gestional tendentes a favorecer una gestión negociada de las consecuencias socio-laborales de las reestructuraciones de empresas en concurso— permintiendo a los representantes de los trabajadores la posibilidad de influir en la toma de decisiones en el ámbito concursal con repercusión en el plano del empleo, con distinta intensidad en función del momento del procedimiento en que se produzca. Aunque la creación de estos espacios de participación supone un avance respecto al derecho concursal anterior lo cierto es que, en términos generales, en la Ley Concursal subyace una visión parcial de los trabajadores, que son tratados como meros acreedores y no como parte esencial en el funcionamiento de la empresa.

Comunicación a la Ponencia Temática II

PARTICIPACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN: CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA
Profesora Titular Interina. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO:

I. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. 1. Consideraciones generales. 2. La participación de la representación especializada. Delegados de prevención: derechos de información y documentación. 2.1. Derecho de acceso a la información y documentación. 2.1.1. Vertientes del derecho. 2.1.2. Sujetos y contenido del derecho de información. 2.1.3. Parámetros del ejercicio del derecho. 2.2. Derecho de uso de la información y documentación.—II. LÍMITES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN. 1. Límites primarios y excepciones al derecho de acceso: El carácter confidencial de la información. A propósito del Criterio Técnico CT-43/05. 2. Límites secundarios o excepciones al derecho de uso de la información: deber de sigilo. 2.1. Parámetros del deber de sigilo.—III. CONCLUSIONES.

I. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

1. Consideraciones generales

En el marco de una concepción renovada de la participación de los trabajadores en la empresa, y de sus representantes, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL en lo sucesivo), instituyó diversos canales para ello: en concreto, configuró los derechos de participación, información, documentación y consulta de los distintos sujetos implicados en la prevención riesgos laborales; a saber, los trabajadores, sus representantes, la autoridad laboral, y los sujetos especializados en actividades preventivas. En este nuevo diseño el derecho de información y documentación tiene una naturaleza en cierta manera difusa, por cuanto se manifiesta como una forma de participación débil en la empresa, pero además es un derecho doblemente instrumental: es instrumento para el ejercicio de los derechos de consulta y participación previstos en el Capítulo V de la Ley [1], y es un medio a través del cual es posible alcanzar el objetivo último de la protección eficaz de la salud de los trabajadores [2]. Así, en lo que respecta a información, y su anejo, la documentación, la LPRL ha diseñado distintos flujos de información, con sujetos y contenidos diferenciados. Al margen de otros posibles, aquí interesa la estructura de transmisión de in-

---

[1] Véanse, MELLA MÉNDEZ, L.: «Los delegados de prevención: algunos puntos críticos», en *Aranzadi Social,* 2003, núm. 6, p. 58; MORENO VIDA, M. N y ÁLVAREZ MONTERO, A.: «Artículo 36», en MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N. (Dir.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios.* Granada: Comares, 2004, p. 403.

[2] De hecho han sido considerados «el reverso» del derecho de protección (MORENO CÁLIZ, S.: «La participación de los trabajadores: los derechos de información y consulta. La representación de los trabajadores para la prevención de riesgos», en GARCÍA NINET, J. I. (Dir.): *Manual de Prevención de Riesgos Laborales.* Barcelona: Atelier, 2005, p. 380.

formación entre el empresario y otros sujetos implicados en la prevención de riesgos laborales [3].

De todos esos supuestos, se considera que realmente problemático resulta el derecho de acceso a la información y documentación de los delegados de prevención. En lo que a ellos respecta, el derecho de información y documentación, se justifican en la medida en que permitirían, junto a las restantes facultades contempladas en el artículo 36.2 LPRL [4], que los delegados de prevención puedan desempeñar efectiva y eficazmente las funciones atribuidas en el artículo 36.1 LPRL [5]. Funciones estas que presentan una frontera —en la teoría inexistente, porque la LPRL propugna un modelo participativo y colaborativo de todos los agentes implicados en la prevención— difusa entre los intereses empresariales y los intereses preventivos de los delegados de prevención en aras de la protección de la salud de los trabajadores. De ahí que el acceso a la información y documentación no se vea facilitado e incluso sea impedido con relativa frecuencia; y, además, se planteen algunas cuestiones problemáticas en torno al entendimiento del deber de sigilo de los delegados de prevención; cuestiones a las que se da en lo sucesivo un tratamiento monográfico.

---

[3] En primer lugar, porque sobre el eje central del derecho-deber de protección frente a los riesgos laborales (art. 14 LPRL), el empresario está obligado a adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores reciban determinada información, de un modo directo o, en su caso, a través de sus representantes (art. 18.1.º LPRL, en conexión con los derechos específicos de los artículos 21, 22, 24, 26, 27 y 28 LPRL). A lo anterior se unen aquellos supuestos de coordinación de actividades, en los que legalmente se han fijado distintas versiones del derecho-deber de información entre el empresario titular del centro y aquellos otros empresarios, y sus respectivos trabajadores (art. 24 LPRL). En tercer lugar, el artículo 30.3 LPRL establece que el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados para desarrollar las actividades de prevención en la empresa, el acceso a la información y documentación. Obligación que el artículo 31.2 LPRL hace extensiva en idénticos términos al servicio de prevención —propio o ajeno— al que el empresario haya recurrido cuando la designación de trabajadores no resulte sustantiva o normativamente posible. Por último, desde la perspectiva representativa de los trabajadores, en el artículo 36.2 b) LPRL se otorga idéntico derecho de información y documentación a los delegados de prevención. En todos estos eventuales flujos de información empresario-sujeto interesado, subyace, de un modo más o menos inmediato, el principio de protección de la salud de los trabajadores.

[4] A saber, las de libre acceso y circulación por el centro de trabajo, de propuesta (Gómez Caballero, P.: *La participación de los trabajadores y los funcionarios en la prevención de riesgos laborales*. Sevilla: CARL, 2003, pp. 81-120).

[5] Que se podrían sintetizar en competencias de colaboración con el empresario; de promoción y fomento de la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención; de vigilancia y control sobre el cumplimiento de esa normativa; y de consulta [González Ortega, S. (Coord.): *La prevención en la pequeña empresa.* Madrid: La Ley-Actualidad, 1999, pp. 74-75].

2. La participación de la representación especializada. Delegados de Prevención: derechos de información y documentación

Sin perder de vista la existencia de otros distintos canales de información que tiene como destinatarios a los delegados de prevención [6], aquí interesa realmente la configuración de los derechos de información y documentación de los delegados de prevención por el empresario, como centro neurálgico de la información preventiva, en los términos del artículo 36 LPRL [7]. Así, sería oportuno llamar la atención sobre la distinción, como en todos los derechos de información, entre dos eventuales manifestaciones del derecho: la —que ha sido denominada— manifestación pasiva o receptora de información, y la —denominada— manifestación activa. La primera se concretaría en el derecho de *acceso a la información;* la segunda en el *uso de la misma.* Manifestaciones que en todo caso, a efecto del establecimiento de sus límites requieren un tratamiento separado.

2.1. Derecho de acceso a la información y documentación

2.1.1. Vertientes del derecho [8]

A su vez, en esta manifestación del derecho de acceso, se puede diferenciar una vertiente activa, que se concretaría en la facultad de in-

---

[6] Conviene advertir que los delegados de prevención son deudores eventuales de información de distintos sujetos: del empresario, de los servicios de prevención, de la autoridad laboral (art. 40.3.º LPRL), y de los propios trabajadores.

[7] O más concretamente, en las obligaciones empresariales de información del artículo 36.2 b) LPRL, donde se establece que el delegado de prevención tiene la facultad de tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones; y en particular a la información y documentación previstas en los artículos 18 y 23 LPRL. Lo anterior se habría de complementar con las informaciones que el empresario proporcione acerca de los daños efectivamente producidos en la salud de los trabajadores [art. 36.2.º c) LPRL], así como aquella otra información que el empresario haya obtenido de las personas u órganos encargados de las actividades preventivas en la empresa o de otros organismos competentes en materia de seguridad y salud [art. 36.2 d) LPRL].

[8] Se han ofrecido otras posibles definiciones de las vertientes del derecho. Relevantes resultan la que admite que se puede distinguir entre: el derecho a indagar la información en los documentos que obren en poder del empresario, en el lugar de los hechos, o mediante las visitas que gire en los lugares de trabajo, solo o acompañando; derecho de información inmediata, o derecho obtener información inmediata e investigar lo sucedido al mismo tiempo que el empresario (en caso de siniestro/patológico); y derecho de información refleja, o derecho a recibir las informaciones de que disponga el empresario provenientes de sus propios servicios de prevención o de los organismos públicos con competencias en estas materias [Moreno Vida, M. N. y Álvarez Montero, A.: «Artículo 36», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (Dir.): *Comentario*

formarse, de indagar, o de buscar información. Junto a la anterior, se puede distinguir una vertiente pasiva, que consistiría en recibir información; con una variante, como es el tener acceso a la documentación oportuna, a través de la cual obtener información [9].

2.1.2. Sujetos y contenido del derecho de información

El sujeto aparentemente obligado a proporcionar la información exigida en el artículo 36.2 b) a d) LPRL sería el empresario. Éste vería cumplida su obligación aunque el sujeto generador, y transmisor de la información no fuera él mismo, sino, por ejemplo, los servicios de prevención, mutuas de accidentes (en el caso de la información estrictamente preventiva), o una empresa o entidad gestora de los bienes y derechos de titularidad empresarial (en el caso de la información no estrictamente preventiva, sino de carácter económico, u organizativo, por ejemplo, pero de relevancia preventiva) [10]. En sendos supuestos, no

---

a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios. Granada: Comares, 2004, p. 405]. Junto a la anterior, se ha de resaltar la distinción entre información activa (dar información) e información pasiva (permitir el acceso a la documentación). DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos laborales.* Burgos: DIJUSA, 1998. Vol. I, p. 320.

[9] Se hace necesaria aquí una aclaración: la documentación es en sí misma un deber-derecho independiente (art. 23 LPRL) que permite el cumplimiento de otras obligaciones empresariales derivadas del deber general de protección. Entre ellas, el acceso a determinada documentación es susceptible de servir de vía para dotar de efectividad al derecho de información. Porque el empresario puede comunicar oralmente una determinada información, pero también puede entregar una concreta documentación, en la que constan datos, hechos, protocolos, o reglas preventivas, por poner algunos ejemplos. De esta manera, a pesar de que la ley distingue entre derechos de información y documentación, en un sentido amplio, se podría entender que ambos se pueden subsumir en un genérico deber-derecho de información; en el que la obligación de facilitar el acceso a la documentación es una condición, un medio, para entender cumplido el deber de información. De hecho, el criterio técnico de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, CT-43/05, de 27 de diciembre, sobre el derecho de los delegados de prevención al acceso a la documentación preventiva asume ese carácter instrumental de la documentación como vía de acceso a la información.

[10] La posibilidad de que haya un intermediario en la información, podrían plantear algunas cuestiones, no resueltas expresamente, en los casos en los que esos sujetos informadores distintos del empresario cumplan la obligación de informar a los representantes de los trabajadores de forma parcial, bien por carecer de determinada información, o por no haber sido autorizado por el empresario a proporcionar la que sí consta efectivamente como consecuencia de un filtrado previo o sobrevenido. Problema este que se apuntó ya inmediatamente después de la publicación de la ley, cuando se llamó la atención sobre el problema de que, aunque no fuera legitima la censura empresarial de dicha información, sería difícil de detectar cuando se produce, especialmente cuando no exista obligación para los servicios de prevención de hacer llegar a los delegados la misma información que al empresario (GONZÁLEZ ORTEGA, S., y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.* Valladolid: Trotta, 1996, pp. 234 y 235).

cabría duda en admitir que el empresario es, en último término, el sujeto responsable del incumplimiento, al margen de sus acciones de regreso contra los incumplidores efectivos.

En lo que se refiere a los contenidos que han de ser objeto del derecho-deber, la ley se refiere a la *información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones* [art. 36.2 b) LPRL] [11]. A la anterior se sumarían aquellos datos referidos a los daños producidos en la salud de los trabajadores [art. 36.2.º c) LPRL]. Pero, además, podría completarse el elenco de eventuales contenidos, mediante la remisión a las informaciones especificadas en el artículo 18.1.º LPRL, así como a la información que conste en la documentación detallada en el artículo 23.1.º LPRL [12]. Conforme a estas dos previsiones es posible dotar de contenido a las informaciones a las que hace referencia el artículo 36.2.º d) LPRL. Por último, por irradiación, en la medida en que el delegado de prevención, en principio es un representante de los trabajadores en la empresa (art. 35.1 LPRL), tendría acceso a la información del artículo 64.1.º ET.

En suma, si se observa, el elenco de eventuales contenidos susceptibles de ser objeto del derecho de información es relativamente amplio, y alcanza, no solo a materia estrictamente preventivas, sino también a aspectos referidos al sector, a la propia empresa, no solo a las materias de organización de la actividad productiva, sino también a las estrategias del futuro de la empresa, lo que pasa por aspectos de índole tecnológica, o medioambiental, por ejemplo [13]. Pero, que todos esos conteni-

---

[11] Para concretar esa referencia, baste acudir a la definición del artículo 4.7.º LPRL; de suerte que los delegados de prevención tendrán derecho a acceder a la información relativa a cualquier característica del trabajo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador. En particular se está pensando en las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles; naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia; procedimientos para la utilización de esos agentes; y, en general, todas aquellas otras característica del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

[12] En concreto la documentación engloba las siguientes materias: a) evaluación de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo y planificación de la acción preventiva; b) medidas de protección y de prevención a adoptar y en su caso material de protección que deba utilizarse; c) resultados de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores; d) prácticas de los controles del estado de salud de los trabajadores y conclusiones extraídas de los mismos; e) relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que haya causado al trabajador una incapacidad temporal superior a un día. Para una especificación mayor de los documentos encuadrables en esas materias, véase, Iglesias Cabero, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.* Madrid, Civitas, 1997, p. 130 y ss.

[13] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico.* Granada: Comares, 2001, p. 205.

dos sean susceptibles de ser transmitidos a los representantes de los trabajadores no significa que siempre vayan a serlo. Por el contrario, en distintos grados, se encuentran sujetos a algunos límites primarios que restringen el derecho de información, como mecanismos de composición de intereses enfrentados.

2.1.3. Parámetros del ejercicio del derecho

Al margen de sus posibles concreciones, los parámetros temporales, geográficos y modales del ejercicio de acceso a la información, se encontrarían presididos, a falta de precisiones legales o reglamentarias mayores, por el principio de efectividad del derecho [14]. De todas las condiciones de ejercicio del derecho de acceso, conviene llamar la atención sobre los parámetros modales, que son los que plantean más vicisitudes. En principio, el modo ideal de cumplimiento del deber de informar sería la forma escrita, en la medida en que la información oral, puede resultar menos efectiva. Cuando se ofrece información a través de documentación, se han planteado no pocas cuestiones problemáticas. No solo referidas a qué documentos en concretos se podía acceder, sino también a si el acceso exigía necesariamente entrega de copia documental (cumplimiento sustantivo) o el acceso se habría de entender como simple exhibición del elenco documental (cumplimiento formalista de la obligación).

Esta disyuntiva ha dado lugar a algunos pronunciamientos judiciales. El más relevante es, sin duda, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 1 de junio de 2005 [15]. En ella que se excluye toda interpretación restrictiva del artículo 36.2.b) LPRL. De esta manera, «*tener acceso a la información y documentación*» no podría nunca interpretarse en el sentido, por ejemplo, de examinar en las oficinas la

---

[14] En lo que hace referencia al elemento temporal de la información, ha de hacerse una distinción primera, según la naturaleza de dicha información. De ahí que se haya de distinguir entre información previa al ejercicio de un derecho de participación, o de información adscrita directamente al ejercicio de ese derecho. En uno u otro caso, el momento en el que el empresario accede a la información puede diferirse más o menos del momento en el que la transmite. Y el lapso entre uno u otro momento, *in casu*, determinará el grado de cumplimiento del deber de informar. Sin que lo deba graduar el hecho de que el delegado de prevención pueda, por una vía alternativa, tener acceso a esos contenidos. En lo tocante al elemento geográfico en el que se informa, se ha de proponer como lugar oportuno en el que habitualmente se encuentre el destinatario de la información, aunque no está carente de sentido que, si se optimiza el derecho de información así, el delegado haya de acudir al espacio físico en el que se encuentra la información/documentación, y en el que, simultáneamente a la recepción de la misma se le permite la consulta de personas especializadas que le puedan asesorar los contenidos proporcionados.

[15] Sentencia núm. 652/2005, de la Sala de lo Social, Sección 1.ª, que resuelve el recurso de suplicación núm. 216/2005 (AS 2005/1191).

mencionada documentación, y memorizar los datos obrantes en ella, sino que exige entrega de copia de la documentación, para entender cumplido el deber de información y de documentación [16]. Doctrina judicial ha sido incorporada a la práctica administrativa. En efecto, ante una situación caracterizada por un numeroso numero de denuncias de los representantes de los trabajadores ante la Inspección de trabajo por incumplimiento empresarial de la obligación de dar acceso a la información y documentación [17] necesaria para el ejercicio de sus funciones, desde la Autoridad Central de la Inspección (la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), ha emanado el criterio técnico CT-43/05, de 27 de diciembre, sobre el derecho de los delegados de prevención al acceso a la documentación preventiva. De un modo más concreto, se establece que se considera que « *un adecuado examen de la documentación requiere de la entrega física de la misma, careciendo de justificación la imposición de sanciones temporales o geográficas para su examen».*

Por otra parte, a la información proporcionada por el empresario se le exige una característica esencial, como es su idoneidad para servir a los delegados de prevención para el cumplimiento de sus funciones [18].

---

[16] En efecto, conforme al criterio de efectividad, se ha de entender que el acceso a la información se ha de entender en el sentido más amplio posible, de manera que se facilite o hagan más cómodas las funciones de los delegados; algo que pasa por asumir que « *no es posible transmitir información sin proporcionar copias de los documentos que contienen tal información... Con independencia del tiempo que se dedique al examen de la documental el cabal conocimiento sólo es el que permite transmitirlo y la carencia de entrega de copia hace ineficaz o ficticia o al menos restringe dicha posibilidad de transmisión de datos transcendentes…»* (FJ primero).

[17] En común en las infracciones relativas a los derechos de información y consulta [arts. 7.11.º, 12.8.º y 11.º, ó 9.2.º c) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social] que no se haya tipificado de un modo preciso el tipo en el que se concreta el incumplimiento de la obligación de informar, de ahí que se haga evidente una zona de penumbra evidente. De ahí que no haya quedado claro si hay incumplimiento cuando se permite un acceso parcial, o solo cuando hay una obstaculización total, por poner algunos ejemplos.

[18] Se considera idónea cuando sea inteligible, comprensible y asequible (DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos laborales.* Burgos: DIJUSA, 1998, Vol. I, p. 338). La idoneidad de la información no sólo haría referencia a las materias y contenidos concretos, sino también a sus características de inteligibilidad y comprensibilidad. O, de otro modo, la información proporcionada habría de ser inteligible y comprensible por los delegados de prevención. Esas características exigirían que la información se encontrara expuesta en un idioma conocido, sin tecnicismos (conceptos, lenguaje matemático o algebraico, etc.) o formatos de presentación (en programas informáticos no estandarizados, planos, o diagramas, etc.) que obstaculizaran la comprensión de la información. Y estas aparentes exigencias, si bien es cierto que no están especificadas legalmente, podrían condicionar el (in)cumplimiento empresarial de la obligación de información, y documentación. Se plantea, cuando menos, la duda de si el empresario cumple con la obligación de informar y permitir el acceso a la documentación con la mera transmisión de contenidos o

Lo que sí es incuestionable es que, sin que la información haya de ser transmitida íntegramente, si ha de ser completa y cierta y el empresario se ha absteniéndose de trasmitir información parcial errónea o sesgada[19].

2.2. Derecho de uso de la información y documentación

El derecho a la información y documentación, si bien es cierto que no dejan de ser en sí mismos plasmaciones del derecho más general de participación, en realidad parte de su peso especifico es el de servir de instrumento para que los delegados de prevención puedan, en primer lugar ejercitar eficazmente otros derechos de participación, como el de consulta; y, en segundo lugar, para que puedan desarrollar las funciones que se han sido encomendadas con carácter individual (especialmente las de control y vigilancia), pero también, en su caso, las atribuidas en tanto actúan como miembros del Comité de Seguridad y Salud. Funciones todas que, no se ha de perder de vista, se encuentran subordinadas al derecho genérico a una protección eficaz de los trabajadores [20], en cumplimiento de lo previsto en los artículos 15, 40.2.º y 43.1 de la Constitución; sin que, en ningún caso, tampoco en esta vertiente, el derecho de información sea absoluto, sino que se encontraría restringido por límites secundarios.

---

ha de hacerlo de modo eficaz, o en términos idóneos, y sin falsear los contenidos objeto de la información. Optar por una u otra posibilidad tiene algunas implicaciones de cierta relevancia. De un lado, considerar que con la mera transmisión de la información se entiende cumplida la obligación, permitiría que la cualificación del delegado de prevención se convierta en un canon previo de idoneidad de la información. Pero, por otro lado, se abriría la vía para entender modulado el deber de sigilo en aquellos casos en los que el delegado de prevención requiera del asesoramiento de un experto, que interprete y haga entendible la información que le ha sido proporcionada por el empresario.

[19] Moreno Vida, M. N y Álvarez Montero, A.: «Artículo 36», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (Dir.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios.* Granada: Comares, 2004, p. 405.

[20] Así, resultaría comprensible que la información adquirida, pasiva o activamente, tenga una finalidad determinada, distinta a la mera posesión de la misma. Se trata de información impregnada de una función teleológica que le imprime *a priori,* una tendencia a la exteriorización: en unos casos la información recibida habrá de trasladarse a los trabajadores —con carácter inmediato, en el caso de la recibida a tenor del art. 18.2 LPRL; y cuando resulte oportuno, en los demás supuestos—; en otros casos la información permitirá el desarrollo de las funciones anejas a la condición de miembro del Comité de Seguridad y Salud (arts. 38 y 39 LPRL), en otros la información pondrá de relieve algún genero de incumplimiento, susceptible de denuncia en alguna de las distintas instancias, legales o convencionales.

II. LÍMITES DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

Obviamente esas dos manifestaciones de los derechos de información y documentación no son omnímodas, sino que, se encuentran sujetas a algunos límites [21]. Límites que aquí se han clasificado en dos categorías, primarios y secundarios. Los límites primarios harían referencia a los supuestos en los que resulta legitimo impedir el acceso, total o parcial a la información. Los secundarios se referirían a aquellas restricciones en el uso, transmisión o divulgación a las que se encuentra sujeta la información una vez adquirida. Sin embargo, a pesar de la diferenciación conceptual, unos y otros límites se confunden en algunos casos, como se tendrá ocasión de comprobar.

1. Límites primarios o excepciones al derecho de acceso: El carácter confidencial de la información. A propósito del Criterio Técnico CT-43/05

Hasta ahora se ha estado empleando el término «información» en abstracto; sin embargo aquí, convendría hacer algunas matizaciones, porque se ha discriminar entre distintos tipos de contenidos. Así, se habría de distinguir tres grupos de informaciones: a) las referidas a datos de carácter personal, relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores; b) los datos, hechos, actividades directamente relacionados con la prevención; y c) los datos, hechos, que, sin ser estrictamente contenidos de prevención de riesgos laborales puede presentar relevancia preventiva, y que se concretarían en el elenco de eventuales informaciones a las que hace referencia el artículo 64.1.º, en los apartados 1 a 8 ET. Unos y otros grupos estarían sujetos, en principio a distintos límites. Límites que se podrían clasificar en: a) límites absolutos al acceso o prohibición de acceso, que se traduce en que el empresario no esta obligado a comunicar información alguna, como consecuencia de una tutela fuerte del interés empresarial o de un derecho fundamental, si bien puede renunciar al límite y trasmitir la información; y b) límites relativos, en los que se permite acceder a información calificada por el empresario como reservada, pero con una exigencia de sigilo cualificada, que limita el derecho de uso.

---

[21] Estos límites se justifican, y a su vez se definen, mediante los bienes jurídicos que tratan de proteger. Con carácter general, en lo referente al acceso a la información, cabe señalar, como potenciales bienes o intereses jurídicos en pugna: la salud (art. 43 CE) e integridad (art. 15 CE) de los trabajadores, el interés empresarial (arts. 33 y 38 CE), la libertad de expresión (art. 20 CE), el derecho a la intimidad, y los derechos de participación en la empresa (art. 129 CE), entre otros.

Por una parte, la información de carácter personal, derivada de las actividades de vigilancia de la salud, estaría sujeta a un límite legal, el del artículo 22.4.º LPRL de forma que sólo el personal medico y las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud tendrán acceso a la información médica de carácter personal. En lo que aquí interesa, *sensu contrario,* habría una prohibición absoluta de acceso de los delegados de prevención a este género de información y documentación. Sin embargo, esta prohibición de acceso se relativiza, en primer lugar, mediante autorización de la persona afectada. En segundo lugar, habría una segunda relativización de carácter legal, dado que se permite el acceso —del empresario y de las personas u órganos con responsabilidades preventivas, entre las que se encuentra el delegado de prevención, obviamente— a *las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados con relación a la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva*[22]. En este caso, como anverso, se establece un limite secundario: el del respecto de la intimidad y dignidad de las personas afectadas, y la *confidencialidad* de toda información relacionada con su estado de salud (art. 22.2.º LPRL), en el uso que se haga de dicha información [23].

Por otra parte, en lo que se refiere a la información en materia de prevención de riesgos laborales, e información con relevancia preventiva[24], la Ley de prevención de Riesgos Laborales no había establecido ningún límite o prohibición de acceso de carácter absoluto. Es aquí donde tiene especial relevancia el criterio técnico CT-43/05, que ha extrapolado parcialmente los mecanismos del artículo 22.2.º de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los

---

[22] Excepción que se considera legítima, aunque sujeta a una interpretación restrictiva, funcionalizada a la tarea preventiva (González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.* Valladolid: Trotta, 1996, p. 155).

[23] Si se observa, el concepto de confidencialidad se ha empleado, no sólo aquí, pero este es un ejemplo con un cierto carácter anfibológico. Así, se emplea en unos casos para referirse a la restricción total al acceso a unos determinados contenidos, como sinónimo de reserva absoluta, y en otros como sinónimo de sigilo, o uso restringido de la información. En efecto, en aquellos casos en los que se ha establecido un límite primario relativo —posibilidad de que el empresario califique la información como reservada y exija un especial deber de sigilo de los delegados de prevención— se asimila *confidencialidad de la información* a *uso confidencial* de la misma. Así, el deber de sigilo se confunde con un límite al acceso a la información cuando, realmente, es un límite secundario.

[24] Como se ha visto al tratar los contenidos del derecho, estos dos núcleos sustantivos presentan características similares, pero no se puede perder de vista que, aunque se haga un tratamiento análogo, la energía restrictiva de uno y otro es distinta; porque presentan más o menos fuerza para oponerse al acceso, porque su conexión con la protección de la salud está más o menos diluida.

trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria (en adelante, Ley 10/1997) [25], y 6.2.º de la Directiva 2002/14 [26], mecanismos que, no obstante, se mantienen operativos como eventuales elementos de referencia. No obstante, resulta obvio que, en la medida en que en materia preventiva el derecho constitucional a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) presenta una fuerte *vis* expansiva, la interpretacion de los límites absolutos al acceso a determinada información económica y organizativa, pero con relevancia preventiva, ha de ser una interpretación restrictiva.

El Criterio Técnico CT-43/05 ha establecido así algunos parámetros de seguridad jurídica, no sin cierta confusión conceptual entre los límites de acceso y los límites de uso de la información. De un modo más preciso, se estima que, conforme a un criterio teleológico —considerando la finalidad de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, así como la integración de la actividad preventiva en los sistemas de gestión empresarial— no resulta aceptable que la documentación/información preventiva tenga en bloque un carácter reservado. Por el contrario, sólo es aceptable que determinados datos sean omitidos (bajo el esquema de reserva absoluta o límite primario absoluto) «*bien por no tener trascendencia alguna en el desarrollo de las actividades preventivas, pudiendo ocasionar consecuencias negativas a la empresa, bien por entrar en colisión con derechos fundamentales y libertades publicas de terceros*». De estos dos límites establecidos por la autoridad laboral, conviene llamar la atención sobre el primero, que es el realmente novedoso, dado que el segundo ya tiene una plasmación legal en el artículo 22.4.º LPRL, al restringir el acceso a los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores de carácter personal.

El criterio técnico desglosa expresamente, dentro de la categoría de *informaciones sin trascendencia en materia preventiva, y cuyo co-*

---

[25] En el artículo 22.2 de la Ley 10/1997, se exime a la empresa de la obligación de comunicar aquella información que guarde relación con: secretos industriales, financieros o comerciales. Pero la prohibición absoluta de acceso a información con esos contenidos únicamente se despliega eficazmente cuando, como requisito *sine qua non*, su divulgación (entendida como comunicación a los representantes) pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa, u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. En todo caso, la empresa mantiene la obligación de comunicar aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo de la empresa.

[26] En el artículo 6 de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece un marco general de acceso a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOL 23 de marzo de 2002, núm. 80), se permite a los Estados miembros que dispongan, en los casos específicos, en las condiciones y dentro de los límites que establezcan las legislaciones nacionales, que el empresario no esté obligado a facilitar información que por su naturaleza pudiera, según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles.

nocimiento podría ocasionar consecuencias negativas a la empresa, tres tipos de datos, que se considera datos sensibles, y que pueden representar excepciones al ejercicio al derecho de acceso a la información. En concreto se trataría de: datos que puedan comprometer el secreto comercial o industrial; datos que puedan comprometer la seguridad de las personas o instalaciones; y datos que puedan comprometer la seguridad patrimonial. Se trata de datos que por su sensibilidad desde la perspectiva empresarial, pueden limitar el derecho de acceso a la información; lo que lleva a la Autoridad Laboral a llevar a cabo una interpretación restrictiva de la amplitud de la prohibición absoluta. Así, en lo que se refiere a los datos que puedan comprometer el secreto comercial o industrial, se entiende que sólo en el caso de productos y sustancias no clasificados reglamentariamente como peligrosos «sería aceptable sustituir el detalle de su composición química por una mera referencia al producto tal y como se conoce comercialmente o como figura en el etiquetado del producto». Es este el resultado de una interpretación *sensu contrario* de la normativa relativa a las sustancias y preparados peligrosos, en concreto los Reales Decretos 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y 255/2003, de 28 de febrero, que aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos. Normativa que habría que poner en conexión con el artículo 41 LPRL. Por otra parte los datos que pudieran comprometer la seguridad de determinadas personas e instalaciones, se entiende en el CT-43/05 que afecta tanto a determinados centros de trabajo de las Administraciones Públicas como a centros de trabajo de empresas privadas. Sin embargo, la Autoridad Laboral establece, a su vez, ciertos límites a la prohibición de acceso a la información. Así, se puede omitir la información de la relación nominal de trabajadores en los centros de especial naturaleza (establecimientos penitenciarios), presten servicios personas de determinada condición (altos cargos, jueces, fiscales, funcionarios de las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad o análogos). Por otra parte, se pueden omitir los datos relacionados con el acceso y los planes de seguridad o evacuación de las dependencias de aquellos centros s en los que pueda ser comprometida la seguridad pública, nacional o de defensa (establecimientos militares, fábricas de armamento, de explosivos, empresas estratégicas como centrales eléctricas, nucleares, refinerías, etc.). Por último, se entiende que únicamente cabe impedir el acceso a aquellos datos enmarcados en la categoría «que comprometan la seguridad patrimonial» en lo que hace referencia a documentación en la que se contenga información que podría ser utilizados con fines delictivos (planos de acceso, salida, evacuación de edificios, instalaciones o dependencias en las que se custodie dinero, objetos valiosos, material sensible, etc.

Para cerrar el marco delimitador de las excepciones absolutas al acceso a información de los delegados de prevención, el criterio técnico introduce una cláusula de salvaguarda, que actúa como límite del límite: en todo caso se exige del empresario (o dirección del organismo administrativo) motivación por escrito de la negativa a la entrega de la documentación. Motivación que tiene la finalidad de que la ITSS, las autoridades laborales, y en su caso, la Jurisdicción competente, puedan valorar la objetividad de las razones esgrimidas por la empresa ante los supuestos de reclamación por la representación de los trabajadores.

2. Límites secundarios o excepciones al derecho de uso de la información: deber de sigilo

Dejando a un lado el límite secundario derivado del respeto del derecho a la intimidad, del artículo 22.4.º LPRL, realmente, el gran límite —secundario— del derecho de información y documentación es el deber de sigilo exigido por el artículo 37.3 LPRL, en el que el legislador se remite al deber de sigilo contenido en el artículo 65.2 ET [27]. No obstante esa remisión, dado el perfil específico de los derechos de información y documentación en materia preventiva, el deber de sigilo de los delegados de prevención ha de ser matizado en algunos aspectos, y no cabría hacer una extrapolación total de los contornos del deber regulado para la representación no especializada [28]. De ahí que, siquiera de un modo esquemático, se puedan proponer algunos parámetros del deber de sigilo de los delegados de prevención.

2.1. Parámetros del deber de sigilo

En lo que se refiere al alcance material del deber de sigilo queda claro que no cubre todas las informaciones a las que el delegado de prevención

---

[27] Véanse, referido al deber de sigilo de los representantes unitarios y sindicales de los trabajadores contenido en el artículo 65.2 ET, y parcialmente extrapolable al deber de sigilo de los delegados de prevención, por todos, Monereo Pérez, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores.* Madrid: Civitas, 1992, pp. 286-334; Garrido Pérez, E.: *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores.* Madrid: CES, 1995, pp. 331-362; Boza Pro, G.: *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores.* Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, 485 p.

[28] En el mismo sentido, sobre la base del carácter *recualificado* de los contenidos participativos, véase, Moreno Vida, M. N. y Álvarez Montero, A.: «Artículo 37», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., Moreno Vida, M. N. (Dir.): *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios.* Granada: Comares, 2004, pp. 411-412.

haya tenido acceso [29], sino sólo aquellas para las que la ley o el empresario hayan establecido una reserva de uso confidencial. Respecto de las primeras, poco se ha de decir (salvo que se presume un balance previo por el legislador de los bienes jurídicos protegidos en pugna), sí suscita mayores dudas las limitaciones que el empresario pueda establecer, amparado en el deber de sigilo del delegado de prevención. En todo caso, como se verá, se asume aquí que dicho deber es graduable [30].

Desde la vertiente del derecho de acceso, ya se ha señalado que en algunos casos que el empresario no está habilitado para establecer limites primarios absolutos, pero sí relativos, en el sentido de que, si bien se encuentra obligado a permitir el acceso a la información, tiene la facultad de restringir el uso que el delegado de prevención pueda hacer de ella mediante su calificación como confidencial; lo que se habría de interpretar en términos de *uso confidencial*. Ante la falta de una precisión legal de los perfiles de este límite primario relativo, que se conecta con el límite secundario del deber de sigilo, una vez más, el Criterio Técnico 43/05, ofrece algunos elementos de certeza. Exige que, siempre dentro del respeto al carácter restringido de los limites absolutos al acceso, cuando la empresa desee limitar el uso de la información que obra en poder del delegado de prevención, haya de comunicar, y justificar expresamente el carácter confidencial y reservado de la parte de la información afectada por el deber de sigilo, por no estar expresamente previstas en la normativa de prevención de riesgos laborales [31]. En este caso, además, el deber de sigilo se manifestaría en la prohibición inicial de que ninguna información o documento sea utilizado para fines distintos de los que motivaron su entrega. Prohibición que se ve matizada

---

[29] En este sentido, González Ortega, S. y Aparicio Tovar, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.* Valladolid: Trotta, 1996, p. 245.

[30] Se puede admitir la diferente textura del deber de sigilo en el ámbito de la seguridad y salud laboral por la deferencia cualitativa del bien jurídicamente protegido En este sentido, Carrero Domínguez, C.: «El sigilo profesional en el sistema de seguridad y salud laboral establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales.* Sevilla: CARL, 1997, p. 529.

[31] Evidentemente, la reserva debe ser justificada con el fin de que la Inspección de Trabajo, las autoridades laborales, y en su caso, la jurisdicción competente, puedan valorar la objetividad de las razones esgrimidas por la empresa ante los supuestos de reclamación por la representación de los trabajadores. Se incorpora así la doctrina de la jurisprudencia constitucional establecida por la sentencia 213/2002 (Sala 1.ª), de 11 de noviembre, en la que se mantiene que la declaración de confidencialidad del empresario ha de tener fundamentos objetivos, lo que se traduce en que la calificación empresarial en ningún caso es constitutiva, sino declarativa del carácter especialmente sensible de los contenidos de la información. Véase un comentario crítico en García Murcia, J.: «Libertad de expresión y sigilo profesional en el desarrollo de la actividad sindical. Comentario a la STC 213/2002, de 11 de noviembre», en *Repertorio Aranzadi del TribunalConstitucional,* núm. 19/2002. Pamplona: Aranzadi, 2003.

cuando el uso de la misma sea condición del cumplimiento de las funciones preventivas, y se haga necesaria su comunicación a la autoridad laboral, o a los propios trabajadores.

Sin embargo, más problemas plantean los supuestos en los que no ha habido una declaración empresarial explícita de confidencialidad, por cuanto el delegado de prevención no ha accedido a la información a través del empresario, sino a través de la autoridad laboral, los trabajadores, los miembros del servicio de prevención, o a través de alguna otra fuente. En estos casos, siempre que no se trata de contenidos sujetos a un límite absoluto de acceso —en cuyo caso el delegado habría podido incurrir en una infracción, administrativa o incluso penal— se ha de entender que el delegado puede emplear la información para el cumplimiento de sus funciones. Funciones que aquí se manifiestan como motivación inherente del derecho de uso, que circunscribe estrictamente esa vertiente del derecho. Y en todo caso lo anterior se ha de ubicar dentro de los límites de la buena fe, entendida no es un sentido contractual, sino como una plasmación corregida de la confianza recíproca empresario-delegado-trabajadores a proteger. O dicho de otro modo, se obliga a tomar en cuenta que los fines de prevención no pueden encubrir otros fines laborales, aun legítimos, para los que hay abiertos otros cauces legales [32].

En lo que se refiere al alcance personal del deber de sigilo, en principio, como regla general, el delegado de prevención estaría obligado a no comunicar la información a terceros. La cuestión a resolver es entonces qué se deba entender por «terceros». En principio, no se habría de incluir en la limitación del deber de sigilo, respecto de los contenidos preventivos, ni a los trabajadores (cuando la información tenga el fin inmediato de la protección de la salud), ni a los miembros de los servicios de prevención (cuando el delegado de prevención requiera su asesoramiento y apoyo técnico, conforme al artículo 31.2.º LPRL, ni a la autoridad laboral cuando a través de la información se haya detectado un incumplimiento sancionable. Sí plantea dudas la hipótesis en la que el delegado de prevención comunica la información a otros representantes de los trabajadores, al sindicato o a expertos.

Respecto de los dos primeros tipos de sujetos, su calificación como terceros a efecto de la aplicación del límite del deber de sigilo se circunscribiría a los contenidos que, al margen de su relevancia preventiva o no, resultan fatuos para el desempeño de las funciones representativas, o para el ejercicio de la libertad sindical [33]. Por su parte, el recurso a

---

[32] Iglesias Cabero, M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.* Madrid, Civitas, 1997, p. 213.

[33] En este sentido, Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico.* Granada: Comares, 2001, pp. 379-380.

expertos requiere un tratamiento más detallado. Dependiendo del tipo de información y documentación recibida, con o sin carácter confidencial, resulta posible que el sujeto destinatario de la información no este cualificado para interpretarla [34]. En estos casos, indudablemente, la asistencia de un experto se configura como garantía de eficacia para el ejercicio del derecho [35], en la medida en que aportarían al delegado de prevención el suficiente asesoramiento técnico para la clarificación y comprensión de la información proporcionada, en aquellos casos en los que no resulte inmediatamente comprensible [36]. Lo que se podría admitir con carácter general, pero que resulta más evidente en situaciones e informaciones concretas, y especialmente en los supuestos en que la información y documentación son instrumentales del derecho de consulta, o de las funciones de vigilancia y control y su competencia aneja de denuncia del incumplimiento de la normativa de prevención. Es más, la comunicación de la información al experto no solo es susceptible de constituir una excepción al deber de sigilo del delegado de prevención, sino también puede modular el acceso a dicha información, en el sentido de permitir exigir al empresario datos complementarios, cuya ausencia/necesidad sólo él puede detectar. En todo caso, en lo que no cabría duda es en exigir al experto un rígido deber de secreto profesional, referido al uso de la información recibida por el delegado de prevención y que le ha sido transmitida.

Conectado con lo anterior, el alcance geográfico del deber de sigilo parece ser la empresa. Así, cuando el delegado esté autorizado al uso de la información recibida, y salvo las excepciones señalas más arriba, el ámbito de la difusión habría de ser la empresa, que actúa como frontera natural para el uso razonable, conforme a la buena fe, de la información. Por estricto ámbito de la empresa habrá de entender, no el espacio físico, sino la razón empresarial legitima. No hay problema alguno en difundir la información entre los técnicos que intervengan en el Comité de Seguridad y Salud, o en el marco de actividades de coor-

---

[34] En este sentido, como una manifestación del principio de buena fe, si la información no reúne las características de ser inteligible, comprensible, etc., el deber de sigilo impone una subobligación de solicitar aclaraciones del empresario y/o de los servicios de prevención de la empresa, antes de proceder a requerir el asesoramiento externo. Lo que no obsta para que, si la fiabilidad de la información aclaratoria de regreso no permite al delegado cumplir sus funciones, pueda acudir a un experto externo, inserto o no en las estructuras sindicales.

[35] Aunque se trata de un argumento habitualmente referido a la representación general, sería perfectamente extrapolable a los delegados de prevención (GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores.* Madrid: CES, 1995, p. 316 y ss.).

[36] Algo que ya ha sido asumido por el legislador español, previa inspiración comunitaria, en el artículo 22.1 de la Ley 10/1997. Inspiración comunitaria que se reitera en el artículo 6.1.º de la Directiva 2002/14/CE.

dinación y colaboración entre representantes de distintas empresas, por ejemplo, pero sí sería un ámbito extraempresarial el de los clientes o usuarios, o lo proveedores [37].

Por último, respecto al alcance temporal del deber de sigilo, no plantea duda, porque expresamente lo establece el artículo 65.2 ET, que alcanza al delegado de prevención aun agotado su mandato. No obstante, si convendría plantearse la cuestión de si el carácter confidencial es susceptible de caducar o no, cuando pierde el carácter reservado, bien por la divulgación por el propio empresario o sujeto autorizado por él, o por la divulgación de un tercero que ha tenido un acceso autónomo a la información. En este caso, se entiende aquí, que el deber de sigilo se debilita, y el delegado de prevención, siempre dentro de los marcos generales, podría hacer uso de la información a la que hubiera accedido y que hubiese sido sometida a un límite secundario.

III. CONCLUSIONES

En síntesis, a pesar de que el criterio técnico CT-43/05, y la reciente doctrina judicial ordinaria y constitucional han aportado algunos parámetros nuevos de definición del contenido y de los límites de los derechos de participación de los delegados de prevención, ni en aquel, ni en esta quedan delimitadas claramente las conexiones entre la confidencialidad como limite al acceso a la información y el deber de sigilo, y de hecho se confunden en ocasiones. Al margen de las vicisitudes de orden conceptual, lo relevante sigue siendo la existencia de una zona de penumbra en la que, la necesidad de mantener los niveles de competitividad empresarial colisionan con las exigencias preventivas *amplo sensu*, y por ende, con las exigencias de información y documentación de los delegados de prevención. Colisión esta que, muy a pesar de la finalidad colaborativa y cooperativa que incorporaba la ley, se explica en la medida en que, sobre la base de un sistema de relaciones laborales aun no evolucionado, el empresario percibe la participación de los trabajadores y sus representantes como una intromisión en su ámbito de gestión empresarial, y, a su vez, éstos presumen el carácter malévolo del empresario. De no darse esta situación de confrontación en la base, quizás, solo sería necesario basar el derecho de información y documentación, y sus límites, en un deber de buena fe que actuara casuísticamente.

---

[37] Álvarez Montero, A.: *El delegado de prevención. Estudio crítico en su régimen jurídico.* Granada: Comares, 2001, pp. 349-350.

Comunicación a la Ponencia Temática II

LA ADECUACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA Y SINDICAL A LOS INCREMENTOS Y DISMINUCIONES DE PLANTILLA

XAVIER SOLÀ MONELLS
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN UNITARIA: COMITÉS DE EMPRESA Y DELEGADOS DE PERSONAL. 2.1. En caso de incremento de plantilla. 2.2. En caso de disminución de plantilla.—3. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL: LOS DELEGADOS SINDICALES.—4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico el tamaño de la plantilla de la empresa y del centro de trabajo es un elemento clave para determinar si procede o no la constitución de órganos de representación de los trabajadores y también para concretar la dimensión que han de tener.

Los artículos 62.1 y 63.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante TRLET) condicionan la elección de delegados de personal y comités de empresa a la existencia de un mínimo de 6 y 50 trabajadores, respectivamente. El número de delegados de personal y de miembros que integren el comité de empresa depende también del tamaño de la plantilla, como evidencian el primero de los preceptos citados y el artículo 66.1 de la misma norma, donde se establecen escalas progresivas que otorgan mayor número de representantes a medida que se incrementa el número de trabajadores.

Idéntico esquema adopta la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS) en relación a los delegados sindicales. Conforme a su artículo 10.1 la elección de estos representantes requiere el cumplimiento de dos requisitos: que la sección sindical correspondiente tenga *«presencia»* en los órganos de representación unitaria; segundo, que el centro de trabajo o empresa ocupe a más de 250 trabajadores[1]. Posteriormente el artículo 10.2 de la misma norma concreta el número de delegados sindicales que en cada caso correspon-

---

[1] La jurisprudencia ha precisado, en reiterados y polémicos pronunciamientos, que el cumplimiento de ambos requisitos debe valorarse en el ámbito donde se haya constituido el órgano de representación unitaria, que ordinariamente será el centro de trabajo. Véanse, entre otras: STS de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9545), STS de 20 de julio de 2000 (RJ 2000/7190), STS de 10 de abril de 2001 (RJ 2001/4901) y STS de 9 de junio de 2005 (Recurso 132/2004).

derán tomando como referencia el porcentaje de votos obtenidos en las elecciones sindicales y, de nuevo, el tamaño de la plantilla.

El tamaño de la plantilla dista mucho de ser un elemento fijo, que se mantiene inalterado en el tiempo. La necesidad que tienen las empresas de adaptarse rápidamente a los cambios que se producen en su entorno, así como la alta tasa de temporalidad y la importancia que tienen las actividades estacionales en nuestro país, particularmente las vinculadas al sector turístico, son algunos de los factores que explican la continua variación de las plantillas de las empresas. Este dinamismo debe ser tenido muy en cuenta porque puede llegar a romper el equilibrio entre representantes y representados que intenta establecer el legislador a través del conjunto normativo anteriormente referido, poniendo en riesgo la correcta defensa de los intereses de los trabajadores. Resulta pues imprescindible disponer de mecanismos de adecuación que permitan ajustar los órganos de representación unitaria y sindical a las variaciones experimentadas por la plantilla.

El objetivo de la presente comunicación se concreta en analizar con detenimiento esos mecanismos desde una perspectiva crítica, para detectar las deficiencias que plantean y formular las propuestas correctoras que resulten oportunas. El limitado espacio del que dispongo me obliga a limitar el estudio a los principales órganos de representación (delegados de personal, comités de empresa y delegados sindicales), dejando fuera otros donde la problemática apuntada se plantea en idénticos términos, como por ejemplo el comité intercentros, los delegados de prevención o el comité de empresa europeo.

2. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN UNITARIA: COMITÉS DE EMPRESA Y DELEGADOS DE PERSONAL

2.1. En caso de incremento de plantilla

En caso de «*incremento de plantilla*» el artículo 67.1.5.º del TRLET permite convocar «*elecciones parciales*» para elegir los representantes unitarios que en cada caso correspondan en aplicación de los artículos 62.1 y 66.1 de la misma norma. El artículo 13.1 del Reglamento de elecciones a Representantes de los Trabajadores en la Empresa, aprobado mediante el Real Decreto 1844/994, de 9 de septiembre (en adelante RERT), que coincide literalmente con su precedente inmediato, el artículo 15 del Real Decreto 1311/1986, de 13 de junio, precisa que aquel incremento puede haberse producido « *por cualquier causa*» y que « *el mandato de los representantes elegidos finalizará al mismo tiempo que el de los otros ya existentes en el centro de trabajo*». Queda clara pues

la posibilidad de acomodar al alza el órgano de representación unitaria, aunque las reglas expuestas plantean algún problema interpretativo que conviene resolver para valorar la operatividad real del mecanismo.

Interesa recordar, con carácter previo, que la determinación del volumen de la plantilla a efectos de los órganos de representación unitaria debe efectuarse de conformidad con las reglas de cómputo previstas en el artículo 72 del TRLET y su desarrollo reglamentario, que se halla en el artículo 9.4 del RERT. El primero de ellos obliga a computar a todos los trabajadores indefinidos y a los contratados por duración determinada superior a un año, mientras que para los restantes trabajadores temporales prevé un cómputo « *en función de los días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria*», de forma que «*cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más*»[2]. El precepto reglamentario especifica que deben contabilizarse tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso semanal, festivos y vacaciones anuales, y también fija un tope máximo para el último colectivo de temporales referido, que se concreta en «*el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral*».

Una primera cuestión extremadamente importante que conviene precisar es la entidad que ha de tener el incremento de plantilla para justificar una convocatoria de elecciones parciales. De entrada resulta obvio que debe ser suficiente para suponer la obtención como mínimo de un representante unitario más en aplicación de las escalas previstas en los artículos 62.1 y 66.1 del TRLET. Ahora bien ¿es necesario que ese mayor volumen de la plantilla se mantenga durante un determinado período de tiempo? Parece que no, dado que del precepto transcrito en el párrafo anterior se deduce que el cálculo se efectúa teniendo en cuenta la situación existente en un momento concreto, sin que deba volver a realizarse posteriormente, pasado un cierto tiempo, para verificar que se mantiene el mayor volumen que la plantilla ha adquirido de forma sobrevenida. Aunque la norma resulta en este punto un tanto ambigua, parece que ese momento es el de la convocatoria de las elecciones o,

---

[2] La aplicación de esta regla de cómputo ha generado numerosos problemas interpretativos extensamente tratados por la doctrina. Véase, por todos, FALGUERA BARÓ, Miguel: «El marco legal y reglamentario regulador de los comicios sindicales: su desarrollo práctico», en AA.VV.: *Derecho sindical: elecciones sindicales (nuevo marco normativo)*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 124 a 133. El más trascendente de esos problemas es si deben tenerse en cuenta tan sólo los días trabajados por los trabajadores temporales que tengan contrato vigente en el momento de la convocatoria o los de todos aquellos que han prestado servicios durante el año anterior. Aunque se trata de una cuestión polémica tanto a nivel doctrinal como judicial, considero que el autor citado ofrece sólidos argumentos para inclinar la balanza a favor de la segunda opción, que es la que da una imagen más acertada de la dimensión media de la contratación temporal y también la más conveniente en aras a la protección de los derechos de los trabajadores.

más exactamente, la fecha de registro de la comunicación de promoción de elecciones en la oficina pública competente [3]. Interesa recordar que la convocatoria queda en manos de los sindicatos que cumplan los requisitos previstos en el artículo 67.1 del TRLET y de los propios trabajadores, lo cual implica la posibilidad de elegir el momento que estratégicamente resulte más conveniente.

En segundo lugar, cabe plantearse si tienen alguna trascendencia las circunstancias que originan el incremento de la plantilla. Interesa recordar que algunos autores señalaron, hace ya algún tiempo, que las contrataciones temporales no deberían tomarse en consideración a efectos de valorar la posible convocatoria de elecciones parciales [4]. En mi opinión tal consideración carece de fundamento dado que, como ya he apuntado, el artículo 13.1 del RERT establece con toda claridad que la causa que haya generado el incremento de plantilla es irrelevante y, por tanto, las contrataciones temporales pueden justificar, si tienen entidad suficiente, una convocatoria de elecciones parciales [5]. Conviene

---

[3] Ésta es, a mi entender, la mejor opción para solventar la indefinición normativa, dado que la convocatoria es la referencia que toman los artículos 72.2.b) TRLET y 6.4 del RERT para valorar los días trabajados por los trabajadores con contratos de duración determinada inferior o igual a un año. Y por lo que refiere a la concreción del término «*convocatoria*», lo más adecuado parece atender a la fecha de registro administrativo de la comunicación, dado que en la actual regulación del procedimiento electoral reviste mayor importancia que la fecha de elaboración y la fecha de recepción de la comunicación por la parte empresarial, que son las otras dos alternativas posibles.

Conviene tener presente, no obstante, que en esta cuestión existen opiniones muy diversas. Algunos autores consideran que la situación a tomar en consideración es la existente en el momento del inicio del proceso electoral que el artículo 74.1.2.º del TRLET hace coincidir con la constitución de la mesa (RODRÍGUEZ RAMOS, María José y PÉREZ BORREGO, Gregorio: *Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 142) y otros se inclinan por el momento inmediatamente posterior a la publicación del censo electoral, que es cuando la mesa, en cumplimiento de los artículos 74.2.b) y 74.3.2.º del TRLET, debe proceder a determinar el número de representante a elegir (FALGUERA BARÓ, Miguel: *El marco legal...,* obra citada, p. 130). Ninguna de estas dos alternativas resulta satisfactoria. En el primer caso porque no dispone de fundamento normativo [la referencia del art. 9.4.3.º del RERT a la «*fecha de iniciación del proceso electoral*» no puede tenerse en cuenta porque contradice directamente el art. 72.1.b) del TRLET]. En el segundo porque identifica y confunde el momento en el que se calcula el volumen de la plantilla con el momento en el que se toman los datos para efectuar tal cálculo. Es indiscutible que el primero se sitúa tras la publicación del censo electoral, pero el segundo es anterior, dado que la mesa electoral determina el volumen de la plantilla a partir del denominado «*censo laboral*», que el empresario debe facilitar a los trabajadores que constituirán la mesa electoral en el mismo plazo que tiene para comunicarles tal circunstancia, según prevé el artículo 6.4 del RERT.

[4] RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M. y SALA FRANCO, Tomás: «Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral sindical», en *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1987, p. 140.

[5] Idéntica opinión mantienen FALGUERA BARÓ, Miguel: *El marco legal...,* obra citada, p. 76, y RODRÍGUEZ RAMOS, María José y PÉREZ BORREGO, Gregorio: *Las elecciones...*, obra citada, p. 73. Estos dos últimos autores destacan que «*el aumento de plantilla puede darse por causas lícitas, como absorciones y fusiones de empresa, incrementos de contratación,*

tener presente, no obstante, que la singular regla de cómputo que se prevé para los contratados temporales por tiempo inferior o igual a un año puede relativizar la trascendencia de esas nuevas contrataciones a los efectos indicados [6].

Un tercer problema, de difícil solución, se plantea en los supuestos donde el incremento de plantilla implica superar la barrera de los 49 trabajadores, lo cual supone pasar de delegados de personal a comité de empresa. Como en diversas ocasiones ha puesto de manifiesto la doctrina, ante la falta de una previsión expresa que solvente la cuestión cualquier criterio que se adopte genera distorsiones [7], pero ello no debe ser óbice para la convocatoria de elecciones parciales, dado que no existe ninguna exclusión expresa. Respecto a las reglas que deberán regirlas la alternativa más convincente, dejando al margen los casos no conflictivos donde los delegados de personal existentes dimitan para posibilitar una convocatoria de elecciones totales a comité de empresa, es acudir a las previstas para los delegados de personal y asumir de forma transitoria la existencia de un número de delegados de personal superior al máximo legalmente previsto [8].

Finalmente, conviene analizar la posible incidencia que la negociación colectiva puede tener sobre el mecanismo de acomodación que venimos analizando, una cuestión que no resulta baladí porque existen instrumentos colectivos que condicionan su utilización al cumplimiento de determinados requisitos. Sirva como ejemplo el artículo 24 del Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca para los años 2003 a 2008 [9], donde se prevé la posibilidad de ajustar el número de los representantes a los aumentos de plantilla siempre que «*dicha variación persista por espacio superior a dos meses*». Nótese que esta regla restringe la facultad de convocatoria, por cuanto impide ejercitarla hasta que haya transcurrido el tiempo indicado. Aun-

---

subrogaciones en el puesto de trabajo determinadas por ley o por convenio colectivo, reincorporaciones de trabajadores en situación de excedencia voluntaria… e ilícitas, como altas de oficio por la Administración en supuestos de economía sumergida o ejercicio por los trabajadores del derecho de opción cuando ha sido declarada judicialmente una cesión ilícita de trabajadores o una relación laboral aparente que no lo es».

[6] Es obvio que si el incremento de plantilla se produce mediante contrataciones de ese tipo habrá que esperar un tiempo para que repercutan sobre el volumen de la plantilla calculado conforme a las reglas anteriormente expuestas, mientras que si las contrataciones son por tiempo indefinido o temporales superiores a un año la trascendencia será inmediata.

[7] Uno de los autores que se muestran más críticos es Llort Brull, Josep: *El proceso electoral sindical*, Asepeyo, Barcelona, 2001, pp. 28-29. En su opinión nos hallamos ante «*un problema insalvable*» que *«sólo puede atribuirse a la inexperiencia, al no querer o a la inconsciencia del legislador».*

[8] Coincido en este punto con Falguera Baró, Miguel: *El marco legal…,* obra citada, p. 77.

[9] Publicado en el Boletín Oficial de Huesca de 15 de abril de 2005.

que tal restricción pueda resultar oportuna, parece difícil que, sin existir una habilitación expresa, la negociación colectiva pueda imponerla, debido el carácter de derecho necesario absoluto que ordinariamente se atribuye a la normativa reguladora del proceso electoral sindical [10].

2.2. En caso de disminución de plantilla

Con anterioridad a la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la posibilidad de ajustar los órganos de representación unitaria a las disminuciones experimentadas por la plantilla de la empresa o centro de trabajo no se hallaba expresamente prevista a nivel legal ni tampoco en la normativa reglamentaria. Ante este silencio la doctrina se inclinaba mayoritariamente por entender que la acomodación no era posible y que los delegados de personal o el comité de empresa elegido debían mantenerse hasta el final de su mandato [11]; una solución que también adoptaron nuestros órganos judiciales [12].

Aquella ley reformó el artículo 67 del TRLET incorporando en el párrafo 5.º de su apartado 1 una regla que aborda directamente el problema señalando que « *los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa*». Posteriormente se añade que « *en su defecto dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores*». Queda claro pues que la acomodación es posible y que se deja en manos de la autonomía colectiva, a quien corresponde determinar, prioritariamente a través de convenio colectivo o en su defecto a través de acuerdo de empresa, si la representación unitaria debe ajustarse a la baja y cómo se llevará a cabo tal ajuste. También queda claro, *«a sensu contrario»* y aunque no lo indique expresamente la norma, que al margen de las dos vías apuntadas no es posible la acomodación, lo cual implica que el empresario no puede forzar el reajuste de la representación unitaria si el convenio colectivo aplicable no la permite y tampoco se alcanza un acuerdo de empresa. Así lo han entendido la mayoría de la doctrina [13] y los escasos pronun-

---

[10] Véase, por todos, Alarcón Caracuel, Manuel Ramón: «Las relaciones ley-convenio colectivo», en AA.VV.: *Las reformas laborales de 1994 y 1997,* Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 31.

[11] Véase, por todos, Albiol Montesinos, Ignacio: *Comités de empresa y delegados de personal,* Deusto, Bilbao, 1992, p. 31 y ss.

[12] Sirvan como ejemplo la STCT de 13 de junio de 1985, la STCT de 3 de octubre de 1985, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 30 de noviembre de 1993, y la STSJ de Andalucía, de 25 de octubre de 1993.

[13] Véanse, entre otros: Falguera Baró, Miguel: «La reforma del sistema de elecciones sindicales», en AA.VV.: *La reforma laboral de 1994,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 314;

ciamientos judiciales que hasta la fecha han valorado el significado de la regla que analizamos [14].

El artículo 13.2 del RERT completa la cuestión añadiendo dos precisiones adicionales, la segunda de las cuales reviste notable trascendencia. En primer lugar se concreta, reiterando y desarrollando la previsión contenida en el artículo 67.5 del TRLET, que las extinciones de mandatos representativos producidas como consecuencia de la acomodación deberán comunicarse a la oficina pública competente adjuntando bien el convenio colectivo que la autoriza o una indicación del Boletín Oficial donde se halla publicado y la fecha correspondiente, bien el texto original del acuerdo de reajuste o una copia compulsada del mismo. En segundo lugar se establece la obligación de « *guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos*».

El conjunto normativo que de forma sucinta acabo de exponer genera importantes problemas interpretativos que conviene analizar con detenimiento antes de valorar los resultados que ofrece, aunque lo expuesto hasta ahora ya permite intuir que no son demasiado satisfactorios.

La primera dificultad estriba en determinar qué características debe presentar una disminución de plantilla para ser « *significativa*». Nos hallamos sin duda ante un elemento clave, que en el esquema utilizado por el artículo 67.1.5.º del TRLET parece actuar como presupuesto necesario para la intervención del convenio colectivo y del acuerdo de empresa. La doctrina ha formulado diversas propuestas al respecto: algunos autores consideran que la disminución es significativa cuando aplicando las escalas previstas en los artículos 62.1 y 66.1 del TRLET comporte como mínimo la rebaja de un representante unitario [15], mientras que otros consideran que « *una reducción de plantilla que suponga sólo el rebaje en uno de los escalones previstos en los artículos 62.1 y 66.1 del ET no reúne dicha caracterización de "significatividad", por*

Rodríguez Ramos, María José y Pérez Borrego, Gregorio: *Las elecciones...*, obra citada, p. 74, y Llort Brull, Josep: *El proceso...*, obra citada, p. 31. Este último autor parece admitir, no obstante, la posibilidad de solicitar y obtener la acomodación acudiendo a instancias judiciales, cuando la acomodación no haya podido conseguirse a través de convenio colectivo o acuerdo de empresa.

[14] Véanse la STS de 11 de abril de 2001 (RJ 2001/4911), la STSJ de Galicia, de 23 de noviembre de 2002 (AS 2003/940), y la STSJ de Aragón, de 5 de julio de 1999 (AS 1999/2736).

[15] Así lo afirman Esteban Legarreta, Ricardo y Purcalla Bonilla, Miguel Ángel: «Transmisión de empresa y relaciones laborales colectivas: algunos aspectos controvertidos», en AA.VV.: *La modificación del contrato de trabajo, ibídem,* Madrid, 1997, p. 266; y Mella Méndez, Lourdes: «Composición, promoción de elecciones y mandato electoral del comité de empresa (arts. 66 y 67)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 1300.

cuanto del término referido cabe deducir una importante o muy importante disminución del número de representantes»[16].

A mi entender para que exista una disminución significativa deberán concurrir dos elementos: en primer lugar, una reducción del número de trabajadores que implique la pérdida como mínimo de un representante unitario, conforme a la escalas utilizadas por la norma estatutaria; en segundo lugar, una consolidación de dicha reducción, es decir, que la misma se mantenga durante un período mínimo de tiempo. La indefinición generada por el artículo 67.1.5.º del TRLET cuando utiliza el término «*significativa*» no es casual y pretende dejar la cuestión en manos de la autonomía colectiva, que no sólo debe decidir la forma como tiene que hacerse efectivo el reajuste sino también los casos donde procede. Existe pues absoluta libertad para concretar los dos elementos señalados siempre que, en el primer caso, se respete un límite que parece lógico e infranqueable: el descenso de como mínimo un peldaño en las escalas previstas en los artículos 62.1 y 66.1 del TRLET.

Los escasos convenios colectivos que en la práctica abordan la problemática generada por la disminución de plantilla en relación a los órganos de representación unitaria acostumbran concretar aquellos elementos. Así por ejemplo el Convenio Colectivo marco estatal para los establecimientos financieros de crédito para los años 2005 y 2006 [17] establece en su artículo 35.b) que « *se entenderá por disminución significativa de plantilla aquella que se produzca en un 10 por 100 respecto a la media de empleados en activo en un período de tres meses*»[18]. En la misma línea el Convenio Colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huesca para los años 2003 a 2008 [19] precisa en su artículo 24 que las disminuciones de plantilla sólo se considerarán significativas a efectos de reducir el número de representantes unitarios si tienen trascendencia atendiendo a las escalas previstas en la norma estatutaria y «*persisten por espacio superior a dos meses*». Este tipo de regulaciones son perfectamente lícitas e incluso deseables, dado que aportan seguridad jurídica delimitando los supuestos donde procede la acomodación teniendo presentes las características del sector o la empresa, y por ello no comparto el criterio adoptado por la STSJ de Aragón de 5 de julio de 1999 [20], que rechaza la aplicación de la última cláusula ofrecida a título de ejemplo porque entiende que los resultados

---

[16] Falguera Baró, Miguel: *La reforma...,* obra citada, p. 315, nota al pie núm. 79.

[17] Publicado en el BOE de 11 de enero de 2006.

[18] No se trata de una regulación novedosa dado que aparece ya en el artículo 30.b) del Convenio Colectivo estatal de entidades de financiación, de arrendamiento financiero (leasing) y de factoring (BOE de 27 de febrero de 1996) y se ha mantenido en todas las versiones posteriores hasta el actualmente vigente.

[19] Publicado en el Boletín Oficial de Huesca de 15 de abril de 2005.

[20] AS 1999/2736.

que genera son poco razonables en una hipótesis donde la plantilla sufre fluctuaciones periódicas [21].

Por lo que refiere, en segundo lugar, a los límites de la acomodación, parece claro que los únicos a tener en cuenta serán los que se establezcan a través de la negociación colectiva, de forma que, pensando en una hipótesis extrema, si se traspasa la barrera de los seis trabajadores puede llegar a desaparecer la representación unitaria [22]. Otro supuesto singular es aquel donde la plantilla se reduzca por debajo de los cincuenta trabajadores. En tal caso y de conformidad con el artículo 62.1 del TRLET, el número de representantes unitarios puede verse reducido a tres e incluso a uno, menos del mínimo de cinco que el artículo 66.1 de la misma norma fija para los comités de empresa. Tendríamos pues un comité de empresa con una composición inferior a la mínima legalmente prevista, una situación que de entrada resulta un tanto distorsionante pero que también puede darse en otras hipótesis. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un comité de empresa de cinco miembros que pierda una o varios de sus miembros. Si no pueden cubrirse las vacantes mediante el sistema de sustitución automática previsto en el artículo 67.4 del TRLET y tampoco se convocan elecciones parciales [23], el órgano de representación unitaria quedará incompleto hasta que se agote el mandato de sus miembros, sin que tal circunstancia genere su extinción anticipada.

---

[21] En el Fundamento Jurídico 3.º de dicha sentencia se recuerda que el artículo 67.1.5.º del TRLET exige que la disminución sea significativa, una exigencia que « *aunque no se contenga en el precepto convencional transcrito, debe ser atendida igualmente*», porque lo contrario forzaría « *una continua labor de acomodación del número de representantes (…) que no es razonable ni se adecua a las previsiones del Estatuto cuando introduce aquel factor de modulación*». A mi modo de ver, la cláusula convencional controvertida sí respeta la exigencia de que la disminución sea « *significativa*». La respeta y la concreta, dado que especifica tanto la entidad cuantitativa de la disminución como el período de tiempo que debe mantenerse. Cuestión distinta es que este último elemento se delimite de forma poco satisfactoria porque al establecer un marco temporal muy breve (dos meses) puede generar notable inestabilidad en hipótesis como la tratada en la sentencia, donde la plantilla sufre fluctuaciones constantes. Que la regulación convencional no sea acertada no implica, sin embargo, que no deba aplicarse cuando se respetan escrupulosamente los límites fijados por la norma legal.

[22] El instrumento colectivo que desarrolle el artículo 67.1.5.º del TRLET puede, evidentemente, excluir la acomodación cuando suponga la desaparición de la representación unitaria, como efectivamente hace el Convenio Colectivo marco estatal para los establecimientos financieros de crédito para los años 2005 y 2006 (BOE de 11 de enero de 2006), cuyo artículo 35.b) prevé la « *automática reducción de representantes de trabajadores para ajustar sus miembros al volumen de personal»* cuando la plantilla sufra una disminución significativa *«salvo que dicha reducción implique la total desaparición de representantes legales de los trabajadores*».

[23] Interesa recordar que tal convocatoria no es obligatoria sino potestativa, como evidencian los artículos 67.1.5.º del TRLET y 1.2 del RERT.

Un tercer aspecto a precisar, también relevante, es la forma cómo debe hacerse efectivo el reajuste. En este punto resulta enormemente importante el artículo 13.2 del RERT que obliga a « *guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos*», lo cual supone que las extinciones de mandato que se acuerden deberán afectar a los representantes que obtuvieron tal condición con un número menor de votos, es decir, en el caso de los delegados de personal al candidato o candidatos menos votados y en el caso de los miembros de comité de empresa a los últimos candidatos electos de las listas menos votadas, teniendo en cuenta la proporcionalidad que en su momento se aplicó para atribuir los resultados [24]. La doctrina ha apuntado la posible existencia de un *«ultra vires»* en este punto, dado que el artículo 67.1.5.º del TRLET no contempla ese principio de proporcionalidad [25]. A mi entender no existe tal exceso porque la norma reglamentaria se limita a introducir un criterio que viene implícitamente exigido por el respeto a las reglas de asignación de representantes en función de los votos obtenidos.

Una vez analizados los principales problemas interpretativos que genera el conjunto normativo que trata la acomodación de los órganos de representación unitaria a las disminuciones de plantilla procede valorar su funcionalidad. Como ya hemos avanzado, los resultados que ofrece aquel conjunto normativo no son nada satisfactorios porque el reajuste podrá hacerse efectivo en muy pocos casos, básicamente por dos motivos: primero, porque son absolutamente excepcionales los convenios colectivos que regulan la acomodación [26]; segundo, porque el reajuste a través de acuerdo de empresa resultará normalmente muy complejo, dado

---

[24] Coincido en este punto con Blasco Pellicer, Ángel: *La nueva regulación del procedimiento de elecciones sindicales: puntos críticos,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 59.

[25] Así lo ha apuntado Falguera Baró, Miguel: «Comentario al artículo 67», AA.VV.: *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2005, p. 1121. Dicho autor destaca que la exigencia de proporcionalidad es « *un elemento no contemplado en la ley que constituye una clara interferencia en la autonomía colectiva, al menos, en cuanto a la posibilidad de regular* in mellius *el número de representantes*».

[26] Así se pone de manifiesto en AA.VV.: *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, dirigido por Salvador del Rey, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 1012 y ss. Conviene tener presente, además, que algunas de las cláusulas convencionales que tratan la acomodación condicionan su viabilidad a la obtención de un acuerdo de empresa. Sirvan como ejemplo el artículo 23 del Convenio Colectivo de transporte de viajeros por carretera de la provincia de Zaragoza para los años 2005 a 2009 (Boletín Oficial de Zaragoza de 8 de noviembre de 2005), el artículo 38 del Convenio Colectivo de transporte de mercancías, mudanzas, guardamuebles y transportes discrecionales de mercancías de la provincia de Zaragoza para los años 2002 a 2005 (Boletín Oficial de Zaragoza de 26 de diciembre de 2002) y el artículo 31.f) del Convenio Colectivo de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona para los años 2003 a 2006 (Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 17 de diciembre de 2003).

que exige que los propios representantes decidan por mayoría el cese de uno o varios de ellos [27]. En la práctica la acomodación a la baja resulta difícil por no decir imposible y ello perjudica sin duda los intereses empresariales, dado que obliga al empleador a aceptar un órgano de representación sobredimensionado, aunque sea sólo de forma temporal, hasta el momento que se agote el mandato de sus miembros [28].

La deficiencia que presenta el mecanismo regulado en los artículos 67.1.5.º del TRLET y 13.2 del RERT es todavía más criticable si se tienen en cuenta las facilidades que nuestra normativa otorga para proceder a la acomodación del órgano de representación en la situación inversa, esto es, cuando se produce un incremento de plantilla. El desequilibrio existente entre ambas hipótesis es del todo injustificado [29] y exige sin duda un replanteamiento, que abordaremos posteriormente.

3. LA ADECUACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN SINDICAL: LOS DELEGADOS SINDICALES

Como ya hemos señalado, los artículos 10.1 y 10.2 de la LOLS condicionan tanto la existencia de delegados sindicales como su número a la plantilla que tenga la empresa o centro de trabajo. Un aspecto importante que no concreta ninguno de esos dos preceptos es el momento en el cual ha de determinarse el volumen de la plantilla, aunque lo más lógico parece hacerlo en la fecha donde se procede a la elección del delegado sindical [30]. Por lo que refiere a las reglas de cómputo, cuando

---

[27] Aunque un sector doctrinal ha considerado que el acuerdo de empresa es imperativo, es decir, obligado, cuando el convenio colectivo no regula la cuestión (véase MELLA MÉNDEZ, Lourdes: *Composición, promoción...*, obra citada, p. 13000), a mi entender la lógica que ordena nuestro sistema de negociación colectiva y, particularmente, el principio de libertad de contratación que rige en el mismo, impide entender que en aquel supuesto queden obligados a pactar la acomodación. Idéntica opinión mantiene BLASCO PELLICER, Ángel: *La nueva regulación...*, obra citada, p. 59.

[28] En una hipótesis extrema, si la disminución de plantilla se produce justo después del proceso electoral, la distorsión puede mantenerse durante un período de tiempo significativo, cercano a los cuatro años. Conviene recordar que entre las garantías de los representantes unitarios figura el crédito horario, previsto en el artículo 68.e) del TRLET, cuyo ejercicio genera un coste económico al empleador. Aunque la disminución de la plantilla afectará a la dimensión de este derecho, que también se determina a partir de una escala basada en el número de trabajadores, el número de titulares no se verá afectado y, por tanto, el perjuicio puede continuar siendo significativo.

[29] Así lo han señalado diversos autores, entre los que destaca LLORT BRULL, Josep: *El proceso...*, obra citada, pp. 30 y 31.

[30] Idéntica opinión mantiene LUJÁN ALCARAZ, José: *La acción sindical en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, p. 159. Conviene tener presente, no obstante, que existen otras opciones, como el momento de constitución de la sección sindical o el momento en que se adquiere presencia en el órgano de representación unitaria. Este último criterio es justamente el adoptado por la STSJ de Catalunya de 26 de febrero de 1990

el artículo 10.1 de la LOLS exige un mínimo de trabajadores precisa «*cualesquiera que sea la clase de su contrato*» y por ello la mayoría de la doctrina considera que deben computarse todos por igual, tanto los contratados temporales como los indefinidos [31]. Existen, no obstante, algunos autores que apuntan la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 72.2.b) del TRLET para obtener una solución más equilibrada y evitar que el resultado se vea influenciado por cualquier alta o baja en la plantilla [32]. Aunque comparto la conveniencia de esta solución, considero que es muy difícil fundamentarla con el actual marco normativo, porque el artículo 10.1 de la LOLS ofrece claramente una regla de cómputo y por tanto no existe ninguna laguna que justifique la importación de la prevista para la representación unitaria.

La incidencia que un eventual incremento del volumen de la plantilla puede tener sobre el derecho a disponer de delegados sindicales no está expresamente prevista en la LOLS, aunque de su artículo 10.2 puede extraerse, implícitamente, la posibilidad de nombrar al representante o representantes que adicionalmente correspondan. Tampoco se contempla la situación inversa, la reducción del volumen de la plantilla; hipótesis que ha generado una notable conflictividad en el ámbito judicial y que debe abordarse tomando como referencia los criterios establecidos en la importante STS de 11 de abril de 2001 [33].

Dicha sentencia analiza el caso de una empresa que en sólo tres meses ve reducida su plantilla de 272 a 214 trabajadores. Ante esta circunstancia, la empleadora comunica a todas las secciones sindicales que habían elegido delegados sindicales que en el plazo de una semana dejará de reconocer a esos sujetos las competencias y garantías previstas en la LOLS, al faltar uno de los requisitos que impone el artículo 10.1 de la misma norma. El Tribunal Supremo justifica la decisión de la empresa señalando, en el Fundamento Jurídico 4.2.º, que ésta puede *«controlar los presupuestos del artículo 10.1 en orden a la asunción de las cargas y costes que le suponen las correlativas ventajas y prerrogativas de determinados delegados sindicales, y de incumplirse los pre-*

(AS 1990/3998), que lo justifica argumentando que tomar en cuenta un momento posterior no resulta oportuno porque permitiría una manipulación empresarial.

[31] Véase, por todos, Cruz Villalón, Jesús: «El reconocimiento legal de la representación y la acción sindical en la empresa», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical,* Tecnos, Madrid, 1992, p. 248.

[32] Véanse, por ejemplo; Álvarez de la Rosa, Manuel: *La organización del sindicato en los lugares de trabajo,* Civitas, Madrid, 1991, pp. 107-108; Luján Alcaraz, José: *La acción sindical…*, obra citada, pp. 159-160, y Ojeda Avilés, Antonio: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 429. La traslación analógica del artículo 72.2.b) del TRLET también ha sido defendida en algún pronunciamiento judicial, como por ejemplo la STSJ de Catalunya, de 27 de enero de 2005 (As 2005/472), que la fundamenta en la estrecha conexión que la jurisprudencia ha establecido entre la representación unitaria y la sindical.

[33] RJ 2001/4911.

supuestos legalmente exigibles puede denegar el reconocimiento», lo cual es tanto como afirmar que esos presupuestos o requisitos, es decir, tanto el mínimo de 250 trabajadores como la presencia en la representación unitaria, deben cumplirse no sólo en el momento de elegir los delegados sindicales sino de forma permanente. Además también se justifica, en ese mismo apartado, el descarte de otras soluciones y, particularmente, de la aplicación analógica del artículo 67.1.5.º del TRLET, propuesta por un sector doctrinal [34], al considerar que *«no existe identidad de razón, al partirse en la normativa de representación unitaria de la base de la duración determinada del mandato electoral, en cambio la duración de la condición de delegado sindical depende de lo que establezcan los estatutos del correspondiente sindicato o de los acuerdos que pudieran adoptarse en la sección».*

El criterio establecido por la STS de 11 de abril de 2001, que anteriormente ya defendían algunos autores y la doctrina judicial [35], debe ser valorado teniendo en cuenta el supuesto de hecho analizado y los matices con que se formula para no sobredimensionarlo. Interesa, pues, delimitar su alcance introduciendo algunas precisiones adicionales.

En primer lugar, conviene señalar que en base a dicha sentencia no puede justificarse la negativa empresarial a reconocer el derecho de una sección sindical a disponer de delegado siempre que el número de trabajadores de la correspondiente unidad electoral se reduzca por debajo de la barrera de los 250. Hace falta, como sucede en el caso de autos y se cuida de destacar el Tribunal Supremo, que la plantilla sufra una disminución *«significativa»* o «*esencial*». Se trata sin duda de una exigencia lógica, pero de difícil precisión ante la falta de indicaciones expresas y de compleja aplicación, particularmente en supuestos donde la plantilla sufra oscilaciones cíclicas, relativamente habituales en la práctica. Para tales supuestos la doctrina judicial ha propuesto la toma en consideración de la « *plantilla ordinaria*» o «*plantilla media*», sin entrar a precisar la forma como ha de calcularse [36].

---

[34] En él se incluyen SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio: *Derecho Sindical*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 282.

[35] Entre los primeros se sitúa AGUT GARCÍA, Carmen: *El sindicato en la empresa (secciones y delegados sindicales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 75. Respecto a la segunda, sirvan como ejemplo la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 22 de febrero de 2000 (AS 3.997), la STSJ de Galicia, de 22 de abril de 1997 (AS 659), y la STSJ de Cataluña, de 7 de febrero de 1996 (AS 408).

[36] Este es el criterio que utiliza la STSJ de Catalunya, de 14 de junio de 2004 (AS 2004/2702), donde se analiza el caso de una empresa que desarrolla una actividad de temporada que abarca desde Semana Santa hasta el mes de octubre. El volumen de la plantilla es variable y normalmente alcanza su cifra máxima durante los meses de julio y agosto. Cuando se celebran las elecciones a representación unitaria a mediados del mes de septiembre de 2002 el número de electores asciende a 138, mientras que pocos días después, cuando se nombra al delegado sindical el número de trabajadores ocupados es

En segundo lugar, otro elemento que debe valorarse son las causas que han generado la disminución, descartándose los supuestos donde se intuya que la misma puede tener una motivación antisindical. La STS de 11 de abril de 2001 destaca, en su Fundamento Jurídico 4.2.º, que en el caso de autos no *«se discuta el ajuste a la legalidad de la disminución de plantilla ni existan elementos para poder calificarla de arbitraria o injustificada, lo que ni siquiera se alega por los recurrentes»*. La toma en consideración de esta circunstancia resulta plenamente justificada, puesto que de lo contrario al empresario le resultaría relativamente fácil, en algunos casos, impedir el disfrute del derecho previsto en el artículo 10 de la LOLS, dada la libertad que tiene para configurar el tamaño de su plantilla [37]. Así por ejemplo, podría acudir a una Empresa de Trabajo Temporal o externalizar parte de su actividad contratándola con otra empresa para situar aquélla por debajo de los 250 trabajadores. Tales ejemplos evidencian que el principal problema que plantea el límite que analizamos es su proyección práctica: ¿una externalización sin causa que lleve aparejada la negativa empresarial a reconocer los

---

solamente de 98, inferior al mínimo de 125 que prevé el convenio colectivo aplicable mejorando lo previsto en el artículo 10.1 de la LOLS. El TSJ declara lesiva del derecho de libertad sindical la negativa empresarial al reconocimiento del delegado sindical, argumentando que «*no puede hacerse depender la concesión de los beneficios reconocidos en el artículo 10 de la LOLS del momento concreto, temporada alta o baja, en el que el delegado es elegido*», añadiendo que «*la decisión adecuada consiste en considerar que los beneficios discutidos deben reconocerse partiendo de la ocupación ordinaria que pueda tener el centro de trabajo, con independencia del momento en que se produzca la elección del delegado*». Para un análisis más detenido de dicha sentencia consúltese mi estudio «Variación del volumen de plantilla y derecho a disponer de delegado sindical. Comentario a la STSJ de Catalunya, de 14 de junio de 2004», *Ius Labor* (http://www.upf.edu/iuslabor), núm. 2, 2005.

Otro pronunciamiento que utiliza, sin formularlo expresamente, el criterio « *plantilla ordinaria*», es la STSJ de Cataluña, de 11 de junio de 1998 (AS 2.781). En ella se resuelve un caso donde se produce una fluctuación u oscilación de la plantilla de forma que cuando la empresa comunica al delegado sindical que no le reconoce aquélla no supera los 100 trabajadores, número que constituye el límite mínimo fijado por el convenio colectivo mejorando la previsión del artículo 10.1 de la LOLS. No obstante, en el momento de presentarse la demanda la plantilla ya se ha incrementado hasta 190. El Tribunal considera que la actuación empresarial lesiona el derecho de libertad sindical arguyendo, entre otras razones, que en coherencia con el argumento utilizado para fundamentar dicha actuación debería volver a reconocerse el delegado sindical, una conclusión que *«no puede aceptarse en buena lógica como posible, porque significaría tanto como decir que en ocasiones se les reconoce a los delegados sindicales los derechos que establece la LOLS en los artículos 10.2 y 10.3, y en ocasiones no, quedando tal determinación en manos sólo de una de las partes, y podría controlar y someter la participación de los trabajadores por esa vía»*.

[37] Este peligro es advertido también por Sala Franco, Tomás y Albiol Montesinos, Ignacio: «Derecho Sindical», *ob. cit.,* p. 282. En algunos casos la necesidad de eliminar este riesgo ha sido utilizada por los órganos judiciales para fundamentar la imposibilidad de reducir o suprimir los delegados sindicales a pesar de haber disminuido de forma significativa el número de trabajadores de la plantilla. Buena muestra de ello es la STSJ de Cataluña, de 26 de febrero de 1990 (AS 3.998).

delegados sindicales existentes debe presumirse antisindical? ¿y cuando tal decisión obedezca simplemente al deseo de incrementar los beneficios? Estos interrogantes y otros muchos que pueden plantearse deberán resolverse, a mi entender, conforme a las circunstancias de cada caso concreto y teniendo en cuenta que si consiguen acreditarse indicios suficientes de lesión al derecho de libertad sindical entrará en juego la presunción fijada por el artículo 179.2 del TRLPL.

Interesa señalar, finalmente, que la negociación colectiva puede entrar a regular los efectos que los incrementos y disminuciones de plantilla generan en relación a los delegados sindicales, dada su indiscutible capacidad para incidir sobre los requisitos establecidos en el artículo 10.1 de la LOLS [38]. Así por ejemplo, podría concretarse el alcance que deben tener aquellas alteraciones, tanto en lo que refiere a su entidad cuantitativa como a su extensión temporal, para incidir sobre el derecho a disponer de delegados sindicales. Desgraciadamente este tipo de intervenciones, que sin duda resultarían muy útiles para ordenar y aportar seguridad jurídica, no se llevan a cabo en la práctica, a pesar de que han sido reclamadas en diversas ocasiones por la doctrina y los convenios colectivos abordan con frecuencia la figura del delegado sindical [39].

4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

Cualquier sistema que como el nuestro base la existencia y dimensión de los órganos de representación de los trabajadores en el volumen de la plantilla de la empresa o centro de trabajo queda obligado a articular mecanismos que permitan su adecuación a las variaciones que experimente aquélla. En caso contrario no quedará garantizada la proporción entre representantes y representados deseada por el legislador ni, por ende, la correcta defensa de los intereses de los trabajadores.

Para ser realmente eficientes, esos mecanismos de adecuación deben ser equilibrados en un doble sentido. En primer lugar, deben permitir tanto el ajuste al alza como a la baja y deben hacerlo en términos equivalentes en uno y otro caso. En segundo lugar, deben garantizar una cierta estabilidad a los órganos de representación aunque posibiliten su adaptación a los incrementos y disminuciones de la plantilla. La natu-

---

[38] Tal capacidad sólo se reconoce expresamente a nivel normativo en lo que refiere al número de delegados sindicales en el artículo 10.2.1.º de la LOLS, pero es admitida sin discusión tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Por lo que refiere a la primera, consúltese LUJÁN ALCARAZ, José: *La acción sindical...*, obra citada, pp. 154-158. Respecto a la jurisprudencia, véase la STS de 11 de abril de 2001 (RJ 2001/4911) en su Fundamento Jurídico 2, apartado 2.º, y las sentencias allí citadas.

[39] Así lo pone de manifiesto LUJÁN ALCARAZ, José: *La acción sindical...*, obra citada, p. 189.

raleza y funciones de dichos órganos hacen poco deseables los mecanismos que fuerzan una actualización constante, sensibles a cualquier variación, resultando más oportunos aquellos otros que tienen en cuenta exclusivamente las alteraciones significativas, es decir, las que revisten una cierta entidad cuantitativa y se mantienen durante un período de tiempo suficiente para entender que tienen vocación de consolidación o permanencia.

Nuestro ordenamiento jurídico no ofrece en la actualidad mecanismos de adecuación satisfactorios en relación a los delegados de personal y comités de empresa, ni tampoco en relación a los delegados sindicales.

Por lo que refiere a los dos primeros, existe un marcado desequilibrio entre la adecuación al alza, que puede hacerse efectiva sin problemas mediante una convocatoria de elecciones parciales siempre que se produzca un incremento de plantilla suficientemente significativo en base a los parámetros utilizados por los artículos 62.1 y 66.1 del TRLET, y la adecuación a la baja, que el artículo 67.1.5.º de esa misma norma condiciona a la previa autorización del convenio colectivo aplicable o, en su defecto, a la obtención de un acuerdo de empresa; vías que plantean dificultades casi insalvables en la práctica. El problema se ve acrecentado por el hecho de que el cálculo del volumen de plantilla se realiza en función de los datos de un momento determinado, la fecha de convocatoria de las elecciones (totales o parciales), sin tener en cuenta el contexto previo y posterior, al margen de lo previsto en el artículo 72.2.b) del TRLET en relación a los contratos temporales por tiempo inferior o igual a un año.

En el caso de los delegados sindicales la solución tampoco es demasiado satisfactoria. Ante el silencio de la norma legal, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de adecuar a la baja este órgano de representación si se produce una « *disminución significativa*» de la plantilla, excepto que la misma tenga una motivación antisindical. La interpretación y aplicación de este criterio, que de entrada parece acertado, resulta muy compleja, particularmente en los casos de plantillas que sufren oscilaciones cíclicas, sobre todo porque el artículo 10.1 de la LOLS obliga a computar todos los trabajadores por igual, sin hacer distinción entre indefinidos y temporales. En la hipótesis inversa, es decir, cuando se produce un incremento de plantilla, el actual marco legal permite implícitamente la posibilidad de nombrar el delegado o sindicales que correspondan en aplicación de las reglas previstas en el artículo 10.2 de la LOLS.

La negociación colectiva, a través de convenio colectivo o de acuerdo de empresa, podría contribuir a solventar la práctica totalidad de los problemas apuntados, concretando en base a parámetros claros y razonables los supuestos donde procede la adecuación de los órganos de representación y la forma como debe hacerse efectiva. Desgraciadamen-

te hasta la fecha no se ha producido tal contribución, a pesar de que la doctrina la ha reclamado en diversas ocasiones. Resulta por tanto obligado formular una propuesta de *«lege ferenda»* que ofrezca soluciones desde la normativa heterónoma, introduciendo en ella los retoques que sean oportunos.

Un buen punto de partido a tal efecto es el derecho francés, que aborda de forma expresa, y a mi entender bastante satisfactoria, la incidencia de las variaciones de plantilla sobre los delegados de personal, comités de empresa y delegados sindicales, cuya existencia y dimensión se condiciona al igual que en nuestro caso al volumen de la plantilla [40]. Según establece el Code de Travail la constitución de dichos órganos de representación y el eventual incremento de sus miembros queda condicionado al alcance del número de trabajadores en cada caso establecido durante un período mínimo de 12 meses, consecutivos o no, dentro de los tres años anteriores a la fecha en que aquéllos se plantean [41]. Conviene tener presente que los trabajadores temporales y también los que prestan servicios a tiempo parcial se computan en proporción al tiempo trabajado durante los doce meses precedentes a esa misma fecha [42]. Por lo que refiere a la adecuación a la baja de los órganos de representación, se contemplan dos posibilidades: hacerla efectiva mediante acuerdo de empresa o, en su defecto, solicitarla a la administración laboral, que podrá autorizarla cuando aprecie una reducción de plantilla « *importante y duradera*» que la sitúe por debajo de la dimensión mínima exigida en cada caso para la constitución de aquéllos [43].

A mi entender los retoques que tendrían que introducirse en nuestra normativa para garantizar la correcta adecuación de los órganos de representación unitaria y sindical a las variaciones que experimente la plantilla deberían articularse entorno a dos grandes ejes u objetivos: primero, el mantenimiento y potenciación del papel asignado a la nego-

---

[40] La toma en consideración del derecho francés ha sido propuesta también por otros autores, como AGUT GARCÍA, Carmen: *El sindicato…*, obra citada, p. 75, y OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho sindical*, obra citada, p. 429, nota a pie número 36.

[41] Véanse los artículos L 412-11, L 421-1 y L 431-1 para los delegados sindicales, delegados de personal y comité de empresa, respectivamente.

[42] Así lo establecen los artículos L 620-10 y L 620-11 del Code de Travail.

[43] Así lo prevén los artículos L 412-15 y L 431-3 del Code de Travail para los delegados sindicales y comités de empresa, respectivamente. Diversos pronunciamientos de la Cour de Cassation han precisado que para que exista una reducción « *importante y duradera*» la plantilla deberá situarse claramente por debajo del mínimo exigido y, además, la nueva situación debe presentar vocación de estabilidad o permanencia. Incluso en el supuesto de que se cumplan estas condiciones la administración laboral no queda obligada a conceder la autorización, pudiendo mantener el órgano de representación si lo considera justificado en base al interés general. Para una exposición detallada de dichos criterios con cita de los respectivos pronunciamientos, véase T EYSSIÉ, Bernard: *Droit du travail: relations collectives*, Litec, París, 2005, p. 50.

ciación colectiva; segundo, la articulación a través de la normativa heterónoma de un mecanismo subsidiario de adecuación bien definido y equilibrado.

A pesar de la pasividad mostrada hasta ahora, la negociación colectiva debe continuar teniendo prioridad en la resolución de la problemática que la variación de plantilla genera sobre los órganos de representación, porque es la única que puede ofrecer mecanismos consensuados y adaptados a las concretas circunstancias de cada empresa o sector. La norma legal debe limitarse a contemplar la posibilidad de realizar ajustes al alza o a la baja cuando se produzcan una « *variación significativa*» de la plantilla, remitiendo a la negociación colectiva la concreción de ese concepto y también de la forma como debe hacerse efectivo el reajuste.

En la actualidad la normativa heterónoma ya prioriza la intervención de la negociación colectiva y, por tanto, las modificaciones necesarias para alcanzar este primer objetivo son escasas, aunque no por ello dejan de ser importantes. En mi opinión los retoques a introducir serían dos: primero y respecto a la representación unitaria, condicionar la convocatoria de elecciones parciales a la existencia de una variación significativa de plantilla atribuyendo expresamente la concreción de este concepto a la negociación colectiva [44]; segundo y en relación a los delegados sindicales, incorporar en el artículo 10 de la LOLS una referencia que señale expresamente la posibilidad de regular a través de la negociación colectiva la adecuación de dicho órgano de representación a las variaciones significativas de plantilla [45].

La confianza ciega en la negociación colectiva constituye, no obstante, una apuesta excesivamente arriesgada que no garantiza una respuesta satisfactoria ante las distintas eventualidades que puedan plantearse y por tanto resulta imprescindible articular a través de la normativa heterónoma un mecanismo subsidiario de adecuación bien definido y equilibrado. Ello implica necesariamente delimitar a nivel legal el concepto «*variación significativa*», tanto en lo que refiere a su alcance cuantitativo como a su extensión temporal. El primero debe concretarse a partir de las diversas escalas numéricas previstas en la norma legal, de forma que será significativo todo incremento o disminución que impli-

---

[44] Tal atribución resulta imprescindible porque, como ya señalamos, el carácter de derecho necesario absoluto que reviste la normativa reguladora del proceso electoral impide en la actualidad que la negociación colectiva pueda condicionar la convocatoria de elecciones parciales.

[45] Aunque se trataría de una referencia puramente declarativa, podría constituir un importante incentivo para que los convenios colectivos o, en su defecto, los acuerdos de empresa, que con frecuencia tratan la figura de los delegados sindicales para rebajar los requisitos exigidos por el artículo 10.1 de la LOLS, prestasen atención a la problemática que nos ocupa.

que, respectivamente, el aumento o pérdida de como mínimo de un representante en aplicación de dichas escalas. Bastante más complejo resulta determinar la extensión temporal, es decir, el período de tiempo que debe mantenerse la nueva dimensión de la plantilla para entender que está suficientemente consolidada para justificar una adecuación del órgano de representación [46]. Una posible fórmula, tomando como referencia el modelo francés, sería exigir que la nueva dimensión se haya mantenido durante un mínimo de seis meses, consecutivos o no, durante el año anterior al momento en que se plantea la adecuación. Se garantizaría de esta forma el reajuste en un plazo razonable, sin desestabilizar al órgano de representación y mediante un criterio que sirve tanto para los incrementos o disminuciones puntuales como para las oscilaciones cíclicas. Y para los supuestos donde esta fórmula no resultase acertada siempre existiría la posibilidad de sustituirla por otra articulada a través de la negociación colectiva.

La consecución de este segundo objetivo requiere reformas de mayor envergadura, complementarias a las señaladas anteriormente, que pueden resumirse en dos puntos: primero y respecto a la representación unitaria, precisar en el artículo 67.1.5.º del TRLET el concepto « *variación significativa*» en los términos expuestos y para los supuestos donde no lo haya hecho la negociación colectiva, señalando la posibilidad de convocar elecciones parciales o reajustar a la baja el órgano de representación cuando los incrementos o disminuciones de plantilla tengan suficiente entidad; segundo y en relación a los delegados sindicales, introducir la misma precisión en el artículo 10 de la LOLS señalando también la posibilidad de realizar adecuaciones en los dos sentidos indicados. A esas modificaciones básicas convendría añadir otras instrumentales, como introducir una regla expresa en sede de representación unitaria que resuelva los supuestos donde la variación implica franquear la barrera de los 49 trabajadores o extender las reglas sobre cómputo de trabajadores temporales del artículo 72.2.b) del TRLET a la representación sindical. Resulta obvio, finalmente, que si se introdujese una fórmula como la que propongo, donde el volumen de la plantilla a efectos del reajuste de los órganos de representación se determina valorando los datos de un determinado marco temporal y no de un momento concreto, debería modificarse también, por pura coherencia, la determinación del volumen de la plantilla a efectos de constitución de los órganos de representación, ajustándola a esa misma lógica. Se trata, ade-

[46] Aunque resulte compleja, la introducción de este parámetro es imprescindible para determinar la entidad de la variación, dado que la ponderación exigida por el artículo 72.2.b) del TRLET resulta estos efectos insuficiente. Conviene recordar que dicho precepto sólo afecta al cómputo de contratados temporales por tiempo inferior o igual a un año y que para todos los restantes el cálculo se efectúa teniendo en cuenta exclusivamente la situación de un determinado momento, sin valorar el contexto previo ni el posterior.

más, de un esquema que no resulta desconocido en nuestro ordenamiento jurídico dado que se utiliza en la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria, cuyo artículo 25 señala que para calcular la dimensión de la plantilla de los centros de trabajo y empresas situados en España se tendrá en cuenta el promedio de trabajadores empleados durante los dos años anteriores a la fecha del inicio del procedimiento de negociación.

Ponencia Temática III

LAS NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

JUAN PABLO LANDA ZAPIRAIN
C.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la UPV/EHU

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.—A. Sobre el concepto de participación. B. Sobre lo que es realmente «nuevo», o es simplemente «innovador».— 1. MODELOS CLÁSICOS DE PARTICIPACIÓN Y TENDENCIAS INNOVADORAS EN EUROPA: ¿UN MODELO EUROPEO DEL «GOBIERNO DE LA EMPRESA» PARA UNA ECONOMÍA GLOBAL?—2. HACIA UNA DIFÍCIL SÍNTESIS EN LA UNIÓN EUROPEA DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN TRADICIONALMENTE VIGENTES EN LOS EEMM.—3. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA «PARTICIPACIÓN» EN ESPAÑA, LO REALMENTE EXISTENTE Y TENDENCIAS INNOVADORAS. 3.1. El sistema de participación vigente en España. 3.2. ¿La negociación colectiva un instrumento de participación? 3.3. La impulsión de factores de innovación favorecedores de la toma en consideración de la participación de los trabajadores en la empresa. 3.3.1. ¿Son los códigos de conducta un instrumento para la buena gobernanza corporativa? 3.3.2. Las reglas de la transparencia en el Derecho de las sociedades cotizadas, ¿favorecen directa o indirectamente la participación? 3.3.3. ¿Son los planes accionariales o los fondos de pensiones instrumentos favorecedores de la participación en la empresa? A. Los Planes Accionariales. B. Los Fondos de Pensiones. 3.3.4. Una política de Recursos Humanos innovadora más acorde con la participación cooperativa en la organización del trabajo. A. El reflejo en la política de gestión de los RRHH de los desafíos de la competitividad globalizada. B. En concreto, la revitalización de la acción social en la empresa.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

INTRODUCCIÓN

Para abordar un tema como el que se me ha propuesto, el de las «nuevas formas de participación» en la empresa, debiera comenzar con una serie de aclaraciones terminológicas, que en algún caso requerirá además una verdadera determinación de la noción jurídica que se emplea en el discurso, como sucede especialmente con el concepto de participación.

A. Sobre el concepto de participación

Efectivamente, hablar hoy en día de la participación de los trabajadores en España significa tener que utilizar un término cuya conceptualización jurídica no ha sido debidamente materializada por la ley [1]. Si se me apura, la definición legal de participación en la empresa —objeto del Derecho del Trabajo— se limitaría, en este momento, al único derecho de los representantes unitarios de los trabajadores a participar en la gestión de las obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares (art. 64.1.º, 10.ª LET). Estando este derecho condicionado, a su vez, a lo que se determine por convenio colectivo respecto de su ejercicio, luego sin convenio colectivo esa forma de participación tampoco sería funcionalmente operativa.

---

[1] En efecto, ni en la Constitución (art. 129.2.º), ni en la LET donde se reconoce el derecho a la participación de los trabajadores (art. 4.1.º g), se define un concepto jurídico de participación. Por otro lado, el artículo 61 que sí podía haberlo hecho, se limita a reproducir el texto abierto y plural de la Constitución, concretando que dicho derecho, entre otras formas, se ejercerá por los representantes de los trabajadores regulados por esta Ley, siendo en última instancia el actual artículo 64 el que dará contenido específico a ese ejercicio del derecho de la participación en términos que analizaremos en el momento oportuno.

Si partimos de la definición del término participar empleado en el diccionario de la academia de la lengua española, participar significa que «alguien tiene parte en una cosa». En este mismo sentido se utiliza el término participar también en lengua francesa, solo que, a diferencia de España, trasladado el término al ámbito de los conceptos jurídicos su significado no se desnaturaliza, es decir, no se separa de su significación real, por ejemplo, para hacerlo equivalente a «representante», o a «consulente», sino que refiere igualmente al que tiene parte («*partie-prenant*»); en castellano sería el «partícipe» en la cosa.

Esta cosa, en nuestro caso, es lo que denominamos empresa. Es decir, que si queremos ser coherentes con el lenguaje, cuando la LET (art. 61) establece que los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa, a través de sus órganos de representación, no está definiendo como fórmulas de participación a los derechos de información y consulta, ampliamente recogidos en el artículo 64 de la LET, sino al derecho a tomar parte en la organización compleja que es la empresa, tomando parte como miembro de la misma en aquellos aspectos «decisionales» que le incumben o le afecten al trabajador en su condición de «partícipe en esa empresa-organización».

Esta es, por otra parte, la opinión vigente entre una parte de la doctrina científica española. El Profesor Palomeque López entiende por participación, en sentido propio, la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades [2], aunque el artículo 61 rehúya su regulación, al optar por reconducir su definición a través de la noción de representación de los trabajadores en la empresa [3]. Por otra parte, el Profesor Rivero Lamas propone una definición doctrinal más matizada de la noción de participación, pero sustancialmente parecida, en cuanto que adopta también la visión de la participación institucional u orgánica en la empresa, al referirse a «una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de representantes o de forma directa, para que no sean ajenos

---

[2] Cfr. Palomeque López, M C. y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo.* Ed. Ramón Areces, 13.ª edición, Madrid, 2005, p. 101.

[3] Conclusión, a mi modo de ver, parcialmente injusta, ya que el artículo 61 no dice que los órganos de representación sean órganos de participación en la empresa, sino posible vehículo (en los términos convenialmente aceptados por ambas partes) del derecho a participar de los trabajadores, sin imponer desde la Ley ninguna facultad de participación —en el sentido de con capacidad de decisión— a los órganos de representación, ya que solamente se imponen obligaciones al empresario de información y de trámite de consulta e informe, en su caso, hacia la representación de los trabajadores. Así que no existe en nuestra legislación laboral vigente ningún atisbo de «codecisión», ni siquiera de «codeterminación» en el ámbito más propicio de la gestión de los Recursos Humanos, como es el de la acción social de la empresa, puesto que tales facultades de «codeterminación» precisarán de la conformidad de las partes negociadoras del convenio colectivo y en los términos y con el alcance que se determine en el mismo.

a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en el de gestión de los centros de trabajo» [4].

Esta cuestión de la noción de la participación no es para nada gratuita, por ejemplo, la misma cuestión, y su extensión o no a los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, estuvo en el centro del debate sobre este mismo tema en las Jornadas del AIDLASS (la Asociación Italiana del Derecho del Trabajo) en mayo del año pasado [5].

Existe un segundo nivel de problemas a la hora de emplear un concepto unívoco del término participación en la empresa, y es en relación con el objetivo que persigue el reconocimiento —tal y como lo hace nuestra legislación— del derecho a la participación en la empresa por parte de los trabajadores. Ni la Constitución, ni el legislador español lo especifican, de ahí que quien escribe haya terminado optando por proponer una clasificación de posibles niveles del ejercicio del derecho de participación, habida cuenta de que participar, en su raíz semántica, sólo puede significar capacidad para tomar parte en las decisiones de la empresa. La cuestión es la de saber para qué y con qué alcance, o en su caso, con qué límites.

Para ser funcionalmente operativos, propongo distinguir entre tres posibles niveles de participación: A) Participación en la organización de la empresa, entendida ésta como conjunto de elementos dirigidos a la obtención de un determinado resultado productivo, de un producto o

---

[4] Cfr. Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT,* núm. 84, 1997. Por el contrario, para otros autores, la representación es una forma de participación indirecta o externa de los trabajadores en su empresa. Cfr. Galiana Moreno, J. y García Romero, B.: «La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español», en *RMTAS,* núm. 43, 2003, p. 17. La participación como derecho instrumental en manos de los representantes de los trabajadores, difuminándose su noción clásica referida a la democracia industrial e instrumento del control obrero de la fábrica por otra configuración más amplia y elástica, comprensiva de cualquier otra fórmula de interesamiento de los trabajadores en los asuntos de interés propio en la empresa, canalizada normalmente mediante representantes. *Vid.* Baylos, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa,* Ed. Trotta, 1992, pp. 165, 170.

[5] Véase la crítica cerrada que realiza Pedrazzoli, M. en «Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Con. Italiana», *RIDL,* P.I. 2005.

En este artículo, el Profesor Pedrazzoli nos ofrece la siguiente definición (al parecer polémica) del concepto de participación: *procedimenti o congegni di atribuzione di competenze normative in virtú dei quali i lavoratori (o loro rapresentanti) concorronno a la formazione di regole (decisione) destinate a disciplinare le loro condizioni di lavoro e di vita.* Ibídem, p. 437. Pueden consultarse las ponencias oficiales a cargo de P. O livelli y de L. Zoppoli, en *GDLRI,* núm. 107, 2005, pp. 321 y 373 y ss., respectivamente.

servicio acabado [6]. B) Participación en la gestión social, no para 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. En tiempos anteriores, el contenido de esa participación era la gestión compartida de la obra social de la empresa, que hoy en día es concebida más ambiciosamente como la «acción social» de la empresa. De esta última sobre sus trabajadores y familiares, pero también sobre su entorno social, local o aún más ampliamente, persiguiendo fines muy diversos, que superan muchas veces los tradicionales de tipo cultural, recreativo y asistencial. C) Participación en la dirección (según los modelos culturales de tipo latinos) o administración (en los de tipo anglosajón), que normalmente en España calificamos como «participación institucional» [7], que representa la participación en la toma de decisiones estratégicas de empresa, aquélla a la que parece referirse preferencialmente el discurso actual sobre «la gobernanza de las sociedades» [8].

Hay un último nivel de participación, el de la participación económica, con sus variables: participación financiera, participación accionarial, en beneficios, resultados, o las «stock options», donde hay que ser muy cuidadosos, a fin de no volver a traicionar el sentido profundo de nuestro discurso en torno a la participación auténtica. Por lo tanto, solo en la medida en que esa participación implique la determinación de las decisiones estratégicas de la empresa (por ejemplo, usando el derecho de voto como accionista en los órganos de la sociedad), deberíamos de calificarla como auténtica participación. Por consiguiente, dejaría fuera de consideración aquellas fórmulas de participación económica que responden solamente a una determinada política salarial o de rentas, que desde mi punto de vista solo merecerían ciertas consideraciones marginales desde el enfoque de la auténtica noción de participación que defenderemos en esta sede.

En última instancia, el análisis de las «nuevas formas de participación» se enriquecería enormemente si introdujésemos una perspectiva distinta del modo tradicional de entender y definir la noción de Empresa

---

[6] Donde tradicionalmente ha planteado el ámbito de la participación obrera la doctrina anglosajona... *economic performance more efficient by increased motivation, higher productivity and employee involvement*. *Vid.* Hepple, B.: *Labour Laws and Global Trade,* Ed. Hart: Oxford and Portland Oregon, 2005, p. 23.

[7] Cfr. Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M. E.: *Derecho del Trabajo.* Ed. Thomson-Civitas, 23.ª Edición, Madrid, 2005, p. 213. Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo,* cit., pp. 389 y 390.

[8] *Vid.* Landa Zapirain, J. P.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa"...», en Landa (Dir.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa.* Ed. Bomarzo, 2004, p. 15 y ss.

en el Derecho del Trabajo. En efecto, las formas de participación más extendidas se corresponden con la idea general, muy presente en nuestro modelo social y laboral, de la concepción estática de la empresa como «empresa-organización», a la que —como digo— se adapta perfectamente el discurso de la participación en beneficios, así como la participación en la gestión social, o en la organización de los sistemas productivos, de acuerdo con las facultades clásicas de «codeterminación» reconocidas legislativamente a los órganos de representación unitaria de los trabajadores, ampliamente reconocidas en el modelo alemán, pero también —y mucho— en el « *code de travail*» francés [9].

En la última parte de mi exposición abordaré la perspectiva menos empleada de la empresa entendida como «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». En este contexto, crucial para los intereses de los trabajadores, de sus proveedores, contratistas, etc., la empresa realiza «opciones estratégicas de negocio», que suponen fusiones, compras y adquisiciones de empresas, agrupaciones de interés económico, uniones temporales, joint ventures, holdings [10], deslocalizaciones, cierres y reestructuraciones, en función de las características de la demanda y de las exigencias de la competitividad en un mercado global. Al mismo tiempo, la empresa-actividad también actúa, cada vez más, en función de sus propias opciones «éticas», y de acuerdo con sus compromisos y responsabilidades con su entorno (político, social y ambiental). Las condiciones para que este comportamiento ético por parte de las empresas sea más extendido comprenden, sin duda, la necesidad de promover —seguramente a través del instrumento de la legislación nacional o europea— su actividad en un contexto de transparencia y de democracia, como el que se defiende actualmente en la región geopolítica europea.

En efecto, éste es uno de los objetivos declarados, en la actualidad, en torno al debate sobre la gobernanza en Europa. Al menos en el ámbito de la UE, el problema de la gobernanza no se agota con la reivindicación de aquella clásica acuñación política de finales del siglo XIX, de la democracia industrial de los esposos Webb (mutualidad, negociación colectiva y tutela legislativa), sino que abarca con más amplitud

---

[9] Compruébese si no las relaciones del *comité d'entreprise* con *l'assamblée général des actionnaires* en el artículo 432-6 del *Code de Travail(doit d'alert, avis préalable à certaines décisions de l'assamblée, convocation de l'assamblée général, droit d'assistance avec voix, etc.).*

[10] Para un estudio desde sus implicaciones para el derecho colectivo del trabajo de las manifestaciones de la empresa compleja, *vid.* TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: *La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas.* Ed. CES, 2000, p. 70 y ss.

ideas de democracia económica, de responsabilidad social y ciudadanía de la empresa. Enfoques innovadores en el discurso político europeo, a la vez de necesarios ante los desafíos de la economía globalizada, y que se observan también, a modo de contribución ofrecida al desafío político de la defensa del modelo social europeo, por parte de las empresas más conscientes de la profundidad de los cambios intervenidos a través de la globalización.

B. Sobre lo que es realmente «nuevo», o es simplemente «innovador»

En relación con lo anterior, y siempre desde mi punto de vista, hablar de «nuevas formas» de participación no debiera significar hablar solamente de las atribuciones que debieran revestir los órganos de representación de los trabajadores, o en su caso, los órganos de acción sindical, como si unas y otras se configuraran repentinamente en las «nuevas formas» de participación de los trabajadores en la empresa, y su adaptación se limitara a un problema de adecuación de sus competencias, probablemente mediante una actualización legislativa.

Tal vez, esa sea la única vía realmente posible en España, pero el tema de fondo es otro. Previamente, se requiere identificar lo que está cambiando en la organización del trabajo de una empresa «post-fordista» típica. En el momento actual, la empresa exige menos reglas y regulaciones rígidas, como las que todavía proporciona en nuestro país el instrumento de gestión laboral del convenio colectivo. Como decía con notable perspicacia el malogrado Massimo D'Antona, la empresa moderna «tiene necesidad de la cooperación activa de sus trabajadores y su adhesión a objetivos flexibles... elementos que favorecen fórmulas participativas... de administración de las relaciones de trabajo, y hacen menos deseables la producción de normativas uniformizadoras» [11].

En realidad, lo que hay de nuevo en el debate europeo es un discurso político-industrial que busca la superación —«pactada» con las organizaciones tradicionales de los intereses sindicales y empresariales— del modelo clásico «conflictual» de las relaciones industriales, por otro más «cooperativo», basado en la integración de modelos variados de participación en la empresa, complemento —nadie se atrevería a vaticinar que son sustitutivos— del papel tradicional asignado a la negociación colectiva sindical, porque este modelo —y no aquél— se entiende más eficaz para poder enfrentarse mejor a los nuevos desafíos de la competencia a nivel global. Ante la globalización, ni siquiera la defensa

[11] Cfr. D'Antona, M.: «Partecipazione, codeterminazione, contrattazzione», *RGLPS*, núm. 2, 1992, pp. 137 y 138.

de los intereses nacionales por parte de los poderes públicos puede actuar eficazmente como dique de contención frente a las oleadas de «reestructuraciones» (sea cual fuera su causa) que, de tiempo en tiempo, afectan a los grandes sectores productivos.

En la perspectiva del debate sobre el tema de la participación en España, y parafraseando a los estudiosos de las organizaciones económicas, si una empresa se definiera como una « *coalition of inputs suppliers*» [12], al menos en el caso de nuestras empresas, el mercado, su medio ambiental más inmediato, está, hoy en día, suministrándole una serie de «inputs», muchos de los cuales presionan claramente en el sentido de buscar nuevas fórmulas de implicación de los trabajadores en la producción. La mejor manera de fomentar entre los trabajadores esa motivación favorable a su mayor implicación es, en mi opinión, abrir el cauce a su intervención en decisiones sobre distintos aspectos de la actividad empresarial. Por lo menos, en aquellos temas que los trabajadores son más capaces de controlar (participación en la organización de la producción y en la gestión de la acción social, en particular, la mutualista, cultural, preventiva y formativa).

No deseo que de esta limitativa orientación del fomento de la participación pueda deducirse que el criterio de capacidad debiera ser el determinante de la clase de participación a desarrollar en el futuro. En cualquier caso, no olvidemos que aquella eventual falta de capacidad se puede complementar perfectamente mediante una representación profesional y cualificada.

En este clima, la cuestión cardinal, tal vez, sea la de dilucidar cuál sería la vía más eficaz para conseguir este objetivo. Si de lo que se trata es de cambiar la dinámica de las relaciones laborales, marcada en nuestro país por una sindicalización prácticamente absoluta de los órganos de representación de los trabajadores, o si, por el contrario, se trataría más bien, sin pretender modificar nuestra realidad socio-laboral, de incorporar fórmulas participativas adicionales, la mayoría de ellas ajenas a nuestra tradición y a los modos de gobernar la empresa en España, pero ya existentes en otros modelos de relaciones laborales de otros países europeos, y, por lo tanto, experiencias que ya pueden ser analizadas en su práctica real actual.

Lo cierto es que nuestro sindicalismo ya ha empezado a interiorizar —parcialmente todavía— el discurso participativo, como consecuencia -entre otros «inputs» que igualmente afectan a la dinámica empresarial- del impulso innovador proveniente de la Unión Europea. De lo cual es una viva muestra la aprobación —y consiguiente transposición— de las

---

[12] Cfr. Dow, G. K.: *Governing the firm.* Ed. Cambridge University Press, New York, 2003, p. 19.

Directivas 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre la « *societas europea*», o de la Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio, sobre la Sociedad Cooperativa Europea.

Estas novedades normativas comunitarias, es posible que representen un impulso más bien formal de la participación, de efectos más bien modestos, debido a la, hasta ahora, escasa acogida de este tipo de fórmula societal europea en España. Sin embargo, como está sucediendo en Italia [13], la iniciativa comunitaria puede contribuir de manera importante a cambiar la tradicional desconfianza hacia los mecanismos participativos en la empresa demostrada por parte de las organizaciones sindicales.

Algunos de nuestros sindicatos (CCOO, por ejemplo) están adaptando este discurso tradicional sobre la validez de las fórmulas participativas. Lo están haciendo, sobre todo, al calor de la discusión sobre las vías de introducción, en la gestión y en las decisiones de las empresas, del discurso sobre las potencialidades de la Responsabilidad Social de la Empresa (*CSR*), así como de sus «positivos» efectos sobre la ética de las organizaciones, y en la implicación de los trabajadores en la vida y el desarrollo de la vida societal. Dicho sea esto, sin tener que renunciar nuestros sindicatos a la defensa de los «estándares sociales básicos», y, por el momento, sin tener que llegar tampoco a replantearse la postura contraria a su presencia en los órganos societarios.

Una aproximación más pragmática, e ideológicamente desprejuiciada, de los problemas y cambios que plantea la globalización, o de las exigencias de la nueva competencia transnacional —éste sería el «input» más notable de todos probablemente—, conduce necesariamente a revisar los sistemas de relaciones laborales de corte conflictual y autónomo, como resulta ser el nuestro. Este cambio de perspectiva, sin duda, facilitaría su progresiva adaptación a estos desafíos comunes y generalizados en todos los sistemas de relaciones industriales de nuestro entorno. En nuestro país, por ejemplo, será particularmente interesante observar cómo se va a resolver el dilema entre la lógica implícita a los instrumentos de negociación y la correspondiente a los instrumentos de participación propiamente dichos.

En definitiva, la cuestión central es la de averiguar cómo se va a conjugar el desarrollo en la práctica de la doble fórmula de implicación de los trabajadores en la empresa, tal y como lo plantean el Consejo y la Comisión Europea. Dicho de otra manera, cómo se van a integrar —o se harán confluir estratégicamente— el ejercicio de los derechos de infor-

---

[13] *Vid.* PIZZOFERRATO: «Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di *governance* e democrazia economica», en *RIDL,* 2005, I, pp. 244 y 245.

mación y consulta [14] previstos para una dinámica de relaciones laborales propia de la libre negociación colectiva, con las recomendaciones y comunicaciones de la Comisión en torno a la responsabilidad social de la empresa y a la participación financiera, así como con las Directivas ya mencionadas sobre participación societal de los trabajadores.

Además, estas cuestiones se plantean en un contexto que parecía ya consolidado en nuestro país, mediante el cual se garantizaba una «democracia económica» basada en el diálogo tripartito y la concertación a nivel macroeconómico, compatible con una democracia industrial de corte clásico o conflictual para regular el sistema de relaciones laborales en la empresa. Sin embargo, nuestro modelo muestra signos de impotencia a la hora de tener que enfrentarse a un panorama de empresas cada vez más «desnacionalizadas», pero que son las grandes protagonistas de los procesos globalizadores. Empresas que sólo se sujetan a sus propios «códigos de conducta» (y eso cuando sucede).

Tal vez, por todo lo antedicho, sea una exageración hablar de «nuevas fórmulas o formas» de participación, en la práctica de nuestro Derecho nacional, hoy por hoy inexistentes. Más modestamente, mi objetivo sería el de identificar lo que de «innovador» o de »verdaderamente novedoso» acompaña al debate de la participación de los trabajadores en la empresa en nuestro tiempo. Concretamente, en Europa, el desafío se encuentra, a mi modo de ver, en la manera en que deberemos adaptar nuestro sistema de relaciones laborales, a fin de homologarlo lo mejor posible con lo que tarde o temprano terminará siendo el modelo social europeo. Es decir, que nuestro modelo de relaciones laborales debe adaptarse o, mejor dicho, debe innovarse, con el fin de responder mejor a la idea política basilar de la estrategia europea para el empleo de hacer conciliar la cohesión y el bienestar social con un modelo productivo eficiente y altamente competitivo. Un modelo que sea capaz de hacer frente con éxito a la globalización económica sin perder sus señas de identidad, aunque éstas deban reinventarse en una clave de eficiencia productiva.

Curiosamente, las ideas innovadoras favorables a acentuar la participación en la empresa, al menos en nuestro país, no proceden de la iniciativa legislativa laboral, ni de la jurisprudencia social, ni de la doctrina científica iuslaboralista. En este momento, por un lado, esa participación nueva o reforzada sería más bien consecuencia indirecta de la exigencia de mayor transparencia de la actividad de las empresas (especialmente

---

[14] Característico de las principales Directivas sobre política social: Directiva 75/129, modificada en 1998, sobre despidos colectivos; Directiva 2001/23, sobre traspaso de empresas; Directiva 2002/74, sobre garantías de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial; Directiva 94/45, sobre el comité de empresa europeo; Directiva 2002/14, sobre un marco general de información y consulta.

de las empresas cotizadas y de dimensión transnacional). Por otro lado, esa recobrada centralidad del discurso sobre la participación proviene, a mi juicio, de un vector de potencial innovación nada desdeñable, el de la estrategia europea, de carácter transversal (*mainstreaming*), en torno a la «empresa socialmente responsable» (impulsada y favorecida mediante técnicas de *soft law*, sin emplear la técnica legislativa, es decir, mediante códigos de conducta, informes de sostenibilidad, labels y auditorías sociales, inversiones socialmente responsables, etc...).

En última instancia, el gran desafío que plantea esta tendencia innovadora del papel de la participación en la empresa es el de su compatibilidad con los sistemas clásicos de acción y representación en la empresa, que ampara y protege nuestra legislación y el ordenamiento constitucional español.

1. MODELOS CLÁSICOS DE PARTICIPACIÓN Y TENDENCIAS INNOVADORAS EN EUROPA: ¿UN MODELO EUROPEO DEL «GOBIERNO DE LA EMPRESA» PARA UNA ECONOMÍA GLOBAL?

La problemática de un mejor gobierno de la empresa europea se debe plantear dentro del debate general sobre la gobernanza europea. El Acuerdo Interinstitucional (Parlamento, Comisión, Consejo europeos) para «legislar mejor», adoptado el 16/11/2003 [15], ya supone un reforzamiento del papel imprescindible que están llamados a desempeñar los agentes sociales y económicos europeos en la gobernanza europea. Asimismo, se va abriendo paso, cada vez con más claridad, el papel que deberán desempeñar las grandes empresas y entidades financieras en la problemática de la buena gobernanza, al igual que el papel que les corresponderá a las organizaciones representativas de los intereses de la sociedad civil. Me estoy refiriendo no solamente a los sindicatos, sino a las organizaciones no gubernamentales que tienen ya su representación institucional en el Consejo Económico y Social. Esta presencia es cada vez más demandada en los Foros Abiertos por la Comisión para discutir temas como el de la « *CSR*», o la anticipación de los efectos sociales de las reestructuraciones empresariales, o en el mantenimiento y desarrollo de ciertos niveles de servicios sociales.

Más participación democrática en la actuación de la Unión Europea, más diálogo social, informal o institucionalizado [16], transversalidad de

[15] Que recoge, en parte, el espíritu del Libro Blanco de la Comisión sobre la Gobernanza en Europa de 25/7/2001.

[16] Comunicación de la Comisión de 12/8/2004, «Partnership for change in an enlarged Europe. Enhancing the contribution of european social dialogue».

los planes de actuación en las políticas sociales, como en la de la estrategia europea para el empleo o en la de la lucha por la inclusión social, son algunas muestras de la importancia que se le atribuye en los medios europeos a la temática de la redefinición de una buena gobernanza para una Europa más social y democrática.

Cuestión ésta que se extiende también a otros órdenes de la actividad transnacional europea, como lo es la del gobierno de las empresas europeas [17]. En mi opinión, dentro de este contexto de los problemas de la gobernanza europea se deberían incluir las iniciativas de la Comisión sobre la impulsión de la Responsabilidad Social de la Empresa (*CSR*, siglas en inglés) [18], mientras que, hay que reconocer, que la anterior iniciativa en el tiempo sobre los planes de participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de las empresas, incluida su participación en el capital [19], sólo aparece como un componente de segundo nivel dentro del diseño —hoy preponderante en la Comisión— de la *CSR*. Eso mismo acontece cuando se está discutiendo la reforma de la Directiva sobre el comité de empresa europeo, a la hora de la conveniencia de atribuirle nuevas funciones. Sin embargo, la participación financiera sigue siendo uno de los baluartes de la Estrategia de Lisboa 2000/2010 (y de la Agenda Social Europea, de 28/1/2001) [20], por lo tanto, tendría que ser también un firme componente del modelo social europeo [21].

---

[17] Los principios para el buen gobierno corporativo aprobados por la OCDE, el 22/4/2003.

[18] El Libro Verde «fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas». COM (2001) 366 final, y posterior Comunicación sobre el mismo tema de 2/7/2002, COM (2002) 347 final.

[19] Recomendación del Consejo de 27/7/1992 (92/443/CEE), Informes de la Comisión, conocidos como Planes Pepper I (1991), II (1997), y la Comunicación posterior relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores. COM (2002) 364 final.

[20] *Vid.* Informe del Grupo de Alto Nivel sobre relaciones laborales y cambio industrial en la UE, Grupo creado por la Comisión europea en el marco de la Agenda Social Europea aprobado por el Consejo de Niza, en diciembre de 2000 (publicado en la Revista Relaciones Laborales, T. I, 2001).

[21] La inclusión del modelo social europeo entre los objetivos estratégicos de la UE aparece en la cumbre de Niza (2000). En las conclusiones de la Presidencia ese modelo se caracterizaría por «ofrecer un nivel elevado de protección social, la importancia del diálogo social y servicios de interés general que cubran las actividades vitales para la cohesión social, pero que en la actualidad se garantiza por diversos sistemas sociales nacionales que responden a unos principios comunes. Democracia, derechos individuales, libre negociación colectiva, igualdad de oportunidades, bienestar social y solidaridad. Estas políticas sociales se consideran esenciales para la realización del objetivo de la cohesión económica y social, y para el apoyo político a la UE por parte de la ciudadanía europea. Este modelo se sigue redefiniendo en Consejos posteriores, por ejemplo el Consejo Europeo de Barcelona celebrado en marzo de 2002, añade a las anteriores características del modelo social europeo, el que el mismo se funda sobre una economía realizadora, un elevado nivel de protección social, formación y diálogo social.

En un interesante Libro Verde de la Comisión Europea, sobre los cambios necesarios en los modelos de organización del trabajo de las empresas europeas, se plantea la necesidad de una mejor organización del trabajo, más productiva, cualificante y participativa, buscando la evolución desde sistemas fijos de producción hacia procesos flexibles y abiertos de desarrollo organizativo (hacia lo que se denomina «empresa flexible»), que a su vez debieran ir acompañados por políticas públicas que hicieran conciliables la seguridad de los trabajadores con esta flexibilidad requerida por la nueva organización del trabajo [22].

El problema de cualquier intento en Europa de establecer una regulación homogénea —unitaria— de la gobernanza de sus empresas es que se enfrenta a dos desafíos, hoy por hoy, probablemente insuperables. El primero es el de la falta de competencia directa para hacerlo, salvo para las empresas constituidas a nivel europeo (para las que sí lo ha hecho). En mi opinión, solo cabría una vía directa para realizarla, que ya se utilizó generosamente para el desarrollo del II Programa de acción social de la Comisión, de 1989. Me estoy refiriendo a la realización del mercado único, objetivo del Tratado de la Comunidad Europea, que bajo el principio de subsidiariedad y con el consenso del Consejo (en este caso, imprescindible en razón de la materia de que se trata, no reconducible al desarrollo regulador de los derechos de información y consulta, por lo que se requeriría seguramente la unanimidad del Consejo), podría, tal vez, dar lugar a una norma de carácter general como la de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, sobre derechos de información y consulta. A pesar del tiempo transcurrido desde la introducción de este objetivo del mercado único en el TCE (por el Acta Única de 1986), la existencia de Propuestas de Directivas como la conocida Directiva Bolkestein [22bis], me hace ser posibilista aún en este terreno de la intervención europea, aunque políticamente, en este momento, insinuar cualquier tipo de intervención sobre la política social parezca un despropósito.

Al menos, en hipótesis, esa intervención legislativa europea de armonización sería viable, si bien hay un segundo obstáculo nada desdeñable, que es el de la pervivencia —muy arraigada en Europa, por cierto— de los distintos sistemas nacionales de los EEMM sobre representación y participación en la empresa. Por ejemplo, los modelos existentes de regulación de los comités de empresa, *works councils*, en Europa, van desde su composición sólo con representantes de los traba-

---

[22] La participación financiera, dentro de la reflexión sobre la función de los trabajadores en la toma de decisiones, es evocada como un elemento de la modernización de la organización del trabajo en este Libro Verde «Cooperación para una nueva organización del trabajo», de la Comisión [COM (1997) 128] y la Comunicación sucesiva [COM (1998) 592].

[22bis] Aprobada finalmente como Dir. 2006/123/CE sobre servicios en el mercado interior.

jadores (como en España y Portugal), hasta su composición exclusivamente sindical (Italia y Suecia), su configuración como órganos mixtos, *joint body*, con derechos de información y consulta fundamentalmente, como es en el caso de Francia (con reformas recientes en favor de reforzar la codeterminación en temas de la organización de empresa), y los países nórdicos (salvo Suecia, representación sindicalizada), o además con funciones de codeterminación, *unternehmerischen organen,* típicas del modelo alemán, y extendidas también en Austria, Bélgica y Países Bajos [23]. Completamente aparte está además el modelo anglo-americano, donde predominan los mecanismos de participación (en todos los niveles, accionarial, organizacional, y hasta en el nivel « *administration»*) sobre los de representación externa [24].

Lo mismo podríamos decir del modelo de participación accionarial o en beneficios, *Employee Share-Ownership and Profit-sharing: ESOP*, más o menos extendido en cada EEMM. Concretamente, los planes basados en la participación accionarial tienen una fuerte tradición en Francia, Reino Unido y Países Bajos, y están siendo impulsados en Irlanda o en Finlandia [25]. Lo que ofrecen de común todos estos sistemas es el objetivo general, reconocido allí donde están implantados los planes sobre acciones, que es igual en todos ellos: interesar más a los trabajadores en el éxito de su empresa, y alinear sus intereses con los de los demás accionistas.

La vía de intervención europea es la ya utilizada, a través de las Directivas sobre derechos de información y consulta de los trabajadores, y sobre la participación en el caso limitado de las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Insisto en que hay nivel competencial, y objetivos a cubrir en el Tratado, que pueden llamar en su ayuda a la claúsula de flexibilidad (tal y como se la denomina ahora después del *non nato* Tratado de la Constitución Europea), para realizar una intervención sobre otras formas de implicación de los trabajadores en las empresas de carácter más participativo. Como diré posteriormente, el tema de la definición de un modelo a nivel europeo más acabado de gobernanza en las empresas puede seguir vivo en el marco del debate, a completar todavía, sobre la concreción en Europa de un modelo de empresa socialmente responsable.

En relación con la participación financiera de los trabajadores, existe una competencia europea más amplia (de base económico-mercantil,

---

[23] Datos obtenidos en el informe «Information and consultation of workers across Europe» de la Revista EIRR, 2001, núms. 334, 335 y 336.

[24] *Vid.* O'Connor, M.: «Labor's role in the american corporate governance structure». *Comparative Labor Law & Policy Journal,* vol. 22, núm. 1, 2000, p. 97 y ss.

[25] Doc. de trabajo de la Comisión: «La participation financière des travailleurs dans l'UE». SEC (2001) 1308.

libertad de capitales, además de la política social). La problemática —pero posible— armonización futura de estos planes en los diversos países europeos, podría verse favorecida si la Unión Europea adoptara una posición clara —a fin de facilitar su tratamiento armonizado o la aproximación entre las regulaciones de los EEMM— sobre lo que son las opciones claves para su desarrollo: si su rentabilidad entra o no en la base de cotización, cuáles EPF debieran ser objeto de incentivos fiscales y cuáles no (la intervención incentivadora por parte de la política fiscal del Estado se entiende fundamental para el éxito de estos esquemas de participación, si su regulación tendría que incorporar o no derechos de participación, y si así fuera, en qué clase de EPF; así como habría que resolver los obstáculos a su conservación o traslación en caso de circulación de trabajadores a nivel transnacional [26]. Los planes accionariales, y en general los Esquemas de Participación Financiera (EPF), son de configuración muy abierta y responden a objetivos diferentes, y su éxito depende, tanto de los modos como los gestionen las empresas, como de la política legislativa (fiscal, social, etc.) de los países que los promuevan [27].

2. HACIA UNA DIFÍCIL SÍNTESIS EN LA UNIÓN EUROPEA DE LOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN TRADICIONALMENTE VIGENTES EN LOS EEMM

En Europa, a falta de un modelo acabado de gobierno de la empresa europea, la idea de la participación cooperadora parece circunscribirse, sobre todo, al tipo de participación en la organización del trabajo o de la producción, siguiendo las pautas y técnicas de participación ampliamente ensayadas en la práctica y en la teoría de las relaciones industriales americanas, que analizaremos posteriormente. Mientras que la participación financiera es admitida, y positivamente valorada —tanto la participación en beneficios y/o resultados, como la participación accionarial— en tanto que fórmula adecuada para identificar mejor a los trabajadores con las necesidades de la moderna «empresa flexible».

En ningún caso —salvo en las Directivas sobre sociedades y sobre la transparencia de las sociedades cotizadas en bolsa— se habla direc-

---

[26] Problemas perfectamente puestos de relieve en el «Rapport du groupe de haut niveau d'experts indépendants sur les obstacles à la diffusion de la participation financière des salariés des entreprises à caractère transnational», de 18/12/2003.

[27] Para conocer cómo funcionan en los países europeos más importantes los Esquemas de Participación Financiera, *vid.* LANDA ZAPIRAIN (Dir.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa,* cit., p. 69 y ss. Dossier Thématique dans le Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, 2001, Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, pp. 129-198.

tamente de la participación en la dirección o administración de la empresa, lo que en España denominamos «participación institucional». La razón de ello puede encontrarse por muchos sitios. En primer lugar, la tradicional desconfianza de nuestra doctrina, además de la de la inmensa mayoría de los sindicatos europeos, hacia un resurgir de la teoría «comunitarista», con sus secuelas «corporativistas», durante un tiempo de triste recuerdo en Europa. Por otro lado, la cerrada desconfianza empresarial al modelo de «cogestión», a pesar de su buen resultado en términos de eficiencia y productividad en Alemania [28]. Asimismo, podríamos aludir a la escasa valoración del modelo de participación en las empresas de economía social, especialmente en nuestro país, y concretamente el de las cooperativas de trabajo asociado, cuya competitividad, sin embargo, está demostrada suficientemente. Y, por otra parte, nuestra propia definición de las relaciones laborales, ancladas sobre las notas de ajenidad y dependencia, es decir, sobre un sistema de recursos humanos basado en remuneraciones fijas y en una irresponsabilización generalizada sobre la organización del trabajo por parte de los trabajadores. Por último, la defensa europea del «diálogo social» como método preferente de construcción del derecho social comunitario conduce al respeto del «status quo» que representan los interlocutores sociales y patronales, actuando cada una de estas organizaciones complejas como un factor de veto implícito sobre cualquier iniciativa que tienda a modificar el equilibrio de fuerzas e intereses que representan.

La única vía de superar esta situación de anomia, de falta de concreción de un modelo de participación claro para Europa, que, a mi juicio, ofrece el debate actual europeo sobre la cuestión de la participación, reside en la exploración de las potencialidades que ofrece la construcción en Europa de una *«CSR»*. Todavía imprecisa, la concepción de la responsabilidad social de la empresa en el marco de la construcción de un modelo económico y social de la empresa europea no tiene por qué ser un calco idéntico a la que opera en el mundo anglosajón, de donde surgió inicialmente (esta última va referida fundamentalmente a influir en la estrategia de actividad transnacional de las grandes multinacionales).

Se puede citar como paradigmática representación de esta indefinición actual del modelo europeo de participación en la empresa la reciente conferencia europea, celebrada en abril del 2005 en Wroclaw, sobre el tema «The European Social Model: Vision, option or fiction?», convocada a iniciativa de la Fundación Friedrich Ebert. En la misma, el presidente del influyente sindicato IGMetall, Jürgen Peters, enumeraba como elementos que, a su juicio, deberían identificar este modelo, entre

[28] Cfr. Fitzroy, F. & Kraft, K.: «Codetermination, Efficiency and Productivity», *British Journal of Industrial Relations,* vol. 43, núm. 2, 2005, p. 233 y ss.

otros, a «la información, la consulta, la implicación y la participación en la empresa»[29]. En mi opinión, lo resultante de esa afirmación no es un modelo, es una sumación, asistemáticamente expuesta, de los modelos que ya existen en Europa, y eso es una constatación pero no se corresponde con un modelo unitario de convergencia posible para todas las empresas europeas.

El actual desarrollo de una posible configuración propiamente europea de la dimensión colectiva-managerial de las relaciones industriales en el marco de ese «modelo social europeo» refleja esa indeterminación, tan característica del proceso europeo actual, y tan bien reproducido por las palabras del señor Peters. Lo que hay como modelo, hoy en día, no es más que el resultado de adicionar los productos de las distintas tradiciones culturales de los EEMM. No ha habido un análisis sereno de lo que suma y de lo que resta a un modelo que se quiere justo y eficiente al mismo tiempo, ni un liderazgo político europeo capaz de proponerlo. La metodología seguida para la aprobación de Directivas del capítulo de la política social (determinada por lo que se denomina la doble subsidiariedad) confía además al diálogo social y a las buenas prácticas que alcancen un resultado más acabado, mejor analizado, el cual tal vez sirva de modelo de referencia a la Comisión, pero sobre todo tendría que servir a los propios EEMM, que son quienes siguen conservando las competencias directas —que sólo en una parte menor son compartidas con la UE— para intervenir en la materia.

En estas condiciones me parece altamente improbable la aparición de novedades relevantes a nivel de regulación comunitaria. Los campos en estos momentos abiertos a esa hipotética regulación, solamente en la medida en que se produzcan acuerdos de relieve en las mesas de diálogo social, formal e informal, son: Por un lado, el de las reestructuraciones y deslocalizaciones de empresas, en donde la aprobación de una nueva norma (Directiva) se me antoja muy difícil. Por otro lado, tenemos la reforma de la Directiva sobre el comité de empresa, a la que hacía antes referencia. Hacia esta mesa se podría, tal vez, reconducir alguna medida concreta de participación en relación con el tema de la anticipación de los efectos de las reestructuraciones de dimensión europea.

Finalmente, repito, también sigue aun abierto el debate sobre el contenido y alcance de una estrategia europea sobre la responsabilidad social de la empresa, *CSR*, que tiene como ventaja suplementaria sobre las anteriores, la de que está planteada al margen de cualquier interven-

---

[29] Entre intervenciones de relevantes personajes de la UE y académicos en defensa de una cultura social del *partnership* y de unas relaciones industriales basadas en la cooperación y la confianza mutuas entre trabajadores y dirección o *management*. Cfr. EIRR, de junio 2005, pp. 39 y 40.

ción de carácter vinculante para las empresas. Este tipo de planteamientos se corresponde con la característica intervención por medios *soft law,* que están ofreciendo un juego posibilista, al que se adscriben con ánimos redoblados muchos agentes europeos, y sobre cuyas técnicas se está abusando tanto últimamente, que se corre el peligro de colapsar sus, en un principio, positivos resultados. Sin embargo, ésta es la realidad, por lo cual me inclino 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 [30].

Con ello, no pretendo desvirtuar el efecto que pueda tener en la materialización futura de ese modelo social europeo la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, sobre el marco general de información y consulta de los trabajadores en la UE, de alcance mucho más amplio que el de la Directiva2001/86/CE, de 8 de octubre [31], que completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la «implicación» de los trabajadores [32].

En la primera Directiva, la opción es la de fomentar el espíritu de cooperación, teniendo en cuenta los intereses de la empresa y los de los trabajadores (art. 1.3.º), a través de los clásicos mecanismos de información, consulta y posible plasmación en un acuerdo de buena fe (art. 4.4.º) [33].

En la segunda Directiva, si bien se parte de ese modelo indefinido de «implicación» de los trabajadores a través de la información, consulta y la participación, según resulte del procedimiento de negociación, en cambio, se establece por primera vez en Europa la posibilidad de acor-

---

[30] Esta es la posición que defendí en el Séminaire International de Droit Comparé du Travail, en Burdeos, julio 2004. Cfr. Actes du Séminaire, Ed. Université Montesquieu-Bordeaux, 2005, pp. 203-211.

[31] El Consejo y el Parlamento europeos adoptaron formalmente el 26/10/2005 la Directiva sobre fusiones transnacionales (anónimas, limitadas, y con reglas especiales para las cooperativas) con el mismo esquema de respeto de los sistemas de implicación/participación que el que preside la Directiva sobre la «societas europea». EIRR, 2006, enero, p. 16.

[32] La significación de estas Directivas es potencialmente inmensa, incluso para el diseño de ese modelo social europeo supranacional en construcción. La doctrina ha dicho que estas Directivas demuestran, bajo el paraguas de medidas de «soft law», el deseo de la UE de que los EEMM regulen un auténtico «hard law» sobre participación de los interlocutores de los trabajadores que pueda ser una clave referencial del sistema de relaciones industriales europeo. Cfr. ADNETT, N. & HARDY, S.: *The european social model.* Edward Elgar Publishing Ltd., UK/USA 2005, pp. 196 y 197.

[33] Sobre sus efectos reforzadores de los mecanismos de implicación y participación de los representantes de los trabajadores en las reestructuraciones de empresa, *vid.* LANDA ZAPIRAIN, J. P.: «El nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas», en *RL,* núm. 6, 2005, pp. 24 y 25.

dar un sistema de participación que se define en los siguientes términos: «influenciar por parte del órgano de representación de los trabajadores u otros representantes en una sociedad europea, bien mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o bien mediante el derecho de recomendar o de oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del consejo de administración o del órgano de control de la sociedad» (art. 2.k) [34].

La ley española 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea con domicilio en España, no tiene más remedio que amparar la opción de las empresas que se constituyan en España cuando sean favorables a la constitución de un consejo de vigilancia o control con presencia de representantes de los trabajadores. Ello no obstante, la Ley no ha querido extender este mecanismo al resto de las sociedades anónimas españolas. Mientras tanto, seguimos esperando la decisión que se adopte en una 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 [35].

Por el contrario, analizadas conjuntamente, ambas Directivas reflejan perfectamente lo que quiero decir, el diseño de un «no modelo», la constatación de varios modelos que son perfectamente condivisibles en mayor o menor medida en el ámbito europeo. En efecto, ambas Directivas aceptan ese modelo mixto de representación/participación/negociación, de contenidos flexibles y difusos, con una orientación hacia su superposición orgánica —al menos para las « *societas europea*»—, lo cual, tal vez, sea la explicación, la verdadera razón de fondo, de su escaso seguimiento por parte de las grandes multinacionales europeas, que parecen haber optado mayoritariamente por el diseño de la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, sobre *EWC*, con el complemento mucho más flexible de los códigos de conducta, como modelo para gobernar a la «empresa-actividad».

Por estas razones, creo que el discurso en favor de una participación cooperadora como modelo de referencia de las empresas europeas no puede limitarse a lo ya alcanzado en torno a las dos Directivas antes referenciadas, debido a su diseño abierto y, por consiguiente escasamente efectivo para la realización de la auténtica participación. Así pues, en aras

---

[34] En clara adaptación del funcionamiento del modelo de cogestión alemán. *Vid.* MENDOZA NAVAS, N.: *Los derechos de cogestión en el ordenamiento alemán.* Edic. UCLM, 2002, p. 163.

[35] Proyecto de Ley 121/000059, Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (BOCD de 25/12/2005).

de la efectividad del Derecho transnacional europeo hay que dar algún paso más hacia delante.

Mi tesis es la de que el «modelo social europeo» necesita pruebas para su credibilidad, y que para realizarlo, en su dimensión colectivo-empresarial, sería fundamental recuperar la concepción clásica de la participación «institucional» (participación en la administración de la empresa), que tiene una larga tradición en muchos países de la UE.

Brevemente sobre esta tesis, la construcción teórica de la *CSR* es de matriz anglosajona, y se refiere a la adopción voluntaria por cada empresa individual —normalmente a través de la técnica del *code of conduct*— y de manera explícita, unos estándares de condiciones laborales que serán respetados allá donde tengan sus establecimientos, a veces incluso extendiendo la exigibilidad de estos estándares (y *patterns* de comportamiento) a las empresas contratistas y proveedores, o también a su política de inversión financiera (Inversión Socialmente Responsable), etc. En algunos casos, y en la medida en que se entiende que la verdadera *CSR* también engloba la idea de la *corporate citizenship,* ésta comprende igualmente el compromiso de la empresa con el entorno local, *local involvement*. A mi modo de ver, esta perspectiva es especialmente interesante como estrategia de gestión de las reestructuraciones con o sin deslocalización [36].

Recientemente se ha dicho que en Europa existe desde hace mucho tiempo la *CSR*, pero no tal y como se manifiesta en el orden anglosajón una *Explicit CSR*, sino una *Implicit CSR* [37], resultado de las tradicionales regulaciones heterónomas vinculantes —nada voluntarias— promulgadas en los países europeos con el objeto de regular la actividad de las empresas, cuyo corolario es la exigibilidad de unas estándares públicos de respeto de las condiciones laborales básicas, o incluso de las pactadas, en casos como, por ejemplo, el de España.

La demanda de Empresas flexibles, a raíz de la impetuosa y vigorosa competencia proveniente del mercado global, ha instaurado entre nosotros el discurso sobre la *CSR*, lo cual no debiera significar ineluctablemente el cambio de un modelo de intervención reguladora heterónoma por otro modelo voluntario y autónomo (aunque éste fuera colectivamente negociado, en el mejor de los casos). En lógica consecuencia con la tradición reguladora europea, esta *CSR* debiera estar más «indi-

---

[36] La centralidad de la aportación de la idea de la CSR para el tratamiento de las reestructuraciones tuve ocasión de abordarlo en Landa Zapirain, J. P.: *El nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente...,* cit. pp. 52 y 53.

[37] Cfr. Matten, D. y Moon, J.: «A conceptual framework for understanding CSR», en Habisch, Jonker, Wegner, Schmidpeter: *Corporate Social Responsability across Europe,* Springer 2005, p. 336.

ciada», es decir, la *CSR* sería una especie de reconocimiento (labelizado), a través de una atribución de la Administración o de una Agencia acreditada a tal fin, hacia aquellas empresas que hayan acreditado cumplir con los estándares mínimos, públicos y de alcance general que son compartidos y configurados dentro de ese modelo social europeo en ciernes. En mi opinión, ésta sería la mejor estrategia, a fin de evitar que el debate por la definición y contenidos de la CSR se convierta en Europa en una carrera hacia la desregulación, *a race to the bottom,* justificada por la utilización de la responsabilidad social voluntaria como paradigma de la empresa flexible y altamente competitiva.

La UE, a través de la Comisión Europea, promueve un concepto de *CSR* que implique un compromiso continuo por parte de las empresas para actuar clara y responsablemente, de forma que contribuya al desarrollo económico a la vez que a un medio ambiente más limpio, a la mejora de la calidad de vida de su fuerza de trabajo, así como de la sociedad en sentido amplio [38].

Es cierto también, que a la hora de concretizar este objetivo, la UE no ha estado muy explícita cuando de identificar la dimensión interna de esta responsabilidad se trataba. En el conocido documento de trabajo de la Comisión para «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas» [39], se habla, «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) [40].

Sin embargo, en la que hasta ahora ha sido la toma de postura política más avanzada por parte de la Comisión, me refiero a la antes citada Comunicación sobre «la responsabilidad social de las empresas...» [41], la Comisión renuncia a establecer los contenidos precisos que identificarían la actividad socialmente responsable por parte de las empresas, difiriendo su concreción a los resultados del Foro Multilateral que se reunió durante el 2004. Sin embargo, las recomendaciones finales del Foro adolecen de la misma característica inconcreción, en torno a la determinación de los contenidos precisos y exigibles de la CSR. Se dice entonces, que en coherencia con el carácter voluntario de las expe-

---

[38] Comunicación «Corporate social responsability: A bussiness contribution to sustainable development». COM (2002) 347 final.

[39] Libro Verde, de 18/7/2001, COM (2001) 366 final.

[40] Más extensamente en «Participación financiera de los trabajadores y gobernanza corporativa...», en LANDA (Dir.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa,* cit., p. 28 y ss.

[41] Comunicación de 2/7/2002. COM (2002) 347 final.

riencias de CSR, la determinación concreta de sus contenidos se delegue a los códigos de conducta. De prosperar las conclusiones del Foro, se reducirían notablemente las potencialidades innovadoras y transformadoras de una idea de futuro indudable, para convertirse en un mero instrumento de gestión interna en aras exclusivamente de la mejora de la eficiencia de la empresa flexible. El reciente llamamiento por parte de la Comisión a todas las empresas europeas a incorporarse a una «Alianza europea para la responsabilidad social de las empresas» [42] subraya su interés para el buen funcionamiento de la economía de mercado europea pero no avanza sobre la clarificación 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.

A mi modo de ver, es 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 socialmente responsable, es decir, de los socios, clientes, suministradores y trabajadores. Aquí precisamente es donde entra en juego la necesidad de definir el modo de participación de trabajadores y otros «partícipes» de la empresa, que se revele más efectivo a los fines que persigue la *CSR* en la UE.

3. EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA «PARTICIPACIÓN» EN ESPAÑA, LO REALMENTE EXISTENTE Y TENDENCIAS INNOVADORAS

No voy a introducir en este apartado el debate que corresponde desarrollar a otras ponencias. Mi particular opinión sobre la correcta conceptualización jurídica de la participación de los trabajadores en la empresa ya ha quedado reflejado en la introducción de esta ponencia. Mi propósito en este momento es más modesto. Pretendo señalar, lo que, a mi juicio, son algunas líneas de tendencia observables en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico. Tendencias que podrían, a corto o medio plazo, obligar al sistema español de relaciones laborales a realizar una importante revisión de la regulación de los derechos de representación y de participación —con el trasfondo de su posible repercusión en el régimen jurídico-sindical— con el fin de adaptarlo a unos modelos europeos mejor definidos —de lo que hemos observado con anterioridad—. Esta hipótesis sería más creíble, sobre todo, si se realizaran las eventuales consecuencias sobre la participación extraíbles de la idea de la «responsabilidad social de la empresa» que yo mismo aventuraba anteriormente. Así como también, si desde el punto de vista

[42] Bruselas, 22 de marzo de 2006, IP/06/358. Comunicación COM (2006) 136 final.

de la dogmática jurídica acaeciera el nacimiento formal, mejor que natural, del «modelo social europeo».

Para ello analizaré sucintamente los elementos caracterizadores de nuestro vigente modelo regulador, para a partir de ahí exponer lo que, a mi modo de ver, son tendencias innovadoras en la práctica de la participación, que juegan implícita o explícitamente en favor de una reconsideración de lo que podríamos definir como el actual modelo de «implicación no participativa» de los trabajadores en la empresa española.

3.1. El sistema de participación vigente en España

La promoción de sistemas de participación integradora de los trabajadores en la empresa fue práctica corriente en Europa en los años sucesivos a la finalización de la II Guerra Mundial. Los comités de empresa se configuraron como un instrumento de participación en la organización de la producción y gestión de la obra social de las empresas, a veces con facultades de intervención —con voz pero sin voto, excepto en la *Mitbestimmung* alemana, como sabemos— en los órganos de administración de la sociedad y/o en su junta de accionistas [43].

Tal y como contemplábamos anteriormente en esta ponencia, en algunos países europeos, este modelo todavía pervive. Al mismo tiempo que en todos ellos ha tenido lugar, a partir de la década de 1970, la irrupción de la acción sindical en la empresa, originándose modelos de representación y negociación colectiva de los intereses en conflicto, especialmente en los países donde se vivió con más intensidad el fenómeno social conocido como el «mayo de 1968» (« *automno caldo*», en Italia). En algunos casos, estos cambios sirvieron para arrumbar en la práctica el papel de los comités (como sucedió en Italia), y en otros, para completar, o sustituir en lo posible, su práctica de actuación integradora, por otra basada en la acción sindical externa, ajena a cualquier tipo de implicación integradora de los trabajadores y/o de sus representantes en la empresa.

En España, la Constitución republicana, anticipadora de tantos aspectos vigentes de nuestro sistema de relaciones laborales, en cambio, instituía un modelo de participación radicalmente distinto al hoy implantado. Su artículo 46.2.º mandaba al legislador regular la «participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de la empresa». Las comisiones interventoras, o los decretos de colectivizaciones de Cataluña, fueron su resultado tangible; como los consejeros laborales y la Ley 41/1962, de «cogestión» a la española, lo fueron

---

[43] *Vid.* Rivero Lamas. J.: *Participación y representación...,* cit., p. 5 y ss.

durante la época franquista. Y nada más, porque el artículo 129.2.º CE, «norma en blanco, precepto abierto» [44], lo deja todo en manos del poder legislativo [45]. Sin embargo, este último, por prudencia o por imposibilidad, no ha encontrado todavía el momento o la oportunidad política para promulgar una verdadera legislación sobre la participación de los trabajadores en la empresa. Sólo existen retazos de esa participación [46], tal y como vimos con anterioridad en el artículo 64 LET (participación del comité en la gestión de las obras sociales), en las competencias de los comités de seguridad y salud del artículo 39 de la Ley de prevención de riesgos laborales, o en la incentivación fiscal de la adquisición de acciones de la empresa por parte de los trabajadores, cuando la ha habido.

Tal vez, este estado de la cuestión se haya producido por la percepción simple en aquella época —visión interesada, que favorecía tanto la estrategia sindical como empresarial de aquel tiempo— de que una empresa participativa tenía que adquirir necesariamente el estatuto cooperativo (o, con posterioridad, el de la variante de sociedad anónima laboral). O bien, este estado de cosas en nuestro país responda a un respeto nada inocente del modelo de libertad sindical, que se consagra como derecho fundamental y principio esencial del sistema democrático de relaciones laborales. Este hecho impediría o dificultaría seriamente cualquier intento de integración de la acción sindical libre en la administración y dirección de las empresas. Versión que se correspondería con una concepción apriorística del capitalismo de mercado, caracterizado por la máxima del inevitable conflicto de intereses trabajadores-empresarios.

El resultado lógico de esta visión preponderante en nuestra política nacional ha sido la sustitución radical de los órganos y procedimientos de participación por el doble canal de representación (unitaria-sindical) de los trabajadores en la empresa. Estos organismos representativos utilizan opcionalmente las técnicas o productos de la negociación colectiva (convenios y acuerdos de empresa, particularmente importantes estos últimos a partir de la reforma de 1994) para defender su «cuota participativa» en la empresa. Una consecuencia clara de este diseño ha sido la emergencia de una concepción —a mi modo de ver confundi-

---

[44] Cfr. MARTÍNEZ BARROSO, M. A.: «Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación en la empresa», en *TL,* núm. 62, 2001, p. 43.

[45] El reconocimiento constitucional de dicha participación ha quedado minimizado, perdido, sin relieve, ni siquiera ha sido elevado a la categoría de derecho de los trabajadores. Son palabras de RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», en *RPS,* núm. 121, 1979, p. 426.

[46] La regulación del Título II es «el umbral mínimo actual del sistema legislativo de participación», cfr. ALBIOL MONTESINOS, I.: *Comités de empresa y delegados de personal,* Ed. Deusto, Bilbao, 1992, p. 14.

da— de la participación como un «proceso sin solución de continuidad desde la información previa hasta la negociación colectiva» [47].

La centralidad de la empresa en el actual contexto económico-productivo, el cual plantea permanentes desafíos de adaptación-reestructuración a las empresas, ha llevado a una revalorización importante del comité como órgano de «negociación» [48]. A mi modo de ver, lo que subyace a esta línea de tendencia —aparentemente inexorable— en el marco de las relaciones laborales en la empresa es, en muchas ocasiones, la necesidad de una auténtica colaboración en la búsqueda conjunta de soluciones satisfactorias para todos, también para la supervivencia de la empresa, aunque el cauce formal de esa participación colaboradora se denomine —y a veces realmente sea sólo eso— negociación y posible acuerdo. Porque el defecto de un sistema de participación basado en la negociación colectiva es que para que se produzcan los efectos de implicación (del todo lógicos al concepto de participación [49]) hay que, por lo menos, materializarlo mediante un acuerdo jurídicamente eficaz. De otra forma, el «procedimiento de participación» —si no es un eufemismo llamar así a los procedimientos de modificaciones, novatoria, suspensiva y extintiva del contrato de trabajo, regulados por la LET (arts. 40, 41, 47, 51)— se queda en mera consulta informativa, puesto que su preceptiva utilización no equivale a reconocer al comité capacidad de determinación de la decisión empresarial que se adopte.

---

[47] Diagnóstico de la participación en España muy bien definida por Sáez Lara, C.: «La representación colectiva de los trabajadores», en *RMTAS,* núm. 58, 2005, p. 328.

[48] En la misma revista, la situación actual ha llevado a plantear al Profesor Ojeda si no estaremos ante una verdadera crisis de actuación del sindicato frente a la revalorización del comité como único interlocutor válido para las empresas. Cfr. Ojeda Avilés, A.: «La representación unitaria: el "faux ami"», en *RMTAS,* núm. 58, 2005, p. 343 y ss. Para que esto se produjera sería necesaria una auténtica revisión de la doctrina judicial del TC español en torno a la preponderancia constitucional de la representación sindical sobre la unitaria, tal y como declara el Alto Tribunal desde la conocida STC 118/1983 (Casas Baamonde, M. E. y Escudero Rodríguez, R.: «Representación unitaria y representación sindical en el sistema español de relaciones laborales», en *REDT,* núm. 17, 1984, p. 83 y ss.), hasta las STC 95 y 191/1996 (Casas Baamonde, M. E.: «Un debate interpretativo en la jurisprudencia constitucional: representaciones unitarias y...», en *RL,* núm. 15/16, 1997, p. 52 y ss.). Incluso en estas últimas el criterio de la sindicalización del comité es el argumento intermedio —y pacificador— que permite al comité acudir a la vía de tutela en amparo ante el TC. De otra forma, la garantía constitucional de los derechos sindicales no actuaría sobre representaciones unitarias no sindicalizadas, favoreciendo su control por el empresario. Pero al mismo tiempo, esta doctrina judicial invita a que la representación de los trabajadores en la empresa tienda a confundirse con la representación sindical. En definitiva, convierte a la voluntad sindical en el centro neurálgico de cualquier experiencia innovadora en temas de participación que quiera realmente ser eficaz, al menos mientras nuestro modelo constitucional no cambie.

[49] Igual que en la definición utilizada por el Derecho social comunitario, mecanismo capaz de influenciar en una sociedad mercantil, artículo 2 de la Directiva 2001/86/CE.

En definitiva, hay voces que afirman en nuestra doctrina que el modelo de representación colectiva en la empresa no se adapta a la realidad empresarial actual, y que es cada vez más necesario diversificar las vías tradicionales de la acción sindical, y desarrollar las competencias de participación en el ámbito de las decisiones de gestión empresarial [50].

Lo cierto es que, con todo esto y la actualidad de estos temas, el artículo 129.2.º «sigue vivo». Es cierto que el precepto, tal y como está redactado, no impone una determinada fórmula de democracia económica en la empresa [51]. En todo caso, lo que sí es cierto, por su ubicación sistemática, es que pertenece al ámbito de la Constitución económica, y no al campo de los derechos subjetivos. Por consiguiente, su inclusión en esa parte de la Constitución de 1978 persigue un objetivo económico, evaluable por el gobierno y el legislador, muy posiblemente —hay bastantes datos contrastados de que suele ser así— el de contribuir a la mejora de la eficiencia productiva, un rasgo característico de la imprescindible aportación de las empresas a la eficiencia del entero sistema económico. Los modos y límites como deba jugar la participación para alcanzar suficientemente ese objetivo económico corresponde *ex constitutione* determinar a la Ley [52].

Por lo tanto, una segunda consecuencia del todo lógica de esta tesis es que la negociación colectiva podrá intervenir y coadyuvar a ese fin, pero no es el medio. Cuando la negociación intervenga, lo tendrá que hacer supeditada al marco regulador de la ley de participación en la empresa, y en su defecto —como es actualmente nuestro caso— con el límite del contenido «laboral» que le es propio, y que está legalmente preestablecido en el caso, por lo menos, de los convenios estatutarios.

A mi juicio, tampoco la legislación sobre las sociedades mercantiles de la economía social es la Ley de participación que el artículo 129.2.º anuncia. La participación es un instrumento de eficiencia económica para todo tipo de empresas españolas, porque así lo quiere la Constitución (cuyos niveles e instrumentos de implementación serán flexiblemente adoptados por los poderes públicos en función de las circunstancias económicas y productivas). Este objetivo macroeconómico de la eficiencia del sistema está claro, hoy en día, que no puede alcanzarse con la sola contribución de la economía social. Por lo tanto, el déficit

---

[50] Cfr. Sáez Lara, C., *op. últ. cit.,* pp. 322 y 323. Landa Zapirain, J. P.: *Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas,* cit., p. 31.

[51] «No tienen por qué afectar de manera directa y eficaz al núcleo de poder ejercido por el empresario». Cfr. Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical,* Madrid 1995, p. 289.

[52] En este punto, comparto la misma valoración que hace Pedrazzoli, M. sobre el artículo 46 de la Con. Italiana. *Vid. Partecipazione, costituzione economica...,* cit. pp. 443 y 444.

regulador actual me parece evidente, porque la única Ley de participación, propiamente dicha, para las sociedades anónimas que tenemos hoy en España es la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España; ley mercantil cuyo ámbito de aplicación se limita a las sociedades anónimas europeas con sede social en España. Sobre la incidencia de éstas y otras leyes mercantiles en nuestro tema volveré posteriormente.

Por razones prácticas, prescindo en esta ponencia de la consideración de la participación en el marco de las empresas públicas, y también de las pequeñas empresas mercantiles (las que no disponen de un comité de empresa, o de menos de 50 trabajadores, fórmula de medición ésta muy criticable, pero ese es otro tema). El objetivo de mi discurso son las empresas con órganos colegiados de representación y de acción sindical, porque entiendo que el verdadero desafío de la participación de los trabajadores en la empresa flexible se juega, sobre todo, en la gran empresa sociedad anónima, que en la mayoría de los casos se trata de empresas participadas o con capital distribuido por acciones (incluidas las grandes empresas «familiares»).

No obstante —así como, en general, en la mayor parte del campo de aplicación del Derecho del Trabajo—, la pequeña empresa (al igual que la «sociedad unipersonal») supone otra dimensión de las relaciones laborales, que debiera ser regulada con atención particularizada a sus propias características organizativas y productivas, mediante la adaptación de las técnicas habituales del Derecho del Trabajo. Esta regulación singular evolucionará, y con el tiempo, posiblemente haga necesario generar una regulación formalmente distinta de la participación, en función del tamaño e importancia económica de las empresas (tal y como sucediera en Alemania con la progresiva extensión a cada vez mayor número de empresas de los derechos de cogestión). También valdría esa singularidad reguladora para las microempresas, autopatronos, etc., cuando hubiera que articular fórmulas de participación adaptadas (asociativas o cooperativas) a esas sus singulares características.

En cuanto a las empresas públicas, ellas, al menos en teoría, serían un campo más abonado a la participación. Así pareció demostrarlo en su día el novedosísimo «Acuerdo sobre participación sindical en la empresa pública», de 16/1/1986, suscrito por UGT y distintos Institutos y Ministerios del Estado, fruto del cual fue que algunas empresas públicas optaran por la incorporación al consejo de administración de representantes de los trabajadores, mientras que otras optaban por constituir comisiones de seguimiento y control de su actividad[53]. Asimismo, el Acuerdo firma-

[53] Cfr. Martínez Barroso, M. R.: *Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación...,* cit., p. 54.

do por CCOO, UGT y CIG con INI-TENEO , el 22/6/1993, para las empresas públicas del sector metal, donde se preveía la incorporación de representantes sindicales en el órgano de administración de la sociedad pública. Sin embargo, poco o nada ha transcendido de la aplicación, seguimiento, y evaluación de esa participación. Tengo la impresión (con muy pocos datos, justo para una impresión visual) de que no parecen haberse desarrollado prácticas novedosas que hayan alterado el contenido y la dinámica utilización de los instrumentos de la negociación colectiva conflictual. En cambio, estos mecanismos sí podrían haber influido positivamente en la obtención de unos buenos resultado negociadores para los trabajadores de esas empresas durante estos años.

No trato de olvidar la importancia económica del sector público, ni es irrelevante tampoco que su regulación actual presente una configuración «privatizada» de la empresa pública[54], a fin de mejorar su eficiencia económica. Este último factor, sin duda, ha permitido la plena integración de los derechos sindicales en la empresa-organización, así como, posiblemente también en su actividad. Sin embargo, ello no ha impedido que, al menos, cuando la Administración controla el Consejo de Administración, aquélla no evite poder utilizar sus prerrogativas públicas, ni sus poderes exorbitantes como potestad pública, para imponer su razón a la representación de los trabajadores. Posiblemente ello es incompatible con una verdadera gestión participativa, y, por lo tanto, tampoco es extraño que no se estén experimentando en las empresas públicas sistemas de participación especialmente innovadores. Por el contrario, su sistema de relaciones laborales es formalmente idéntico al de la empresa privada. Por consiguiente, no comprenderé en mi reflexión las hipotéticas experiencias innovadoras en las empresas públicas.

El sujeto de mis reflexiones será principalmente la empresa privada, especialmente la sociedad anónima, que organiza un sistema de producción de carácter industrial. En este nivel no hay acuerdos o convenios generales, ni marcos legislativos reguladores de la participación en la empresa. A mi conocimiento, tampoco están previstas novedades legislativas, al menos a corto plazo.

3.2. ¿La negociación colectiva un instrumento de participación?

Las invocaciones al diálogo social son frecuentes en todo tipo de foros (nacionales y europeos), ya sea a nivel macro, como microeconó-

---

[54] La variada gama de entidades empresariales públicas: Entidades Públicas Empresariales (art. 55.1.º LOFAGE); Sociedades Públicas Estatales (art. 6.1.º LGP); Sociedades Mercantiles Estatales (DA 12.ª LOFAGE); además de los entes instrumentales creados por legislaciones sectoriales (la Ley Ferroviaria, por ejemplo), y las Sociedades Públicas, Agencias, etc., creadas al amparo de la legislación autonómica y local.

mico, tanto institucional, como sectorial o de empresa [55]. El ámbito material del diálogo social es igualmente importante en Europa. Se habla de diálogo, concepto genérico que abarca, desde las consultas informales, hasta los verdaderos procesos de negociación de convenios colectivos vinculantes y eficaces.

En nuestro país, la negociación colectiva se fomenta desde nuestro legislador nacional para que sea la fuente primordial de regulación laboral. Además, el diálogo social institucionalizado, al igual que el diálogo informal, desempeñan un papel primordial en la elaboración de la iniciativa legislativa en materia social y en campos conexos. Nuestro 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 ello, de esa aparente preponderancia de la regulación negociada, incluso de la flexibilidad en su instrumentación a través de distintos tipos de pactos y acuerdos de eficacia variable (a disposición de las partes negociadoras), su utilización en la regulación de las cuestiones relativas a la participación directa de los trabajadores, o indirecta, a través del comité o de otras representaciones específicas, están relativamente ausentes del panorama nacional de la negociación colectiva.

A nivel interprofesional, la experiencia de los AINC (desde el de 1997 al de 2005, prorrogado al 2006) no puede ser más decepcionante. No solamente porque han abandonado su función tradicional de instrumento de articulación de los distintos niveles de negociación (desde el AINC 2002), sino porque no han introducido ningún órgano, función o procedimiento de participación en alguna de las dimensiones donde esta participación se puede manifestar (en la organización productiva, en la gestión de la acción social de la empresa, financiera o en la propiedad, en la administración de la empresa o institucional). Con dos excepciones: La primera, la de la estructura salarial, o la mejora de la relación entre remuneración y productividad a través de la determinación de los conceptos salariales variables [56], cuestión que se delega a los interlocu-

---

[55] Por ejemplo, en el «European multi stakeholder forum on CSR», concluido en junio de 2004, al que hemos aludido con anterioridad como el último resultado tangible del proceso de discusión sobre la CSR emprendido por la Comisión europea a partir de su Comunicación del 2002. Entre las 42 recomendaciones del informe final, una se refiere al diálogo social con trabajadores, sindicatos y otros representantes de los trabajadores a nivel de la empresa, «particularmente importante porque son parte de la empresa y actores clave de la CSR».

[56] Cfr. Mercader Uguina, J. R. (Dtor.): *El contenido económico de la negociación colectiva,* CCNC-MTAS, 2005, p. 46.

tores negociales de sector y de empresa. La segunda, la introducción de prácticas de responsabilidad social en las estrategias empresariales... «que ha de contar con el mayor grado de implicación y de consenso» (AINC 2005, Cap. V). Como se puede observar, en realidad tampoco hay una construcción de un mecanismo de participación en sentido propio, salvo, tal vez, en el segundo caso, donde, sin saberse probablemente el alcance y significado que tiene el término «implicación»/ *involvement* en la doctrina comunitaria (que no se limita a comprender las funciones de información y consulta, sino que abarca también a la participación), se está dando posible cobertura a la articulación por los niveles negociadores de ámbito inferior de fórmulas participativas de los trabajadores o de sus representantes en «la introducción de prácticas de responsabilidad social» *(sic)*.

Las tendencias innovadoras en ciertos aspectos de la intervención participativa de los trabajadores —muy limitados aún— se observan mejor, según parece, en la dinámica negocial sectorial y de empresa. En la negociación colectiva sectorial que conozco —la de ámbito vasco— y por lo que confirman estudios recientes sobre el contenido de los convenios colectivos [57], una práctica de codeterminación que se está abriendo paso es la de la determinación de las «tablas de productividad, o de reconocimiento de los complementos o primas correspondientes». En realidad, normalmente se trata de extender a las comisiones paritarias, u otras comisiones mixtas más especializadas surgidas del convenio colectivo de que se trate, funciones de solución de hipotéticos conflictos de aplicación de dichas tablas. El mismo sistema se emplea para otros temas relacionados con la modificación de las condiciones de trabajo, tiempos, rendimientos, organización y sistemas de trabajo [58]. En cualquier caso, se trata de prácticas más bien aisladas de la negociación sectorial y de empresa. Por lo demás, nuestra negociación colectiva está lejos de generalizarse como un mecanismo de «codeterminación» de las cuestiones relativas a la organización del trabajo.

No me cabe duda de que si entendiéramos que esta negociación colectiva, cuando está interviniendo a modo de praxis procedimentalizadora de ciertas decisiones sobre gestión de la empresa (p. ej., reforzando el procedimiento de consulta previsto en el artículo 41 LET, tal y como hemos observado), en realidad está actuando como un mecanismo de

---

[57] Cfr. *Ibídem,* p. 136 y ss.

[58] Cfr. Mendoza Navas, N.: «Los derechos de participación de los trabajadores en los procesos...», en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica.* Ed. CCOO/Tirant lo Blanch, 2006, pp. 242 y 243. La negociación colectiva anticipadora de los efectos sociales de las reestructuraciones sería otro posible modo de participación cooperadora en la empresa; o la participación en los planes y fondos de pensiones, que analizaremos posteriormente. *Vid.* Landa Zapirain, J. P.: *El nuevo enfoque europeo de la resolución...,* cit., p. 55 y ss.

participación en sentido propio, nos veríamos entonces abocados a reconocer esa situación —tan bien identificada y analizada por D'Antona [59] al analizar el caso italiano, muy próximo al nuestro en este punto— de que la negociación colectiva gestionadora era funcionalmente equivalente a la labor típica desarrollada por los instrumentos de participación, pero además era estratégicamente superior a aquélla.

Así sucedería, al menos si la contemplásemos desde el prisma de la valorización de la libertad sindical, ya que de esta manera no quedaría comprometida la acción sindical autónoma. Por consiguiente, la opción reductora de la participación consistente en favorecer el binomio de la acción sindical/y de la negociación participativa supliría consecuentemente la necesidad de implementar nuevas fórmulas de participación ya que sus funciones típicas quedarían subsumidas por la práctica negociadora.

La consecuencia es, siempre de acuerdo con este autor, que si queremos valorizar de algún modo las vías participativas en la adopción de decisiones en la empresa, el único camino es el de recuperar la definición institucional de la participación. Esta conclusión no debe juzgarse como una suerte de alternativa a las vías de negociación/conflicto entre sujetos libres y autónomos, cuya encarnación «cuasi-diabólica» sería la participación institucional. Ni que la participación, ni la negociación, representan cauces antitéticos a la hora de canalizar los intereses de los trabajadores ante la empresa.

En mi opinión, no se trata de volver a resucitar el viejo conflicto entre la «participación cooperativa» (emblemáticamente reflejada en las sociedades cooperativas de trabajo asociado) y la acción sindical libre. Estoy convencido de que, en las actuales condiciones de competitividad para las empresas, la única forma de hacer prosperar la necesidad de la participación de los trabajadores en la dirección y gestión de la empresa es planteando su compatibilidad —seguramente, vía complementariedad— con los tradicionales cauces de la negociación colectiva. De lo que estoy prácticamente convencido es de que, ni la negociación colectiva puede suplir enteramente las fórmulas participativas y su inmenso campo de actuación, ni la participación puede vaciar de contenido el papel del convenio colectivo regulador de las condiciones laborales. En cambio, ambas sí pueden complementarse. Intentaré ofrecer algunos ejemplos de cómo suele producirse esta complementariedad.

La negociación colectiva está utilizando ya en este momento a las comisiones paritarias (u otras de similar naturaleza), inicialmente reguladas para la gestión y resolución de los problemas de aplicación del con-

---

[59] D'Antona, M.: *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione,* cit., p. 140.

venio, en calidad de órgano de participación (en sentido propio, de «codecisión»). Indudablemente, este hecho no puede llevarnos a confundir sus funciones, y querer 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. Ello no obstante, tal y como ya hemos señalado, esa tendencia a la participación es un hecho contrastado en muchas ocasiones.

En cualquier caso, las comisiones paritarias no veo que puedan llegar a constituirse en el cauce adecuado para garantizar todos y cada uno de los ámbitos de participación, que habíamos indicado en la introducción de esta ponencia. Básicamente, porque la introducción de mecanismos de participación no pueden ser debidamente gobernados —y menos aun, garantizados— desde los únicos poderes de la negociación colectiva. Menos aún, se puede gobernar la participación institucional (la verdadera «codecisión») desde la negociación colectiva, incluso aunque se adaptara a través de la oportuna reforma legislativa de nuestro actual sistema normativo sobre negociación colectiva. La razón fundamental, a mi juicio, es porque el contenido de la negociación colectiva es «laboral» (por amplia que sea su interpretación) y su eficacia «temporal». Eventualmente podría servir para regular ciertas fórmulas de la participación en la empresa-organización, pero en ningún caso las de la empresa-actividad.

En efecto, el convenio colectivo podría utilizarse como instrumento para la articulación de ciertos niveles de participación, básicamente en la gestión de la acción social y en la organización productiva, en la medida en que éstas hayan sido objeto de pactos vinculantes y eficaces. Aquí es donde observo que estaría el campo natural de una negociación participativa, pero el límite para avanzar hacia la creación y articulación de nuevas fórmulas participativas para otros ámbitos de la empresa está en el respeto al régimen mercantil del Derecho de sociedades, que es el que regula el funcionamiento de sus órganos de gobierno, y los procedimientos conforme a los cuales se adoptan las decisiones de la empresa.

A mi modo de ver, el ejemplo más paradigmático de lo que afirmo, de los límites de la negociación colectiva como instrumento de regulación de la participación, es la regulación de la participación de los trabajadores/partícipes en los Planes y en los Fondos de Pensiones (y en otras entidades de previsión social voluntaria). Si en el procedimiento de constitución de los Planes la negociación colectiva juega un papel preponderante, en cambio, en el momento de su administración y gestión, aquélla deja paso a órganos de participación estables, creados y regulados legalmente.

En resumidas cuentas, no estoy negando que la negociación colectiva pueda tener su campo de juego en los ámbitos funcionales sobre los que podrían implantarse órganos o procedimientos de codeterminación.

Sin embargo, no puede convertirse en el instrumento de la participación en la empresa en otros niveles de decisión, aquéllos que deberían confiarse a la regulación exclusiva por la Ley, o bien donde su regulación corresponda a la de la norma heterónoma, aunque ésta actúe en combinación con la norma negociada (como sucede ejemplarmente en el caso de los planes de pensiones), porque así lo ha estimado funcionalmente necesario el propio legislador.

En definitiva, no me parece, ni social, ni sindicalmente, conveniente confundir los mecanismos de negociación y los de participación colectiva. Como diría, esta vez, Marcelo Pedrazzoli, «si confundimos los dos términos o mezclamos las dimensiones, no es posible alcanzar la esencia del pensamiento participativo, ni construir precondiciones de la participación coherentes con su realizabilidad» [60].

3.3. La impulsión de factores de innovación favorecedores de la toma en consideración de la participación de los trabajadores en la empresa

El panorama español regulador de la participación en la empresa se ve sometido en nuestros días a la inevitable influencia de ciertas tensiones innovadoras aparecidas en el campo del Derecho mercantil, así como de la legislación laboral (en mucha menor medida que en aquél, también hay que decirlo), sin olvidar los cambios en la práctica de las relaciones laborales, al menos, en aquellas empresas que están integrando mejor los desafíos de la competitividad en un marco de economía globalizada.

En este apartado intentaré abordar lo que, a mi juicio, representan algunas de estas tendencias innovadoras, que actualmente repercuten positivamente en la exigibilidad de una mayor valorización de los instrumentos participativos en la organización, gestión y administración de la empresa.

3.3.1. ¿Son los códigos de conducta un instrumento para la buena gobernanza corporativa?

Una muestra más de las dificultades de la negociación colectiva para influir en la toma de decisiones corporativas la ofrece la proliferación de los códigos de conducta adoptados unilateralmente por las empresas, especialmente en las grandes empresas.

---

[60] Pedrazzoli, M.: *Partecipazione, costituzione economica...,* cit., p. 439.

Los códigos de conducta, en cuanto que técnica de regulación clasificable en esa categoría, extraña a nuestro Derecho, denominada del «soft law», en primer lugar, aparecen en el Derecho Internacional del Trabajo para intentar determinar la conducta (por eso se denominan también «códigos éticos») de las grandes empresas multinacionales [61]. En consecuencia, surgen regulaciones internacionales de carácter voluntario conocidas como códigos de conducta-tipo —en vez de Tratados internacionales vinculantes para los Estados— destinados a las empresas multinacionales, y no directamente a los Estados (que hasta entonces eran los únicos destinatarios de las normas internacionales). A partir de este nuevo fenómeno, muchas de estas empresas multinacionales han adoptado unilateralmente códigos de conducta, lo cual supone asumir ciertas «obligaciones morales» a fin de que sean tenidas en cuenta y respetadas en sus sucursales, filiales, o proveedores, contratistas (en algún caso), etc., de todo el mundo.

Este carácter indiciario del código de conducta empresarial básico, que supone la aprobación de estos códigos-tipo, ha llevado a su vez a la aparición de normativas o estándares generales, con el fin de poder certificar la correcta elaboración e implementación de esos códigos-tipo a través de los códigos de conducta internos adoptados en cada empresa [62]. A partir de ese momento, el fenómeno no hace más que expandirse entre las empresas. Desde las grandes multinacionales hasta las que tienen una actividad transnacional, y en un futuro, tal vez —ése sería el deseo de la Unión Europea [63]—, a todo tipo de empresas, grandes y pequeñas. Una variante de este proceso es la certificación de empresas socialmente responsables, que actúa a la manera de una presión externa, proveniente de los clientes y del mercado, que repercute cada vez más sobre proveedores, y cuya exigencia a requerimiento de las organizaciones de consumidores se extiende como un comportamiento moralmente exigible al conjunto de las empresas manufactureras [64], con independencia de su origen.

---

[61] Referencia ineludible en este caso a las «*Guidelines for Multinational Enterprises*», de la OCDE de 1976, así como a la Declaración Tripartita del Consejo de Administración de la OIT de 1977. Más recientemente, la Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

[62] En relación con la acreditación de la responsabilidad social corporativa (*CSR*) mediante la aprobación de un código de conducta propio a la empresa, las normas standard más conocidas son la SA8000 o la GRI2002. *Vid.* Boiral, O.: «Certificar la buena conducta de las empresas. Retos, problemas y perspectivas», en *RIT,* vol. 122, núm. 3, 2003, pp. 351 y ss.

[63] Resolución del Parlamento Europeo de 1998 titulada «Informe sobre las normas de la UE para las empresas europeas que operan en países en desarrollo: hacia un código europeo de conducta», cit por O. Boiral: *op. últ. cit.,* p. 371.

[64] Cfr. Douglas, A.; Kirk, D.; Brennan, C., Ingram, A.: «Maximizing the benefits of ISO 9000 implementation». *Total Quality Management,* vol. 10, núm. 5, p. 507 y ss.

La irrupción de los códigos de conducta como fórmulas innovadoras para someter a regulación ciertos comportamientos de las empresas que, en determinadas circunstancias, o bien escapaban al Derecho interno de los países donde tienen su domicilio social, o, en otros casos, porque sencillamente ese Derecho era mucho más «flexible» que el de los otros países donde se residenciaba la competencia, ofrece una perspectiva de particular interés para nosotros. Esta es, la de que su adopción puede repercutir también sobre las relaciones internas de la propia empresa, así como influir su estrategia organizativa, con el fin de implicar en el respeto de esos códigos a los trabajadores de la empresa. Estoy pensando, sobre todo, en aquellas empresas con sede en España, o que actúan directamente en nuestro mercado laboral.

No hay que olvidar que esta técnica de 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*.

Tal y como veíamos en el apartado anterior, la clase de implicación de los trabajadores en la configuración y, especialmente, en el seguimiento de los códigos de conducta en Europa, se ha traducido en un planteamiento por parte de las organizaciones sindicales favorable a la necesidad de que estos códigos sean aprobados en el marco de un acuerdo bilateral con los sindicatos o con sus organizaciones internacionales[65]. Además, este planteamiento se ha visto muy favorecido, mayoritariamente en el caso de las empresas europeas, por la Directiva creadora de los comités de empresa europeos, lo cual ha permitido, a su vez, a los trabajadores tener un interlocutor adecuado para esta negociación en el nivel de la empresa o grupo transnacional. Al mismo tiempo, esta normativa europea ha posibilitado utilizar el acuerdo, o pacto de empresa o de grupo de empresas, para la aprobación de códigos de conducta sobre responsabilidad social de la empresa.

Probablemente este resultado haya sido el más idóneo para una regulación realista de la *CSR*, puesto que se trata de una técnica voluntaria y autónoma, coherente con los principios implementadores que está propiciando la UE en relación con la responsabilidad social de las empresas. Cuando menos, la consecución del código 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 (en cuanto que repercute en los intereses de los trabajadores),

---

[65] Para lo cual ha sido fundamental la existencia de la Directiva 94/45, sobre los comités de empresa europeos en las empresas transnacionales europeas (con la debida transposición por parte de los EEMM). Sobre la intervención de los *EWC* en los códigos de conducta de sus respectivas empresas, *vid.* GUARRIELLO, F.: «Le funzioni negoziali del comitato aziendale europeo tra modello normativo e costittuzione materiali: prime riflessioni». *Lav. & Dir.,* núm. 4, 2005.

pero la *CSR* cubre otros objetivos también (externos a la organización de la empresa) como son: desarrollar su actividad de manera respetuosa con el medio ambiente y con el entorno económico-cultural de la empresa, etc. Para estos objetivos, otros grupos de interés, tal vez, deberían haber estado igualmente representados en ese acuerdo, lo cual probablemente nunca podrá ser exigido en tanto no se plantee la creación de un órgano de participación adaptado a esta singularidad de la regulación de la *CSR*.

Otra cosa es si el acuerdo colectivo, por sí solo, es garantía suficiente para que el contenido del código se respete y cumpla en la práctica. Dicho de otra forma, si la intervención de los comités europeos es capaz por sí misma de influenciar la toma de decisiones de la sociedad mercantil sobre la ejecución y seguimiento de este u otros temas [66]. No es mi pretensión desarrollar en esta sede el tema de la coercibilidad de este tipo de códigos, pero desde el punto de vista de nuestro Derecho nacional (cuando sea el aplicable al caso) parece evidente que si aquel código se adoptó en el marco de un convenio colectivo del Título III, su coercibilidad se reforzaría, puesto que, además de la exigencia de la responsabilidad civil derivada de culpa contractual o extracontractual por incumplimiento o por los efectos dañosos derivados del mismo, se abriría el cauce a la posible utilización del proceso especial de conflicto colectivo ante al jurisdicción social.

Al mismo tiempo, tampoco sería óbice para su correcta aplicación la existencia de mecanismos internos de participación de los interesados en aquellos ámbitos del gobierno de la empresa, donde los principios del acuerdo sobre el código de conducta debieran ser respetados, cuando haya que decidir cuál es la estrategia de empresa más coherente con aquél [67]. Por esta razón, entiendo yo, que en el desarrollo de las estrategias de *CSR*, las empresas ganarían credibilidad, si a su aplicación y desarrollo se incorporaran mecanismos de participación de los trabajadores, así como con toda probabilidad también, se implicara a otras clases de agentes externos.

---

[66] Desconozco la existencia en España de trabajos sociológicos sobre las empresas, al igual que los que se realizan en el mundo anglosajón, como el de MARGINSON, P.; HALL, M.; HOFFMANN, A. y MÜLLER, T.: «The impact of european works councils on management decision making in UK and US based multinationals: a case study comparison». *British Journal of Industrial Relations,* vol. 42, núm. 2, pp. 209-233.

[67] De esta participación ya hay ejemplos a nivel comparado: Indesit Company (*vid.* STANGO, A.: «Sistema de relazioni industriali e gestione del personale alla Indesit Company», en *DRI,* núm. 3, 2005, pp. 762 y 763). Veidekke ASA (EWCB, núm. 58, p. 20). Aunque también hay ejemplos de no participación, sino de diálogo social y negociación con los representantes, como fórmula de implicación de los trabajadores en la ejecución de los códigos de responsabilidad social: EADS; AXA (EWCB, núm. 58, 2005, pp. 18, 14 y ss.); Rhodia (EWCB, núm. 57, 2005, p. 16).

Este argumento adquiere aún mayor vigencia en la actualidad, a la vista de la evolución del debate en torno al Código Conthe del buen gobierno de las sociedades cotizadas (sobre el que me extenderé en el subapartado siguiente), que se basa en la «voluntariedad, con sujeción al principio de cumplir y explicar» [68]. Según estos principios, corresponde a las sociedades cotizadas seguir o no las recomendaciones del código, y en caso de no hacerlo bastaría con explicar los motivos pública y razonadamente. En consecuencia, el seguimiento y control de los incumplimientos no correspondería, ni a las auditorías, ni a los organismos reguladores (CNMV, en este caso), sino al consejo de administración o a los accionistas. Resulta sorprendente el revuelo organizado por los principales «managers» de nuestras empresas del IBEX a este respecto, o mejor dicho, resulta revelador de la importancia estratégica de estos códigos de conducta la firme oposición por parte del «management» a modelos de códigos transparentes que favorezcan el control de su labor.

Un mecanismo de participación de los trabajadores, en coherencia con la ley mercantil (por ejemplo, en tanto que intervengan a través de una agrupación de accionistas minoritarios), sería un complemento idóneo para la más adecuada supervisión de los códigos de buen gobierno, a la vez que respetuosa con la voluntariedad y autonomía de las empresas. Esta fórmula de participación en el seguimiento y supervisión del código de conducta empresarial podría ser valorada como una buena práctica del gobierno de la empresa.

3.3.2. Las reglas de la transparencia en el Derecho de las sociedades cotizadas ¿favorecen directa o indirectamente la participación?

Tal y como decía al comienzo de este apartado, la innovación en torno al gobierno de la empresa, o, si se prefiere, en el debate sobre la contribución de los instrumentos de la participación en el buen gobierno corporativo (*corporate governance*) no se origina particularmente por las novedades introducidas en la legislación laboral (donde hay bastante por innovar), sino por las aparecidas en la legislación mercantil.

Desde luego, no me estoy refiriendo a las clásicas sociedades de base mutualista: cooperativas y mutualidades de seguros, o a las más recientes sociedades laborales (no mutualistas, pero sí mancomunadas a estas últimas por su fin de promoción social y acceso de los trabajadores a la propiedad, en la perspectiva del art. 129.2.º CE). Todas ellas repre-

---

[68] Tal y como se defiende también por el Foro Europeo del Buen Gobierno alentado por la Comisión Europea. *Vid. El País* de 17/3/2006.

sentan claros ejemplos de empresas sociales, cuya finalidad es —o, más bien lo era en muchos casos— «la satisfacción de determinadas necesidades comunes a todos los socios» [69].

En efecto, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (al igual que las diversas Leyes autonómicas de Cooperativas) secunda o fomenta el interés empresarial por competir en un mercado cada vez más abierto y exigente, contribuyendo por ello a hacer más flexible su régimen económico y el de las propias relaciones sociales. A este objetivo responden las novedades legislativas aparecidas para favorecer su integración con cualquier otro tipo de asociación capitalista, permitir fusiones especiales, eliminar dificultades para facilitar su presencia transnacional, transformar una sociedad cooperativa en otra capitalista, y al revés también, o la de permitir importantes niveles de plantilla con contratos laborales, indefinidos o temporales [70]. Todo ello se hace compatible con el mantenimiento de los principios de la Alianza Cooperativa Internacional, aún a costa de un cierto retraimiento de la participación de los socios [71].

Si alguna enseñanza habría que extraer de los cambios producidos en nuestra legislación cooperativa es la de demostrar que la competitividad de la iniciativa empresarial no está reñida con el carácter de empresa participativa o cooperativa, y por consiguiente, que lo que parece bueno para unas ¿por qué no iba a serlo para otras sociedades mercantiles?

Sin embargo, el discurso es mucho más vigente e innovador en el marco del debate sobre el Buen Gobierno de las Sociedades, sobre todo si se entendiera este problema de la mano de la garantía del comportamiento socialmente responsable que debiera de exigirse de las grandes sociedades (cotizadas, o no), tal y como se desprende de los Informes sobre la reforma del Derecho de sociedades británico (C&M, *social responsability)* [72].

---

[69] Cfr. Uría, R., Menéndez, A.: *Curso de Derecho Mercantil,* Civitas 1999, p. 1279.

[70] MCC, la primera compañía transnacional de carácter cooperativo en el mundo ha adoptado las tendencias organizativas de las sociedades anónimas que operan internacionalmente para mejorar su competittividad. Cfr. Dow, G. K.: *Governing the firm,* cit., p. 62.

[71] Me resulta particularmente esclarecedor de esta tendencia reguladora de las sociedades cooperativas hacia la convergencia con las sociedades capitalistas, la similitud de modelo de implicación corporativa (ya sea en cuanto a los derechos de información y consulta, como a los derechos de participación) de los trabajadores que emplean ambas Directivas, la de la Sociedad Europea (Directiva 2001/86) y la de la Sociedad Cooperativa Europea (Directiva 2003/72). *Vid.* Alfonso Sánchez, R.: «La Sociedad Cooperativa Europea. Un nuevo tipo social en un escenario complejo». *Noticias de la UE,* núm. 252, 2006, p. 26 y ss. Nieves Nieto, N.: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales.* Ed. CES, Madrid, 2005, p. 71 y ss.

[72] Cfr. Chulia, F. V.: *Introducción al Derecho Mercantil,* Tirant lo Blanch, 18.ª ed., 2005, p. 264.

El debate sobre el buen gobierno de las empresas tiene sus precedentes en los informes Cadbury inglés (1992) y del American Law Institut (1994), e interviene por primera vez en España con el Informe Olivencia (1998) sobre códigos deontológicos de buen gobierno de carácter voluntario, al que siguió el Informe Aldama (2003), el cual abrazaba por primera vez los ideales de la responsabilidad social, al animar a destinar un pequeño porcentaje del beneficio a fines sociales, y que al igual que el Libro Blanco británico plantea reformas legislativas en ese sentido. Así que, por su carácter directamente normativo, la novedad más destacable la constituye, sin duda, la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como Ley de Transparencia, que siguiendo el informe Aldama reforma levemente la Ley de Sociedades Anónimas [73], y de modo más importante la Ley del Mercado de Valores (con dos Órdenes de desarrollo de 26/12/2003 y de 15/12/2004).

En lo que al gobierno de las sociedades anónimas respecta, nos interesa destacar la clasificación de los miembros del consejo de administración en consejeros ejecutivos y consejeros externos, éstos divididos a su vez en dominicales (nombrados o propuestos por accionistas con más de un 5% del capital social), e independientes (que al carecer de aquellas vinculaciones pueden defender los intereses de la masa de accionistas minoritarios) [74].

El último informe en la materia del gobierno de sociedades es el Informe Conthe (enero 2006), que propone un proyecto de código unificado de recomendaciones sobre buen gobierno de sociedades cotizadas. De acuerdo con el espíritu del Informe Winter (2002) sobre la reforma del Derecho de Sociedades Europeo, el informe Conthe prefiere combinar el método de reforma legislativa para lo esencial (regulación del conflicto de intereses) con el de autorregulación mediante un código deontológico de referencia.

A nivel legislativo, ya lo hemos mencionado anteriormente, la última novedad es la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que por primera vez en nuestro Derecho de Sociedades permite romper con el sistema francés de órganos de gobierno: junta de accionistas/consejo de administración, y sustituirlo por el germánico: junta general/consejo de vigilancia/directorio. En este último caso, los representantes de los trabajadores pasarían a integrarse en el consejo de vigilancia, si así se acordara en el órgano de

---

[73] Según el nuevo artículo 127 bis: «los administradores deberán cumplir... los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad», con lo que se pretende decir que transciende el simple ánimo de lucro de los accionistas. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE: «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada», en *RDM,* 2002, núm. 246, p. 1654 y ss.

[74] Cfr. CHULIA, F. V.: *op. últ. cit.,* p. 369.

negociación, o en cualquier caso, si ése fuera el sistema de participación de un porcentaje relevante de la sociedad europea constituida.

En relación con las fuertes polémicas que en este momento acompañan al debate del Informe Conthe, y que hacen pensar que será convenientemente corregido, quisiera destacar lo siguiente: En primer lugar, el informe declara seguir las Recomendaciones de la Comisión Europea (2005/162/CE y 2004/913/CE) sobre consejeros, comisiones del consejo, retribuciones de consejeros y revitalización de la junta general de accionistas. En segundo lugar, el informe propone medidas de reforzamiento, por un lado, de la junta general, que deberá votar individualmente el nombramiento o ratificación de consejeros. Por otro lado, el consejo de administración tendrá entre sus funciones la de hacer observar los principios de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente, y aprobará las políticas y estrategias generales de la sociedad (plan estratégico, de inversiones, nombramiento y cese de altos directivos, etc.). Finalmente, el informe define con carácter no dispositivo la importante figura del consejero independiente [75], el cual se configura como la figura central del modelo de gobierno de la sociedad diseñado en el informe, junto con las comisiones de auditoría, retribuciones y de nombramientos.

Lo que tiene de innovador, hasta el momento, esta legislación sobre la transparencia de las sociedades anónimas, no afecta particularmente al desarrollo de la idea de la *CSR*, como estamos comprobando, pero sí a la de la *corporate governance*. El renovado papel de las juntas de accionistas, la defensa de los intereses de los accionistas minoritarios, las comisiones de supervisión y control, y por último el papel de los consejeros externos (y muy particularmente de los independientes), mayoría en el consejo de administración (que es lo que principalmente se discute desde las empresas del IBEX), ofrecen un panorama muy renovado de la democracia societaria o del gobierno de la sociedad anónima mercantil [76].

Este dato debería hacer reflexionar y, tal vez, lograra cambiar la opinión normalmente negativa de los sindicatos hacia la participación en los órganos societarios [77]. No es sólo porque la participación institu-

---

[75] Recom. 39: «Los consejeros independientes serán elegidos de entre personas de reconocido prestigio y acreditada independencia e integridad personal y profesional», no podrán serlo quienes hayan sido empleados o consejeros ejecutivos del grupo, salvo que hubieran transcurrido tres o cinco años respectivamente desde el cese, o hayan ocupado el puesto de consejero independiente durante más de doce años, entre otros muchos motivos impeditivos (Recom. 40).

[76] Estas consideraciones ya tuve ocasión de plasmarlas en Landa Zapirain, J. P.: *La participación financiera de los trabajadores y los problemas...,* cit., p. 47.

[77] Un dato innovador viene de la decisión de los sindicatos CCOO y UGT de intervenir en su calidad de representantes de los trabajadores accionistas en la junta de accionistas del Banco BBVA. *Vid. El País* de 17/3/2006.

cional o en la administración societaria sirva como instrumento de tutela de la fuerza de trabajo (mejorando la calidad y el tiempo de la información, por ejemplo), sino, y sobre todo, porque la participación permite introducir otras perspectivas —las de la responsabilidad social, para entendernos— a ser consideradas en el gobierno de las decisiones estratégicas de la empresa [78].

Antes y después del Informe Conthe, el consejo de administración continúa siendo el órgano clave (allí se adoptarán las decisiones estratégicas, las más importantes). El artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas (RDLeg. 1564/1989, de 22/12) regula un sistema proporcional de elección de los miembros del consejo, las agrupaciones de acciones que superen «una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del consejo tendrán derecho a designar... en proporción». La participación accionarial podría ser la vía para conseguir una participación institucional de los trabajadores en la junta de accionistas y hasta en el consejo de administración. La designación de un «hombre de confianza» o « *trustee*» como consejero independiente, otra posible vía. Una intervención legislativa que obligue a dar acceso al consejo de administración a una representación significativa de las acciones sindicalizadas pertenecientes a los trabajadores (3% según el *Code de Commerce* francés [79]), otra vía.

3.3.3. ¿Son los planes accionariales, o los fondos de pensiones, instrumentos favorecedores de la participación en la empresa?

En un reciente trabajo mío [80] decía que este marco legislativo, que acabo de describir, sobre la transparencia de las sociedades mercantiles, generaba un clima propicio para que, mediante el fomento público adecuado de prácticas empresariales socialmente responsables, se planteasen, voluntariamente a iniciativa del empresario, o bien a través de la negociación colectiva, la realización de esquemas de participación financiera (EPF), que contribuyesen a su vez a la participación de los trabajadores en el mejor gobierno corporativo de la empresa.

---

[78] «La propiedad debe tener un peso fuerte en las decisiones estratégicas; la representación de los trabajadores deben poder compartir las opciones sobre el largo plazo y en ellas deben ser consideradas las expectativas y los intereses reales de los trabajadores». Cfr. Baglioni, G.: «La nozione di partecipazione dei lavoratori nella direttiva sulla societá europea», en *DLRI,* 2003, p. 173.

[79] Con un bastante complicado sistema de designación de los administradores de la parte accionarial de los trabajadores en el consejo de administración de la sociedad. *Vid.* Germain, M.: *Les structures de l'entreprise et le droit du travail,* cit., p. 131.

[80] Cfr. Landa Zapirain, J. P.: *Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas...,* cit., p. 60.

Los EPF más habituales, en la práctica de nuestro país, son —y por este orden— los Fondos de pensiones que sostienen uno o varios planes de pensiones, y los planes accionariales de adquisición de acciones de la propia empresa. Tal y como veíamos en el subapartado anterior, de estas dos fórmulas de participación financiera, la vía más real (o directa) para poder participar en la administración de la sociedad de capital es la de la participación a través de una cartera de acciones, donde se agrupen las acciones de los trabajadores accionistas con el fin de poder intervenir, ya sea en la junta general, o bien, en su caso, en el consejo de administración. Sin embargo, bien pudiera ocurrir —al igual que en los países del mundo anglosajón [81]— que la estrategia de inversión financiera de los Fondos de Pensiones pudiera llegar a adquirir significativos paquetes de acciones de empresas cotizadas que les permitiera actuar como llave para la adopción de ciertas decisiones, convirtiéndose incluso algún Fondo de pensiones en accionista mayoritario de las mismas. Analizaré separadamente ambas situaciones, siempre desde la perspectiva de posibles estrategias innovadoras a ser desarrolladas respectivamente desde los Planes y Fondos a favor de acrecentar la participación de los trabajadores en la administración de las propias empresas.

A. Los Planes Accionariales

Para una estrategia empresarial de auténtica responsabilidad social, en realidad, bien utilizada, la fórmula accionarial podría ser también una vía para que tuvieran voz y participación societal, además de los trabajadores, otras partes «*stakeholders*» de la compañía. Si antes citaba el ejemplo de CCOO y UGT participando en la junta de accionistas del BBVA, a través de la misma información de prensa también he conocido que la ONG Setem adquirió acciones de INDITEX para intervenir en la junta de accionistas de esta empresa, con el objetivo de transmitir su particular mensaje sobre la necesidad de más responsabilidad social corporativa.

No tengo información actualizada sobre el nivel de implantación de planes accionariales para las plantillas de las empresas nacionales, pero no es una práctica demasiado extendida entre nuestras empresas en relación con la media europea [82]. Aparte de conocer algún caso de parti-

---

[81] En relación con las ESOP americanas, en 1999 se calculaba que el 8% de las acciones de la empresas de USA estaban en sus manos. Y de las alrededor de 7.000 empresas cotizadas en Bolsa, en 1989, más de 1.000 tenían porcentajes significativos sobre el 4% de sus acciones en manos de sus empleados, unas 40 en torno al 20% de participación. Cfr. Dow, G. K.: *Governing the firm,* cit., p. 79.

[82] De acuerdo con el estudio de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo: *Employee share ownership and profit-sharing in the EU* del año 2001, el 19% de las empresas españolas tenían un plan accionarial para sus emplea-

cipación accionarial relevante en alguna de nuestras grandes empresas (CAF)[83], el reparto de las acciones en nuestro país obedece generalmente a un objetivo de mejora retributiva, o de participación en beneficios (particularmente bajo la fórmula de las «stock options» [84]), y no suele constituir una auténtica fórmula de participación en el capital, ni tampoco, por lo tanto, en las decisiones o administración de la empresa.

La conclusión es que España no está cumpliendo correctamente con las recomendaciones de la UE en la materia. La participación financiera es considerada un factor positivo para la consecución de los objetivos de la denominada Agenda de Lisboa (2000), y sigue siéndolo por la Estrategia Europea para el Empleo. En efecto, la Comisión [85] entiende que la participación financiera es un elemento motivador de los trabajadores, al equiparar sus intereses con los de los accionistas y sirve como factor de contratación y fidelización del personal, además de contar con ventajas tales como incrementar la productividad y el empleo, o la participación de los trabajadores. Sobre esta última ventaja, la Comisión afirma que «los efectos positivos de la participación financiera son máximos cuando están bien estudiados e integrados en un contexto general de gestión participativa basada en la cooperación» [86].

El esquema de participación financiera más seguido por nuestras empresas es el de las «stock options», consistente en un contrato mediante el cual se concede a los trabajadores afectados un derecho de compra de acciones de la empresa a un precio determinado durante un periodo concreto. Las «stock options» parecen una variedad de un plan de acciones, sin embargo la Comisión Europea las diferencia de éstas, porque, según el esquema que se articule para su concesión por parte de

---

dos, pero sólo el 26% de entre ellas cubría a un porcentaje de la plantilla superior al 50%. En cambio un 25% tenía esquemas de participación en beneficios, es este último caso el 52% de las mismas daban cobertura a más del 50% de su plantilla.

[83] En CAF el 22,5% de las acciones están en manos de sus empleados a través de una agrupación de acciones denominada «cartera social» (de disposición de venta limitada a la propia autocartera).

[84] Según información de las páginas económicas de el diario *El País* de 20/10/2002, que reproduce datos de la consultora Watson Wyatt, de las empresas del IBEX, el 59% tenía planes de la modalidad de «stock options», reservados generalmente a altos cargos directivos, mientras que sólo el 16% utilizaba esta u otra modalidad de participación en beneficios para toda la plantilla.

[85] Informes Pepper I y II; Recomendación del Consejo de 27/7/1992, y Comunicación de 5/7/2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores (COM (2002) 364 final).

[86] Cfr. Comunicación del 5/7/2002, cit., *supra,* p. 7. Igualmente se afirma que la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa puede influir en la modernización de la organización del trabajo, lo cual contribuye a mejorar la competitividad de las empresas europeas y la empleabilidad de sus trabajadores. Cfr. Libro Verde de la Comisión «Coperación para una nueva organización del trabajo» (COM (1997) 128) cit. *supra.* p. 16.

la empresa, muchas veces no implican una auténtica posesión real de las acciones de la empresa.

Además, y de acuerdo con nuestra jurisprudencia [87], sin embargo las «stock options» tienen carácter salarial una vez que el derecho de compra haya sido ejercitado por parte del trabajador. No obstante, el tema se complica al tener que demostrarse, en base a las circunstancias concretas de cada esquema establecido, la existencia o no de esa causa laboral justificativa de que el beneficio derivado al trabajador del ejercicio de su derecho sobre las «stock options» está vinculado a la actividad laboral realizada por el empleado (la necesidad de demostrar esa causa laboral perturba la solución a dar a situaciones tales como el pretendido ejercicio del derecho de compra una vez extinguido el contrato laboral, problema que no se daría si el trabajador fuera un verdadero titular o adquirente de tales acciones). Estos y otros problemas han hecho reclamar a nuestra doctrina la necesidad de un tratamiento específico de las «stock options» al margen del artículo 26 LET [88].

La situación existente en nuestro país en torno a estos EPF [89] es una muestra representativa del escaso interés de nuestro legislador por propiciar la participación en el capital por parte de los trabajadores (limitándose, cuando lo ha hecho, solo a incentivarlo fiscalmente). En el caso particular de las «stock options» es además una consecuencia contraproducente para el interés de los trabajadores, porque no debe escapar a los laboralistas que esta fórmula aparece especialmente interesante para evitar riesgos irrazonables a la debida garantía de las remuneraciones de los trabajadores [90], por ejemplo, derivados de la pérdida de valor de las acciones, especialmente si vienen acompañados de una crisis del empleo.

Una regulación adecuada de la participación accionarial debe partir de la consideración básica de que las acciones no son salario, ni pueden reemplazarlo total o parcialmente, su función es otra, complementaria

---

[87] La importante STS (Soc.) de 24/11/2001, y el muy buen comentario de Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», en *Aranzadi Social,* núm. 5, 2002, p. 51 y ss. Jurisprudencia que completarían las STS (Soc.) de 4/2; 10 y 11/4; y 1/10, todas del 2002, comentadas por Gutiérrez-Solar, B.: «Las stock options: naturaleza, estructura y cómputo a efectos de la indemnización por despido», en *RL,* núm. 3, 2003, p. 35 y ss.

[88] Cfr. Alzaga Ruiz, I.: *Las stock options,* ed. Civitas-Thomson, 2003, p. 151. Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «Nuevas cuestiones en materia de stock options: el ejercicio de las stock options en caso de despido improcedente y...», en *AL,* núm. 3, 2005.

[89] Que tampoco se mejora por la práctica de los convenios de empresa, que siguen anclados mayoritariamente en la tercera paga de beneficios, y algo más en los sistemas de complementos variables de productividad (sistemas de *gain-sharing*), pero prácticamente ninguno (CC de Oerlikon Soldadura, S. A.) regula esquemas de participación accionarial. Cfr. Mercader Uguina, J. (Dir.): *El contenido económico...,* cit., p. 158 y ss.

[90] Otra fórmula empleada con este fin sería la de calcular las ganancias sobre las plusvalías de las acciones pero sin poseerlas realmente, *actions fictives.*

de la remuneración del trabajo, pero desligada de la misma, porque de otra manera estaríamos poniendo en cuestión la ajenidad del contrato de trabajo, por la cual la remuneración salarial se debe con independencia de los resultados y beneficios empresariales.

La mejor manera de evitar este peligro de incoherencia jurídica es considerar a los planes sobre acciones como una modalidad de la participación institucional de los trabajadores en la empresa, función principal que se acompañaría de otra accesoria, de esquema de ahorro voluntario a largo plazo (objetivo la jubilación, muerte o la resolución del contrato), así como de seguridad en el trabajo (en tanto que accionista con representación en los órganos de la sociedad). Lógicamente esta participación institucional no podría llegar a significar —según la muy conocida doctrina del Tribunal constitucional alemán en la materia [91]— que los trabajadores alcanzasen la mayoría del consejo de vigilancia —o trasladándonos a nuestro vigente Derecho mercantil, ni del consejo de administración—, porque en ese caso estarían ejerciendo con sus decisiones el poder y las funciones del empresario, y el vínculo societario prevalecería sobre el laboral, tal y como sucede —desde la lógica jurídica formal— en las sociedades cooperativas. En tal caso, no habría ni ajenidad, ni dependencia para los trabajadores accionistas.

Por otra parte, ésta supongo que es también la perspectiva europea. La participación es una buena, muy buena fórmula podríamos añadir, de implicación de los trabajadores —en el sentido de capacidad para influir en las decisiones— en la empresa, incluso para devenir copropietarios, pero no para hacer que las empresas se autogestionen por sus propios trabajadores, o se conviertan en sus propios empresarios. Por lo tanto, tampoco podríamos hablar de corresponsabilidad en la marcha de la empresa, ya que las funciones de dirección y de ejecución siguen separadas, y se coordinan con la determinación de las condiciones de prestación del trabajo a través de los instrumentos de la negociación colectiva y de la acción sindical, en su caso. La participación no transforma la práctica de las relaciones laborales de la empresa capitalista, sino que la «complementa» [92], influyendo en las decisiones y en la administración de la empresa, aumenta la implicación (en cooperación con los responsables de dirección) de los trabajadores, y por pura lógica —comprobada repetidas veces por estudios de sociología laboral e industrial— la productividad [93], sobre todo si los resultados también premian esa superior implicación.

---

[91] Sentencia de 1 de marzo de 1979 del Bunderverfassungsgericht. *Vid.* PEDRAZZOLI, M., *op. últ. cit.,* p. 446.

[92] *Vid.* D'ANTONA, M.: *Partecipazione...,* cit., p. 150.

[93] «El impacto sobre la productividad es aún mayor cuando los trabajadores están bien informados sobre los asuntos internos de la empresa, si existe una buena comunicación

B. Los Fondos de Pensiones

La regulación en España de los Fondos de Pensiones probablemente tenga poco que ver con la actividad de los Fondos de Pensiones americanos como instrumentos de inversión financiera, por lo menos en este momento. La Ley de Planes y Fondos de Pensiones (RDLeg. 1/2002, de 29/11, y el Real Decreto 304/2004, de 20/2, su desarrollo reglamentario) da prioridad exclusiva al fin de la garantía de las pensiones complementarias que constituyen su objeto (art. 8.6.º) sobre cualquier otra consideración de participación financiera. Otro tanto podríamos añadir de los fondos financieros cuya gestión se encomienda a las Mutualidades de Previsión Social (Cap. VII de la Ley 30/1995, de 8/11, de ordenación y supervisión de seguros privados, y Real Decreto 1430/2002, de 27/12, su desarrollo reglamentario), en las que por su carácter mutualístico se convierten, sin embargo, en un instrumento de participación por definición. Aunque el papel de la participación no sea comparable entre ambas instituciones de gestión de fondos, ello no obstante, también en los Fondos de Pensiones la regulación que hace la Ley de la participación de los trabajadores puede llegarlos a convertir en un instrumento de participación financiera en la empresa.

En primer lugar, la intervención de los trabajadores se produce ya en la propia constitución y posterior gestión de los Planes de empleo. Estos son fruto de un acuerdo de negociación colectiva, y de acuerdo con su Ley reguladora, el convenio colectivo podrá establecer la distribución de la representación laboral en las comisiones de los planes, así como en la comisión de control del Fondo de Pensiones. En segundo lugar, la participación es consustancial a la composición de los organismos de gestión y de control de los Planes y, en menor medida, de los Fondos de Pensiones. El artículo 63 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones establece que la Comisión de Control del Fondo de Pensiones se compondrá de representantes de las comisiones de control de los Planes de Pensiones integrados en el Fondo.

A pesar del carácter lógicamente conservador de la política de inversión de los Fondos de Pensiones, que exige un nivel suficiente de diversificación inversora y de límites precisos a los porcentajes de capital invertidos (art. 16 de la Ley, y arts. 69 y ss. del Reglamento sobre los Planes y Fondos de Pensiones), el caso es que el Fondo de Pensiones puede adquirir hasta un 5% (en USA es hasta el 10%) de títulos avalados o emitidos por una misma entidad (por ejemplo, en títulos valores

---

con la dirección, y si los trabajadores toman parte en el gobierno de la empresa y en sus decisiones». Cfr. PEROTIN, V., ROBINSON, A.: *Participation aux bénefices et actionariat salarié: les éléments du débat.* Parlement Européen, Direction générale des études, série Affaires sociales, SOCI, 2003, p. 109.

o participaciones de la propia empresa), siempre que ello no suponga que más del 10% de los activos financieros del Fondo están invertidos en la misma entidad (o grupo) (art. 74 del Reglamento). Estas decisiones de inversión financiera las podrá adoptar la entidad gestora del Fondo a instancias de su comisión de control (órgano en el que están representados los trabajadores).

A mi modo de ver [94], la participación de los trabajadores en la gestión de los Fondos de pensiones, y más concretamente en su política de inversión financiera, al amparo de su legislación específica, habilita una nueva vía de participación financiera en la empresa. Su viabilidad no necesariamente exigiría la intervención previa de la negociación colectiva (siempre aconsejable, por el interés de ambas partes), pero sí sería necesario que los firmantes de los acuerdos representasen, a su vez, a los componentes de la comisión de control del Fondo. De esta forma, la representación de los trabajadores podría convertirse a estos efectos en un órgano de participación en la estrategia financiera de la empresa, e intervenir en la elaboración de ciertas decisiones de carácter estratégico de la empresa, en donde el elemento de la inversión financiera de los activos del Fondo juegue a cambio de otro tipo de decisiones en interés de los propios trabajadores, quienes actuarían, en este caso, en su doble condición de partícipes del plan de pensiones y de asalariados de la empresa.

Por otra parte, en el caso de que las Entidades Gestoras de los Fondos de Pensiones actuaran como instituciones de inversión colectiva (Ley 35/2003, de 4/11, de instituciones de inversión colectiva), podrían eventualmente participar en las juntas de accionistas de las empresas cuyas acciones hayan adquirido con una estrategia de intervención acorde a los intereses de los partícipes de los Planes de pensiones, a quienes representan. Esta intervención mejoraría, sin duda, el gobierno de las sociedades cotizadas y favorecería su responsabilidad social.

3.3.4. Una política de Recursos Humanos innovadora más acorde con la participación cooperativa en la organización del trabajo

Una de las tendencias «innovadoras» más claras en este momento, por su vocación de generalización entre las grandes y medianas empresas, es la relativa al nuevo enfoque de la gestión de los recursos humanos de la empresa. Los sistemas (toyotistas [95]) *TQM («total quality manage-*

---

[94] Como ya dejé plasmado por escrito en relación con la financiación de las medidas de acompañamiento en las decisiones reestructuradoras de empresas. *Vid.* LANDA ZAPIRAIN, J. P.: *El nuevo enfoque europeo de la resolución...,* cit., pp. 57 y 58.

[95] Tendencias innovadoras analizadas, entre nosotros, por RIVERO LAMAS, J.: *Participación y representación...,* cit., p. 499 y ss.

ment»)[96], los protocolos y normas para gobernar una producción de calidad total (ISO u otras), basadas en una organización del trabajo en «círculos de calidad», «grupos por áreas de especialidad», «rings», «circles», etc., favorecen la mejora permanente y la gestión de las propias competencias respecto de clientes o proveedores, incrementan la calidad de la producción, a la vez que normalmente favorecen la revalorización del factor humano: reconocimiento de su capacidad, su polivalencia funcional, su progresión profesional a través de sistemas de formación continua/promoción interna, etc. En cualquier caso, estos sistemas de producción cualifican al factor trabajo, lo cual es un signo de mejora de la empleabilidad futura del trabajador concernido en el mercado de trabajo. Además, estos sistemas sitúan los RRHH en 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.

Por otro lado, la generación de sistemas productivos basados en el *«know how»,* centrados en una fuerte valoración de los RRHH, provoca un incremento de la acción social de la empresa hacia sus empleados, con el fin de favorecer su adaptación al modelo de producción, la conciliación de su trabajo con sus expectativas o necesidades familiares y formativas (así como culturales, sociales o recreativas), favoreciendo su satisfacción personal e identificación con su empleo y con su empresa (fidelización). En última instancia, tal y como establece nuestro artículo 64.1.º-10 LET, 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. Se trata de ámbitos para la gestión participativa que perfectamente podrían ser gobernados desde la negociación colectiva, preferiblemente la negociación colectiva a nivel de empresa.

Estas tendencias innovadoras en políticas de personal abren cauces importantes a la participación en los ámbitos de la organización productiva y en la gestión de la acción social de la empresa, creando órganos específicos de participación en materias concretas, o bien, canalizando la orientación de los cambios (*monitoring*) y su gestión a través de los acuerdos de negociación colectiva. Por razones prácticas, sin embargo, diferenciaré el tratamiento de ambos ámbitos participativos: el de la organización de la producción y el de la gestión de la acción social.

---

[96] Además de esta conocida teoría de gestión de RRHH podríamos hablar también de la «Competency-based Organization», con fuerte repercusión sobre el sistema de remuneración; «High Performance Work Systems», en cambio, pivota sobre la participación del empleado en proceso de adopción de decisiones relativas a la producción, distribución, provisión, etc. *Vid.* STONE, K. W.: *From widgets to Digits. Employment regulations for the changing workplace.* Cambridge, 2004, pp. 99-110. CAPELLI, P. & NEUMARK, D.: «¿Do High-Performance Work practices improve establishmentes levels outcomes?, en *ILRR,* vol. 54, núm. 4, 2001, p. 737 y ss.

A. El reflejo en la política de gestión de los RRHH de los desafíos de la competitividad globalizada

La tendencia hacia una organización del trabajo basada en la cooperación y el interés común (*partenariat*), auspiciada desde la Comisión Europea con esa llamada a la «flexi-seguridad», capaz de conciliar las necesidades de la empresa flexible con la seguridad y la defensa de los puestos de trabajo, a través de una organización del trabajo más productiva, participativa y cualificante [97], ha tenido un seguimiento irregular por parte de los EEMM [98]. En España, esa tarea de organización flexible del trabajo (arts. 40, 41, etc., LET) no ha propiciado reformas legislativas favorables a la participación, sino que siguiendo nuestro modelo tradicional de información, consulta, negociación (con o sin acuerdo), se ha derivado hacia los instrumentos de la negociación colectiva la posible gestión participativa de la misma [99].

Muchas compañías europeas (y españolas) han puesto en marcha el protocolo de organización del trabajo de la EFQM (*European Foundation for Quality Management* [100]). El modelo de organización productiva que fomenta la Fundación incorpora una metodología que tiene como principios de actuación: la creatividad, la innovación, la transparencia y el «partnership», o lo que es lo mismo, el desarrollar alianzas que añadan valor, hacia dentro (inspirada en una ética de igualdad y de justicia hacia las personas de la corporación industrial, empleados y managers), como hacia fuera, hacia su entorno social y medioambiental.

Como se puede observar, el modelo teórico se inspira claramente en los objetivos de la *CSR.* Sin embargo, la metodología EFQM no parece que vaya a indicar por sí misma un cambio de tendencia hacia la plena

---

[97] Libro Verde «Cooperación para una nueva organización del trabajo», Boletín de la Com. Eur., Supl. 4/1997, cit., p. 5.

[98] La reforma Riester de la Bundesverfassungsgessetz, en junio de 2001, ampliando los derechos de codeterminación a nuevas áreas de la gestión de RRHH (asignación de formación continua ante la falta de titulados para determinados puestos, gestión de los cambios y reestructuraciones mediante el nombramiento de un experto sindical en empresas de más de 300 trabajadores, o en cualquier materia en caso de que así sea solicitado por el 5% del personal). *Vid.* EIRR, núm. 333, 2001, pp. 27 y 28. Reforma fuertemente contestada por la patronal alemana, que ahora mismo añade la critica a los derechos de cogestión en el consejo de vigilancia.

[99] Con resultados bastante pobres, a juzgar por los resultados obtenidos del análisis de esos convenios colectivos. Cfr. MENDOZA NAVAS, N.: «Los derechos de participación de los trabajadores en los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo», en ESCUDERO, R. (Coor.): *La negociación colectiva...,* cit., p. 229 y ss. Algo más incisiva ha sido la negociación colectiva, sectorial y de empresa, a la hora de condicionar los sistemas de clasificación profesional y la valoración de los puestos de trabajo, y no precisamente en favor de su flexibilización. *Ibídem,* p. 447 y ss.

[100] Esta iniciativa privada de un amplio grupo de empresas europeas (más de 800), que también otorga premios de calidad entre sus asociados.

incorporación de los trabajadores en la empresa-actividad (un co-management, más o menos comparable a la cogestión alemana). Por el contrario, el modelo se orienta exclusivamente hacia una nueva organización del trabajo, cuyos fundamentos serían —y ahí está su potencial innovador— 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 uno, la innovación y mejora permanente de los procesos productivos, en un entorno de seguridad e igualdad. Pero los estándares salariales seguirán siendo garantizados por el procedimiento de la negociación colectiva, de ninguna manera se pone en peligro el modelo tradicional de representación-negociación.

Sin embargo, yo dudo de que esta metodología pueda funcionar sin un esquema de participación *ad hoc* conciliable con la estrategia sindical reivindicativa/negociadora. Tarde o temprano, estos sistemas de organización productiva, orientados por la meta de la mejora continua de la competitividad, deberán pasar por «buenas prácticas» que impliquen el acuerdo previo con los agentes sindicales representativos en la empresa, como el que se produjo en el conocido caso del acuerdo de producción GM (General Motors) -UAW (United Auto Workers) (1985-1999) para fabricar un modelo de coche diferente (pequeño utilitario) con un modelo de gestión de producción diferente, capaz de hacer frente a la competencia internacional, con un diseño propio de máxima calidad, ideado y montado en USA, el llamado proyecto «Saturn» [101].

El interés de estas nuevas tendencias en la organización de la producción y de su repercusión en las políticas empresariales de RRHH es innegable, aunque no siempre se planteen sobre el incremento de la participación de los trabajadores. El problema está no en su interés —que me parece indiscutible desde una perspectiva simplemente humanista del Derecho— sino en su credibilidad, cuando su implantación

---

[101] Muy bien estudiado en RUBINSTEIN, S. A. y KOCHAN, T. A.: *Learning from Saturn,* ILR Press, Cornell Univ. Press, 2001, p. 156. En el proyecto de construcción del coche saturn se trabajaba en equipos autodirigidos y coordinados en red, en dos factorias de GM, en la de Spring Hill y la de Wilmington, contando con la participación en las decisiones de negocio a todos los niveles de la red de los sindicalistas de la unión local de la UAW, en partenariado con el management de dichas factorías. Los sindicalistas participaban en comités paritarios formalmente constituidos a distintos niveles (rings) para codecidir por consenso temas tales como: proceso de selección del diseño del producto, elección de proveedores, de distribuidores, selección de tecnologías, precios, plan de negocio, formación, presupuestos, calidad, mejora de la productividad, diseño de los puestos y competencias, reclutamiento, mantenimiento e ingeniería. Se exigía discreción (secreto) sobre inversión y decisiones sobre nuevos productos. De hecho, y como consecuencia de esta participación, el resultado fue que muchos sindicalistas ocuparon durante el proceso puestos de dirección y cubrieron funciones manageriales.

tarde o temprano se acompaña de reestructuraciones, empleos de baja calidad, o mal remunerados, en definitiva de un entorno de inseguridad laboral. Que los trabajadores son los que están más cerca de los problemas de la organización del trabajo, y que su implicación/participación en su solución es el camino correcto, es una constatación difícilmente cuestionable. La cuestión central es la de cómo resolver esa paradoja en que incurre la empresa moderna que busca el compromiso y la cooperación de sus RRHH a la vez que no les puede garantizar la seguridad de sus empleos [102].

Una idea interesante es la del «employability contract» [103], por el que la empresa ofrecería su compromiso de mejorar permanentemente la empleabilidad de su trabajador y ayudarle a encontrar un nuevo empleo mientras que la empresa no desapareciese. En definitiva, a la seguridad del empleo le sustituiría la seguridad en la empleabilidad futura de esa persona. Otra idea interesante, para conseguir el compromiso y la cooperación del trabajador, es la de que hay que confiarle responsabilidades típicas de la experiencia de un propietario de la empresa *: autonomy, voice, and profit-sharing* [104].

En mi opinión, estamos culturalmente —y jurídicamente— bastante lejos aún de los cambios que originarían la aplicación de este tipo de ideas en nuestro sistema de relaciones laborales. La primera, me parece perfectamente comprensible en una estrategia de *CSR*. La segunda, se correspondería —en mi opinión— con una cierta visión de la participación en el capital.

El problema es el de hacer asumibles esos compromisos al empresario, cuya responsabilidad debería quedar comprometida con plenas garantías para el trabajador. La técnica contractual es impecable a estos fines, pero un contrato de trabajo que incorporara una condición, o un «precontrato», sobre un futuro empleo en principio inexistente, ¡un contrato sobre «futuros»! La técnica a desarrollar se me antoja, en una primera aproximación, bastante «insegura», o es que, en definitiva, ¿estamos hablando, una vez más, de códigos morales de conducta? No es este el lugar, ni el momento para discurrir sobre esa posibilidad, lo que sí me parece más factible, sin embargo (con lo cual no quiero decir que me parezca mejor garantía), es plantear la segunda idea a través de

---

[102] «La contradicción de requerir la cooperación de los trabajadores pero sin tolerar la estabilidad que la condiciona». Cfr. COUTROT, T.: *Critique de l'organisation du travail*. Ed. de la Découverte, 1999, traducida por A. Idoyaga en la Revista *Lan Harremanak,* núm. 3, 2000, p. 107.

[103] Cfr. KANTER, R. M.: *On the frontiers of management,* 1997, p. 192. Cit. by STONE, K., *op. últ. cit.,* p. 111.

[104] Cfr. KLEIN, J.: «The paradox od quality management: Commitment, Ownership and Control». Cit. by STONE, K.: *op. últ. cit.,* p. 112.

la articulación de un «contrato de participación» integrado en un EPF sobre el capital. Esta solución sí me parece más aprovechable, y además coincide con el objeto de nuestro debate actual, la incentivación de fórmulas participativas.

B. En concreto, la revitalización de la acción social en la empresa

Una clara consecuencia de la proliferación de las nuevas políticas de RR.HH. es la revalorización de la acción social de la empresa. En efecto, este fenómeno (distinto al de la clásica acepción de la obra social del empresario, a la que no me refiero aquí) viene muy ligado a los nuevos sistemas de remuneración, obedece a veces a razones fiscales, o se corresponde con incentivos o sistemas de retribución variable. No son éstas las manifestaciones que me interesa resaltar, en este caso, para ilustrar nuestra ponencia.

En cambio, en ocasiones, también su utilización responde a compromisos (u operaciones de buena imagen corporativa) [105] derivados de los «códigos de conducta», o de la *CSR* [106]. Aunque nos podamos referir también a lo que en terminología anglosajona se denominan *fringe benefits* (beneficios marginales o accesorios, por definición, de naturaleza extrasalarial puesto que no responden a la retribución del trabajo), normalmente me estaré refiriendo a aquellas actividades financiadas por la empresa, por motivos inicialmente altruistas, que repercuten positivamente en la aceptación social de la actividad de la empresa, por un lado, y/o en la mejora de la satisfacción en el trabajo por parte de sus empleados, lo cual contribuye normalmente a la mejora de la productividad (préstamos vivienda, estudios, seguros sanitarios, pensiones complementarias, servicios culturales y de ocio, o medidas de *outplacement*, si se diera el caso; especialmente importante si se aplica a programas formativos de adaptación a las innovaciones tecnológicas [107]).

Lo realmente interesante es intentar averiguar si a esta acción social —que también se ejerce hacia fuera, sobre el entorno social y cultural

---

[105] Por *El País* de 11/3/2006 averiguo que el BBVA destinó, en el 2005, 46,5 millones de euros (un 21% más del año anterior) para atender objetivos culturales, desarrollo de las ciencias sociales, formación, salud, medio ambiente, asistencia social y promoción de la responsabilidad corporativa.

[106] Sobre la clase y variedad de la acción social de la empresa en nuestro país, véase el exhaustivo trabajo de M. C. García Arce, en García Arce y Prieto Juárez: *Acción Social en la Empresa.* Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 283 y ss.

[107] *Vid.* Gladstone, A. & Ozaki, M. (comps.): «Participación de los trabajadores en la empresa, nuevas tecnologías y programas de formación». Informes de la OIT. Ed. Ministerio del Trabajo, 1994.

de la empresa— se está acompañando una simultánea revalorización de la participación de los trabajadores en la gestión de la misma (como decía al principio, la única materia que nuestro legislador asigna a la participación del comité de empresa), y, por consiguiente, con hipotéticas facultades de codeterminación de su gestión. Sin que conozca la existencia de ningún estudio de campo sobre esta cuestión particular, la impresión que tengo es justo la contraria [108], la de que su progresiva proliferación va acompañada de mecanismos de individualización de estas percepciones, justo lo contrario de una gestión colectivamente participada de las mismas.

Nos encontramos ante otro tema, en hipótesis, para la negociación colectiva —a la que remite precisamente el art. 64,1.º-10 LET— donde la participación no ha conocido por el momento una impulsión más importante. Este dato me hace reflexionar, y es que si la participación en la gestión de la acción social (un valor en alza, como decíamos) se abandona a una fórmula de gestión individualizada de las ventajas accesorias que constituyen la acción social de la empresa, se está produciendo una tendencia a la intervención de otras fórmulas de participación no sindicalizadas, que pueden jugar, a no muy largo plazo, como alternativa a la negociación colectiva, curiosamente en el único campo donde la Ley disponía la intervención del comité como órgano de participación[109].

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los estudios sobre las relaciones industriales en el mundo desarrollado (especialmente en el mundo anglosajón, aunque con menos claridad en el centro y norte de Europa) indican una tendencia hacia el declinar de la afiliación sindical. Sin embargo, esta tendencia coincide, de manera bastante marcada, con otra tendencia hacia una mayor involucración de los sindicatos en los asuntos de la empresa, ya sea por el canal de los mecanismos de participación en la administración (con influencia directa o indirecta en los órganos societarios), o por la vía de

---

[108] *Vid.* Mercader Uguina, J.: *El contenido económico de la negociación...,* cit., pp. 101 y 102. Muñoz Ruiz, A. B.: «Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva», en Escudero Rodríguez, R.: *La negociación colectiva en España....,* cit., pp. 471 y 472.

[109] Tal vez no sea una casualidad que en una empresa con un plan de participación accionarial como es CAF, su convenio colectivo de empresa, sin embargo, sí regule amplias atribuciones de codeterminación a su comité: un grupo técnico paritario para estudios de mejora de la productividad, gestión de pagos de dietas, becas para la formación, horas extras..., asimismo el comité codetermina decisiones sobre cambios de movilidad funcional, o jornada (tiempos de paro y espera), resolución de contratos temporales, incapacidad temporal, subcontratas, exámenes de promoción interna, servicios de comedor, transporte, y restos de la obra social, como la gestión de la caja de socorros.

la participación accionarial (*share's ownership*), o también, a través de su implicación en los programas de participación establecidos en la organización de la producción. Esto es especialmente cierto en USA [110], al mismo tiempo que forma parte de una realidad fuertemente «institucionalizada» por la Ley en Alemania (modelos de «codeterminación» y de «cogestión»), y ocurre generalmente en la industria japonesa, aunque de una forma escasamente «institucionalizada», dependiendo más bien de los usos y de la cultura social de las empresas japonesas.

Sin embargo, en USA, la percepción mayoritaria sigue siendo la de que solamente los accionistas están legitimados para influir en las decisiones del «*management*». Mientras que en muchos países europeos esta perspectiva «neoliberal» pura se tiende a completar reconociendo a su vez —indirectamente, o bien directamente, por ley— un «derecho» de los trabajadores a influir, o a orientar (*monitoring*), los procedimientos decisorios del «*management*» [111]; al igual que, cada vez más a menudo, este derecho es ejercido, por la vía de hecho generalmente, por otros sectores de influencia, como son, los bancos, suministradores o clientes.

Los intereses de los grandes actores de la economía global (multinacionales y grandes empresas) están ejerciendo una presión evidente (muy visible en Alemania, por ejemplo, donde las presiones para reformar el sistema de «cogestión» son cada vez mayores [112]) en favor de la generalización del modelo anglo-sajón de gobernanza corporativa. Estas presiones son especialmente inquietantes para los defensores de un modelo social propio a escala europea, que incluya una estrategia de responsabilidad social y de participación cooperativa para las empresas europeas. En última instancia, la exigencia de la participación de los trabajadores en su empresa es una cuestión de equidad y de defensa de los valores cívicos de nuestra sociedad occidental [113], porque si los propietarios-accionistas pueden proteger sus intereses a través de una responsabilidad limitada a su participación en el capital social de la empresa y de una correcta diversificación de su cartera de acciones, el compromiso de los trabajadores con su empresa no tiene otras garantías que las de la conservación de su contrato de trabajo. Todos sabemos que el nivel de riesgo

---

[110] Cfr. Finkin, M. W. & Jacoby, S. M.: «Employees and corporate governance». *Comparative Labor Law & Policy Journal,* vol. 22, núm. 1, 2000, p. 2.

[111] Está todavía lejos de haberse demostrado que la cultura del «partnership» sindical haya reemplazado la cultura de acción sindical y de afiliación, por ejemplo en UK, si bien cada vez se ven más ejemplos de prácticas de reducción de costes laborales directos a cambio de implementar sistemas de calidad más participativos y fondos de bienestar para los empleados (*fringe benefits*). Cfr. White, M.: «Cooperative unionism and employee welfare», en *IRJ,* vol. 36, núm. 5, pp. 362 y 363.

[112] *Vid.* Dow, G. K.: *Governing the firm...,* cit., pp. 90 y 91.

[113] *Vid.* Jacoby, S. M.: «Corporate governance in comparative perspective: prospects for convergence». *Comparative Labor Law & Policy Journal,* vol. 22, núm. 1, 2000, p. 31.

que asumen unos y otros partícipes del negocio es tremendamente desigual, y muy poco equitativo desde el punto de vista del grado de inversión humana realizada en un proyecto vital, cuya importancia es compartida por ambas partes.

Por otra parte, es en este contexto de los desafíos que plantea la globalización a la estrategia de las grandes y medianas empresas «post-fordistas», en donde se pone de relieve la necesidad de debatir sobre la eficacia de una estrategia sindical basada en la tradicional acción y negociación sindicales, y la necesidad más o menos real de tener que suplir, o complementar aquélla (definiendo, en su caso, los ámbitos de una y de otra), mediante alternativas participativas, tal y como está sucediendo en buena medida, *de facto,* en los procesos de toma de decisiones sobre reestructuraciones de las grandes empresas [114].

Esta necesidad de reorientar la actividad sindical, hacia una política basada también en la participación y el *parnertship* con otros elementos de la organización empresarial compleja es, si cabe, más imprescindible todavía, si analizamos la política participativa desde el prisma de la empresa-actividad frente al más tradicional de la empresa-organización. Porque la empresa actual no es sólo el resultado de un negocio orientado a la producción de un determinado tipo de manufactura en un entorno de mercado más o menos delimitado, para lo cual organiza sus recursos de una manera lo más eficiente y eficazmente posible, sino que, cada vez más, es una estrategia de negocio económicamente orientado —a veces sólo persigue un objetivo económico-financiero— a priorizar la optimización del beneficio inmediato sobre cualquier otra consideración productiva. En consecuencia, inversiones, deslocalizaciones, fusiones, compras y ventas, alianzas estratégicas, holdings, etc..., responden a una dimensión de la estrategia empresarial, que desde luego no es la de la empresa productiva con una estrategia de negocio predefinido y «estable», modelo de empresa en la que probablemente estaba pensando el legislador español cuando configuró el sistema legal de participación hoy vigente en España.

La empresa-organización es la noción de la que parte la legislación laboral española, que no necesariamente se corresponde con la de la

---

[114] En estas situaciones, por ejemplo, sería muy ilustrativo analizar, caso por caso, si estamos ante procesos de negociación, de consulta o de participación, y cuál de esos sistemas ofrece mejores resultados. Porque parece comprobarse que los sistemas nacionales europeos se defienden muy bien frente a las políticas sobre gestión de RRHH en el caso de reestructuraciones de las multinacionales americanas. Cfr. EDWARDS, T.: «Corporate governance, industrial relations and trends in company level restructuring in Europe...», en *IRJ,* vol. 35, núm. 6, p. 518 y ss. Ello no obstante, la complementariedad de la acción sindical internacional es muy importante, véase el reciente acuerdo sindical europeo «The European metalworkers' Federation adopts restructuring guidelines». EWC Bulletin, núm. 62, 2006, p. 10 y ss.

empresa-actividad, que es la noción de empresa que maneja la Economía, la de la empresa que toma decisiones estratégicas económicas (sin repercusión directa aparente en la política de recursos humanos). En consecuencia, la definición de esta estrategia de negocio, en nuestro modelo tradicional de participación en la empresa, queda reservada exclusivamente para los órganos societarios de la misma, o, por delegación, para el «management». Parangonando el modelo de participación alemán, no es que las fórmulas participativas sean solo convenientes y justas para una participación a través de las funciones típicas de la «codeterminación» (participación en la organización y gestión), sino que son exigibles para la práctica de la «cogestión» (en las decisiones económicas estratégicas de la empresa), porque así lo hace exigible el propio funcionamiento de las empresas en un mercado global.

Desde mi punto de vista, las consecuencias para la acción sindical son evidentes. Las técnicas negociadoras pueden ser eficaces (entre otras) para gobernar la participación en la empresa-organización, pero sin duda son ineficaces para gobernar la empresa-actividad. Si en atención a las anteriores consideraciones, la participación es más necesaria que antes para la acción sindical, la cuestión que se plantea entonces es: ¿Puede la estrategia sindical hacer compatible la acción sindical reivindicativa y negociadora con la participación cooperativa y no conflictual en los órganos de decisión estratégica de la empresa?

En Alemania, la respuesta ha sido 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 [115]. En Francia, la respuesta, en hipótesis —a falta de un sistema legal de cogestión—, pasaría por la solución inversa, un diálogo social multinivel, también en la empresa, y un «activismo accionarial» dirigido por los sindicatos en los órganos de gestión de la empresa [116]. En Italia, dice Pedrazzoli [117], que el doble canal de representación laboral sería el cauce para una necesaria separación de funciones, al sindicato la negociación, al comité la participación.

El problema en España es que, suponiendo que esta última fórmula de separación funcional pudiera ser la solución, ello deviene imposible en la práctica, al ser el comité un órgano de representación sindicalizado y reivindicativo, y en muchas ocasiones, el sujeto de la negociación en

---

[115] *Vid.* D'Antona, M.: *Partecipazione, codeterminazione...,* cit., p. 153. Más ampliamente, Sadowski, D.; Junkes, J. & Lindenthal, S.: «The German model of corporate and labor governance». *Comparative Labor Law & Policy Jour,* vol. 22, núm. 5, 2000, pp. 33 y ss.

[116] *Vid.* Besse, G.: «A qui profite la RSE?», en *Droit Social,* núm. 11, 2005, p. 1000.

[117] *Vid.* Pedrazzoli, M.: *Partecipazione, costituzione economica...,* cit., p. 441.

la empresa del convenio colectivo (y no sólo de eventuales acuerdos de empresa).

Cualquier reforma legislativa que persiguiera, por ejemplo, eliminar el carácter sindical del comité representaría un cambio radical —y ciertamente peligroso por sus imprevisibles efectos— de nuestro sistema de relaciones laborales, fundado en la elecciones sindicales y la mayor representatividad derivada de ellas. La solución debe tener en cuenta las peculiaridades de nuestro modelo de medición de la representatividad sindical, pero al mismo tiempo no debe por ello negar la posibilidad de instaurar mecanismos de participación en aquellos niveles en que la negociación colectiva no puede ser el instrumento articulador de aquellas funciones típicas de la participación. Tal vez, en un país con unas relaciones industriales como las nuestras, la resultante de este cambio sería a medio o largo plazo el sistema de sindicato de empresa japonés, donde el sindicato combina una auténtica vía de participación, muy intensa por parte de la representación sindical de los trabajadores, con una « *competitive partnership*», de manera que conviven juntos en el órgano sindical de empresa elementos de participación y de reivindicación [118].

En cualquier caso, el comité español tiene la enorme virtud de ser un órgano electivo y unitario, lo cual es ideal para revestirlo de funciones de participación cooperativa. En hipótesis, una solución, creo que respetuosa con nuestro modelo y tradición representativa en España. Reflexionando con la vista puesta en lo que sucede en Alemania, podría resultar que los sindicatos asumieran la defensa de una labor de carácter independiente por parte del comité, en su calidad de órgano de participación en la empresa, y aquéllos actuaran de manera a complementar la falta de capacidad negociadora del comité —en tanto que órgano de participación— a través de la negociación del convenio colectivo en su representación (representación que deberían poder acreditar, de ahí la importancia de conservar nuestro sistema de medición de la representatividad y de legitimación negocial del sindicato).

Por otro lado, independientemente de la acción sindical, los sindicatos podrían plantearse ejercitar de la misma manera, bien en solitario, o junto con otros agentes de confianza de los trabajadores (*trustee*), su capacidad de representación de los trabajadores en los órganos de participación institucional en aquellas empresas donde esta clase de participación estuviera prevista por la Ley, o lo fuera como consecuencia de la aplicación de los estatutos de la sociedad de acuerdo con la legislación mercantil sobre sociedades.

---

[118] *Vid.* BIAGI, M.: *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa.* Ed. MTAS.

Como se puede observar, la implicación de los sindicatos en las tareas de participación cooperativa en las empresas, de manera directa, o a través del comité o de otros órganos específicos de representación de los trabajadores, no tiene que significar necesariamente una renuncia a su tradicional papel reivindicativo, sino que puede plantearse como un complemento necesario a la orientación y a la calidad (a corto y a largo plazo) de esa estrategia reivindicativa, en un contexto de relaciones laborales que ha cambiado.

En este momento, las exigencias de la competitividad y el diseño de las estrategias de empresa están profundamente alteradas con respecto de los planteamientos de la producción industrial del pasado siglo, y deben conciliarse con unas reivindicaciones distintas, mucho más individualizadas, donde las exigencias salariales conviven con la necesidad de formación, promoción, mejora de la empleabilidad y la conciliación con la vida familiar o socio-cultural de los propios trabajadores, cuyos intereses son mucho más plurales y diferenciados que antaño. Al mismo tiempo, los sindicatos siguen siendo en España los representantes preferidos por los trabajadores, solo ellos tienen la capacidad y los instrumentos (de la libertad sindical) para hacer cumplir las promesas y compromisos obtenidos en los órganos de participación [119], hayan sido éstas formuladas a través de las técnicas de negociación colectiva, mediante acuerdos de participación, o bien desde las declaraciones contenidas en los códigos de conducta (unilaterales o bilaterales).

Esta debería ser la clase de respuesta esperable de los interlocutores sociales y patronales, así como la de nuestro legislador nacional, y serviría también como contribución del Reino de España a la construcción de un modelo social europeo, que incluya la participación influyente de los trabajadores en la estrategia socialmente responsable y económicamente sostenible de las empresas europeas, una referencia importante para el resto de las economías regionales de nuestro mundo globalizado.

---

[119] *Vid.* Stone, K. V.: *From widgets to digits...,* cit., p. 199.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: PARTICIPACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

JUAN MIGUEL DÍAZ RODRÍGUEZ
Universidad de La Laguna

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN: LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL.—I. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: NOCIÓN MATERIAL DE LOS TRABAJADORES.—II. GOBIERNO DE LA EMPRESA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CASO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.—III. LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. DIFERENTES MODELOS DE PARTICIPACIÓN. A. Participación de los socios trabajadores en la determinación de sus condiciones de trabajo. B. Participación de los trabajadores contratados por la cooperativa de trabajo asociado en la determinación de sus condiciones de trabajo: la negociación colectiva.

INTRODUCCIÓN: LAS EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL

El artículo 129 de la Constitución Española presenta dos tipos de participación sumamente dispares, la participación de los interesados en la Seguridad Social y otros organismos públicos (art. 129.1), la participación de los trabajadores en la empresa (art. 129.2).

El artículo 129.2 encomienda al legislador tres misiones: la promoción eficaz de las diversas formas de participación en la empresa, el fomento de las sociedades cooperativas y la facilitación del acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Habría que preguntarse por el concepto de participación en la empresa que el poder constituyente ha querido instituir, siendo, en este sentido, evidente el carácter abierto de dicho concepto: el precepto constitucional habla de «diversas» formas de participación. Asimismo, a partir de la estructura del mentado artículo 129.2, se abre el interrogante de si, para el constituyente, las sociedades cooperativas y el acceso de los trabajadores a los medios de producción son dos formas de participación que, por sus peculiaridades, han sido mencionadas de forma expresa, o si se trata de dos figuras jurídicamente diferenciadas respecto de la participación en la empresa y, entonces, quedaría este concepto más acotado pero, al mismo tiempo, aumentarían las dudas en cuanto a lo que haya entendido el constituyente por «participación en la empresa». Desde un estricto punto de vista teórico, la participación en la empresa lleva a pensar en, entre otras cosas, las cooperativas y la posibilidad de que los trabajadores sean propietarios de los medios de producción, pero la configuración del citado artículo 129.2 abre la disyuntiva expuesta. Palomeque López considera que el derecho «extrasistemático» (al no estar incluido en el Título I de la Constitución) a la participación de los trabajadores en la empresa, recogido en el artículo 129.2 CE, «sugiere la existencia de estructuras participativas en la gestión o gobierno de la empresa, junto a otras fórmulas posibles [participación en la propiedad, en los benefi-

cios, etc.]», en consonancia con lo cual entiende que la sociedad laboral es «una figura que tiene que ver con la estructura de la propiedad de la empresa [«acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción», art. 129.2 CE], y no directamente en realidad con la participación de los trabajadores, a través de representantes, en la administración de la empresa» [1].

En todo caso, el poder constituyente ha explicitado un mandato constitucional dirigido a los poderes constituidos, los cuales deben, de entrada a nivel legislativo, fomentar las sociedades cooperativas y facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción o, en términos genéricos, promocionar las conocidas como «empresas de economía social». Estas empresas son aquéllas que, de una u otra forma, no responden a la estructura económica clásica de separación de capital y trabajo asalariado, existiendo el único vínculo de los contratos de trabajo formalizados entre la empresa y cada uno de los trabajadores, sino que, o no existe el contrato de trabajo porque son los propios trabajadores quienes, en ejercicio de la autonomía individual de la voluntad, se agrupan constituyéndose en sociedad y existiendo un vínculo contractual pero no el laboral sino el societario mercantil; o sí existe el contrato de trabajo, pero no es el único vínculo jurídico entre empresa y trabajador sino que éste ostenta la propiedad parcial de la empresa siendo titular de acciones o participaciones de, respectivamente, la sociedad anónima o de responsabilidad limitada que sea la empresa.

Sin pretender entrar en la cuestión del contenido económico de la Constitución Española, téngase en cuenta que son diversos los preceptos constitucionales en los que, desde diferentes perspectivas, encuentra acomodo la potenciación de las empresas de economía social, en la línea de los principios cooperativos formulados por la alianza cooperativa

---

[1] Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M.: *Derecho del Trabajo*, 13.ª ed., edit. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 389 y 390, habiendo primero advertido, p. 388, que «la noción de participación de los trabajadores en la empresa contiene, ciertamente, una gran dosis de ambigüedad conceptual e ideológica. Es una «etiqueta estándar» susceptible de ser utilizada, al propio tiempo, para una amplísima gama de modelos que van desde la más elemental forma de organización obrera en el centro de trabajo hasta la más refinada forma de autogestión. La significación primaria de la participación ha venido referida, sin embargo, al menos en su significación más extendida, a la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de *dirección* o *gestión* de la empresa [sociedad mercantil básicamente], compartiendo con la representación del capital, en grado de intensidad variable según la fórmula utilizada, las decisiones propias de la gestión empresarial [participación *institucional* o modelo institucional corporativo de participación]».

Para una reflexión acerca del desarrollo de formas de participación de los trabajadores en la empresa y de los diferentes elementos de continuidad y cambio que dicha cuestión presenta, ver Durán López, F. y Sáez Lara, C.: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 25 a 32.

internacional: derecho a la igualdad en sentido material (art. 9 CE), promoción del progreso social y económico y de una más equitativa distribución de la renta (art. 40.1 CE), el propio artículo 129 CE, planificación estatal de la economía para, entre otras cosas, estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131.1 CE)... En todo caso, y de acuerdo con la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado consagrada en el artículo 38.1 CE, la Constitución no impone un determinado modelo económico con unas coordenadas fijas sino que, todo lo más, insta a que la relación entre empresas y trabajadores se canalice no conforme a un único sistema, basado en una formalización de contratos de trabajo tutelada por los convenios colectivos, sino que exista al menos una alternativa, la de las empresas de economía social, que conforman una realidad que debe ser potenciada no para que se imponga frente a otras formas empresariales sino porque sólo entonces pueden erigirse en una auténtica alternativa frente al modelo dominante descrito en el que empresas y trabajadores se contraponen con el único nexo del contrato de trabajo.

Tras la aprobación de la Constitución en 1978, se aprobaron diversas leyes en las que se materializó el mandato constitucional. En materia de cooperativas, estaba en vigor una norma preconstitucional que había supuesto diversos avances en la materia, la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 [2], la cual sería derogada por la nueva Ley 84/1987, de 8 de abril, General de Cooperativas para atender a diferentes necesidades expresadas en su Exposición de Motivos [3]:

Transcurridos algo más de diez años, el Estado aprueba una nueva normativa mediante la Ley 27/1999, de 16 de julio, reguladora de las Cooperativas (en adelante, LGC) [4]. Como gráficamente se relata en su

---

[2] La referida Ley General de Cooperativas de 1974 había utilizado por primera vez la expresión «cooperativa de trabajo asociado», nuevo forma entonces de denominar a las cooperativas de producción. Como señala VALDÉS DAL-RÉ, F.: *Las cooperativas de producción (un estudio sobre el trabajo asociado)*, edit. Montecorvo, Madrid, 1975, p. 163, comentando la «reforma tipológica operada por la Ley General de Cooperativas [de 1974], no se necesita ser agudo observador para comprender que la novedad introducida por la L.G.C. ha consistido en reconocer como tipo cooperativo particular y unitario a las cooperativas de producción, calificándolas con arreglo a lo que constituye su auténtica especificidad, tantas veces repetida: la de ser asociación de trabajo».

[3] Adaptación al nuevo sistema político español y a la nueva organización territorial del Estado, perfeccionamiento de los medios jurídicos a disposición de los socios para que el principio de su participación en el gobierno y control de la Sociedad no sea una declaración formal sino una realidad en la práctica, sin mengua de la eficacia en la gestión, potenciación de cuanto favorezca el desarrollo de la actividad empresarial de las Cooperativas, evitar una rígida regulación de las mismas para posibilitar y respetar la facultad de autorregulación de los socios fijando en los Estatutos las reglas por las que ha de regirse la Sociedad...

[4] En el presente trabajo se utilizará como referencia legislativa dicha Ley 27/1999. Téngase en cuenta que casi todas las Comunidades Autónomas tienen competencia exclu-

Exposición de Motivos, las sociedades cooperativas, como verdades instituciones socioeconómicas, han de hacer frente a las constantes transformaciones que, de forma progresiva, se producen en el mundo actual. Los cambios tecnológicos, económicos y en la organización de trabajo que dan especial protagonismo a las pequeñas y medianas empresas, junto a la aparición de los nuevos «yacimientos de empleo», abren a las cooperativas amplias expectativas para su expansión, pero, a la vez, exigen que su formulación jurídica encuentre sólidos soportes para su consolidación como empresa. Para las sociedades cooperativas, en un mundo cada vez más competitivo y riguroso en las reglas del mercado, la competitividad se ha convertido en un valor consustancial a su naturaleza cooperativa, pues en vano podría mantener sus valores sociales si fallasen la eficacia y rentabilidad propias de su carácter empresarial [5].

Por lo que se refiere a la facilitación del acceso de los trabajadores a los medios de producción, se aprueba la Ley 103/1986, de 30 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, si bien primó en su promulgación no tanto el cumplimiento del mandato constitucional recogido en el último inciso del artículo 129.2 CE como la necesidad de dotar de una regulación adecuada a las entonces nuevas sociedades constituidas por los propios trabajadores que, adoptando nuevos métodos de creación de empleo ante el cierre de numerosas empresas en esos años motivado por la crisis del sector industrial, reconvertían la empresa anterior con un redimensionamiento, cambio de forma jurídica y de titularidad de la empresa.

Tras la aprobación de las leyes 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de las sociedades de capital a las normas comunitarias y 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, le citada Ley 103/1986 es derogada por la nueva Ley 72/1997, de 25 de marzo, de Sociedades Laborales, respetando, por una parte, las líneas maestras del concepto de sociedad laboral y manteniendo la aplicación supletoria de

---

siva en esta materia, existiendo en cada una de dichas Comunidades Autónomas una ley autonómica de cooperativas. La Ley 27/1999 se aplica, como establece su artículo segundo, a las cooperativas cuyo ámbito de actuación exceda el de una Comunidad Autónoma, así como en las Comunidades Autónomas que no tengan legislación propia en materia de cooperativas. En las Comunidades Autónomas que tengan competencia y que, en consecuencia, hayan aprobado una ley autonómica de cooperativas, la Ley 27/1999 se aplica de forma supletoria. Desde luego, esto lleva a que la Ley 27/1999 puede tener un indudable interés a efectos teóricos pero que, en la práctica, se caracterice por una aplicación extraordinariamente limitada, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil,* vol. I, 26.ª edic., edit. McGraw-Hill, Madrid, 2004, p. 573.

[5] Para un análisis reciente del régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado, ver NIEVES NIETO, N. DE: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, edit. C.E.S., Madrid, 2005, quien, además, presenta un estudio sobre la evolución histórica del cooperativismo de trabajo (movimiento cooperativo en Europa, bases ideológicas del cooperativismo jurídico, etc.).

la legislación de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada según la sociedad laboral sea de uno u otro tipo, pero, por otra parte, insertando ciertas excepciones respecto de dicha legislación supletoria [6].

En particular en el ámbito de las cooperativas, late en la citada Ley 27/1999 una decidida voluntad de fomentar el cooperativismo, cuyo artículo 108 está dedicado al «fomento del cooperativismo», señalando su apartado primero como tarea de interés general la promoción, estímulo y desarrollo de las sociedades cooperativas y de sus estructuras de integración económica y representativa, mientras que el apartado segundo de dicho artículo insta al Gobierno a dotar al Ministerio de Trabajo de recursos para el eficaz desarrollo de diversas actuaciones administrativas en relación con las cooperativas. Por su parte, la disposición adicional segunda de esta Ley dispone la creación de un Consejo para el Fomento de la Economía Social al que se le encomienda, entre otras cosas, colaborar en la elaboración de proposiciones sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecten a entidades de la economía social y emitir los informes que le sean solicitados desde instancias gubernamentales, debiendo siempre informar los programas de desarrollo y fomento de la economía social, programas que están previstos en la disposición adicional undécima y que debe aprobar cada año el Ministerio de Trabajo con ese previo informe del Consejo para el Fomento de la Economía Social [7].

Entre las cooperativas, en concreto las cooperativas de trabajo asociado, y las sociedades laborales, median ciertas diferencias. Como ya se ha señalado, y dejando al margen la posibilidad de que tanto las cooperativas de trabajo asociado como las sociedades laborales tengan trabajadores por cuenta ajena que no ostenten la condición de socio, en ambos casos los trabajadores no se limitan a prestar servicios por cuenta ajena para una empresa, con la que han firmado un contrato de trabajo, sino que, primera posibilidad, además de dicho contrato cada trabajador es socio de la sociedad para la que trabaja, siendo titular de acciones o participaciones de la misma según se trate de una sociedad anónima o de una sociedad de responsabilidad limitada; o incluso, segunda posibilidad, los trabajadores prestan sus servicios para una sociedad constituida por ellos mismos, la cooperativa de trabajo asociado, como una auténtica alternativa a la prestación de trabajo asalariado bajo la cober-

---

[6] Para un estudio sobre el origen y la evolución histórica del régimen jurídico de las sociedades laborales, ver GÓMEZ CALERO, J.: *Las sociedades laborales*, edit. Comares, Granada, 1999, pp. 3 a 36.

[7] En esta línea, ver AA.VV.: *Jornadas de Estudio sobre Universidad, Cooperativismo y Economía Social*, edit. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1986, así como ROJO TORRECILLA, E. y VIDAL MARTÍNEZ, I.: *Medidas de apoyo a las empresas de trabajo asociado*, edit. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1988.

tura de contratos de trabajo [8]. La propia forma de retribuir los servicios prestados por el socio trabajador es reveladora del salto cualitativo que supone la cooperativa de trabajo asociado [9]. Mientras que las sociedades laborales suponen un avance respecto de la tradicional relación bipolar entre la empresa, propietaria de los medios de producción, y los trabajadores, prestadores de servicios para una empresa que les es absolutamente ajena, pero estando los trabajadores contratados al servicio de la sociedad laboral que es la empresa y concurriendo, por lo tanto, las condiciones de trabajador contratado y socio, en las cooperativas de trabajo asociado los trabajadores tienen la condición de socios pero no la de trabajadores contratados, respondiendo a un más auténtico autoempleo y en un plano de mayor igualdad: todos los trabajadores son socios de la cooperativa (dejando al margen, como se ha advertido, la posibilidad de que tanto las sociedades laborales como las cooperativas de trabajo asociado puedan contratar a trabajadores que no van a ser socios), mientras que en la sociedad laboral hay socios que son trabajadores pero pueden existir otros socios que no son trabajadores. En otros términos, en una sociedad laboral todos los trabajadores están contratados, siendo unos socios y otros no; en una cooperativa de trabajo asociado, unos trabajadores no están contratados, o sea, los socios, pudiendo la cooperativa contar con trabajadores contratados.

Los términos empleados en la Exposición de Motivos de la Ley 170/1999, son reveladores de esta diferencia [10]: «proyecto empresarial

---

[8] Broseta Pont, M.: *Manual de Derecho Mercantil,* vol. I, 11.ª edic., edit. Tecnos, Madrid, 2002, p. 604, considera que «es necesario resaltar el carácter anticapitalista originario de estas empresas que —como indica Vicent Chuliá— nacieron como obra de la clase obrera y de los pequeños empresarios agrícolas y artesanos para sustraerse a la explotación capitalista, si bien, incluso en estos momentos iniciales, utilizaron instrumentos e instituciones típicas del capitalismo. En la actualidad, el significado y la estructura de estas sociedades han variado notablemente. Por supuesto, sería excesiva una visión idealista de las mismas como alternativa al sistema capitalista, pero tampoco cabe admitir, como pretenden algunos autores (Cottino), que estas sociedades (en especial la cooperativa) se hayan convertido o tiendan a convertirse en un instrumento de racionalización capitalista».

Para una visión en profundidad sobre la evolución histórico-legislativa de las cooperativas de producción, ver Valdés Dal-Ré, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* pp. 23 a 74.

[9] Santiago Redondo, K. M.: *Socio de cooperativa y relación laboral*, edit. *Ibídem,* Madrid, 1998, p. 206 y ss., analiza en profundidad las diferentes facetas de la retribución del trabajo prestado por el socio trabajador.

[10] «El fomento del cooperativismo como fórmula que facilita la integración económica y laboral de los españoles en el mercado hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad propios de las economías más desarrolladas con los valores que dan forma a las cooperativas desde hace más de ciento cincuenta años. Los elementos propios de una sociedad de personas, como son las cooperativas, pueden vivir en armonía con las exigencias del mercado; de otro forma el mundo cooperativo se encontraría en una situación de divorcio entre la realidad y el derecho. Objetivo de la nueva Ley es, precisamente, que los valores que encarna la figura histórica del cooperativismo, respuesta de

de los propios trabajadores», «trabajadores que se identifican con una empresa en la que ven realizado un proyecto de empleo y vida profesional», «autoempleo colectivo como fórmula de inserción social»... Son características socioeconómicas que no concurren en una sociedad laboral. Cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales no son realidades contrapuestas, al contrario, presentan numerosos puntos en común; sin embargo, mientras que la sociedad laboral prima el enfoque economicista de la sociedad mercantil que es, en la cooperativa de trabajo asociado están presentes en mayor medida los valores de solidaridad, democracia, igualdad, vocación social; se trata, en definitiva, de una sociedad de base mutualista cuyos promotores desean prestarse ayuda recíproca [11]. Esto, junto a la dualidad socios trabajadores-trabajadores contratados característica de la cooperativa y que propicia un régimen jurídico dual y, por ende, diversos problemas a analizar, lleva a que en este trabajo se analice la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones de trabajo sólo en el ámbito de las cooperativas de trabajo asociado.

I. LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO: NOCIÓN MATERIAL DE LOS TRABAJADORES

Según el artículo 1.1 LGC, la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. Se trata de un concepto con el que se

---

la sociedad civil a los constantes e innovadores condicionamientos económicos, sean compatibles y guarden un adecuado equilibrio con el fin último del conjunto de socios, que es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial. Los valores éticos que dan vida a los principios cooperativos formulados por la alianza cooperativa internacional, especialmente en los que encarnan la solidaridad, la democracia, igualdad y vocación social tienen cabida en la nueva Ley que los consagra como elementos indispensables para construir una empresa viable con la que los socios se identifican al apreciar en ella la realización de un proyecto que garantiza su empleo y vida profesional (...). Las nuevas demandas sociales de solidaridad y las nuevas actividad generadoras de empleo, son atendidas por la Ley, ofreciendo el autoempleo colectivo como fórmula para la inserción social, la atención a colectivos especialmente con dificultades de inserción laboral y la participación pública en este sector».

[11] Es generalizada en la doctrina mercantilista la caracterización de la cooperativa de trabajo asociado como uno de los supuestos de sociedad de base mutualista. Sin embargo, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* pp. 188 a 192, pone de manifiesto la incoherencia en la que se incurre si se parte de un concepto de sociedad determinado, que es unitario en el ordenamiento jurídico español, diferenciando luego sociedades mutualistas y sociedades lucrativas.

inician las disposiciones generales de la Ley, de aplicación a toda clase de cooperativas.

La LGC dedica los artículos 80 a 87 a las cooperativas de trabajo asociado, definiéndolas el artículo 80.1 como las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros.

Ensamblando ambos conceptos, resulta que la cooperativa de trabajo asociado es una sociedad constituida por personas cuya actividad empresarial consiste en la producción de bienes o servicios, teniendo cada socio un puesto de trabajo. En otras palabras, una cooperativa de trabajo asociado es un conjunto de personas que, para culminar sus aspiraciones económicas y sociales, deciden trabajar en un proceso productivo de bienes y servicios gestionado por una sociedad que dichas personas constituyen y que, por tanto, ellas mismas administran [12]. Dejando de lado la perspectiva legalista, valga por todos el concepto de Valdés Dal-Ré, quien entiende por empresa cooperativa de producción «aquella unidad de producción, en la que se asocian sujetos económicos portadores de factor trabajo, a fin de satisfacer sus necesidades mediante la creación de una organización que les permita participar, de forma directa, en un sistema de economía descentralizada, en la producción de bienes y prestación de servicios» [13].

La cooperativa de trabajo asociado es siempre una empresa, pudiendo revestir o no carácter mercantil. Conforme se ha destacado por parte de la doctrina mercantilista, del Derecho positivo vigente se desprende la posibilidad de que existan «empresarios mercantiles (comerciantes) y empresarios (sujetos que organizan su actividad en forma empresarial) de los que no pueda predicarse su mercantilidad, aun cuando ambos participen profesionalmente en el mercado y obedezcan al concepto vulgar de empresario» [14]. En este sentido, cabe pensar en ciertas cooperativas de trabajo asociado que sean empresas no mercantiles: una coo-

---

[12] Para una teoría exhaustiva sobre las cooperativas de producción, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* distinguiendo un concepto económico de cooperativa y una estructura jurídica de la misma y, en particular, delimitando la «esencia» de las cooperativas de producción (pp. 114 a 118).

[13] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* p. 118.

[14] BROSETA PONT, M.: «Manual de Derecho Mercantil», *ob. cit.,* p. 87, quien define al empresario mercantil como «la persona física o jurídica de naturaleza privada que actúa en nombre propio por sí o por medio de otros y realiza para el mercado una actividad comercial, industrial o de servicios», en el que destaca la concurrencia de dos circunstancias decisivas para hablar de mercantilidad: explotación en nombre propio, primer elemento, de una actividad económica comercial, industrial o de servicios, segundo elemento. Otra cosa es la catalogación de la cooperativa como sociedad mercantil, cuestión que, en la actualidad, es casi unánimemente admitida, pp. 603 y 604 del mismo autor.

perativa integrada por personas de una misma familia que conforman una pequeña empresa dedicada a la artesanía, o una cooperativa de trabajo asociado en el ámbito de la agricultura, que sería una empresa civil dado el carácter civil y no mercantil de la actividad económica desarrollada.

Teniendo en cuenta que una cooperativa de trabajo asociado tiene como única razón de ser la prestación de trabajo por parte de los socios, o que, en otras palabras, una cooperativa de trabajo asociado se constituye para trabajar [15], para proporcionar un puesto de trabajo a cada socio (al margen ahora de la posibilidad de que existan socios colaboradores), en el presente trabajo se utilizará, salvo que se indique lo contrario, una noción material de trabajador, entendiendo que en una cooperativa de trabajo asociado existe un conjunto de trabajadores, en sentido material, cuyos problemas requerirán una solución, en especial la determinación de las condiciones de trabajo [16]. Dejando ahora de lado la figura peculiar de los socios colaboradores y partiendo de la propia finalidad con la que se constituye una cooperativa de trabajo asociado, en ésta existirá siempre un grupo de trabajadores que tendrán la condición de socios, que han creado la cooperativa para tener un puesto de trabajo y trabajar para sí mismos; eventualmente, podrán existir otros trabajadores que esos mismos trabajadores que son socios hayan decidido contratar. En términos globales, la cooperativa de trabajo asociado es un lugar en el que, en términos materiales, se trabaja, con independencia de que los trabajadores tengan un régimen jurídico diverso según sean socios de la cooperativa o trabajadores contratados [17]. En definitiva,

---

[15] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* pp. 115 y 116, precisa que en las empresas capitalistas «el factor trabajo carece de fuerza para participar directa y originariamente en la propiedad de los bienes de producción, en la gestión de la empresa y en los resultados de la explotación. O lo que es lo mismo, el trabajo queda relegado y marginado a simple instrumento del fin económico de la organización empresarial, ideado por el empresario aportador de capital», mientras que en las cooperativas de producción «se asocian sujetos poseedores, originariamente, de factor trabajo. He aquí el primer indicio para caracterizar a la cooperativa de producción, y que reside en que el factor desencadenante de la asociación no es el capital sino el trabajo, que es el que genera la necesidad de la organización».

[16] Es la línea seguida por VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* pp. 254 y 255, quien considera que se puede definir el personal de la cooperativa como el conjunto de trabajadores que en ella prestan trabajo, tras lo cual observa que ese conjunto de trabajadores puede asumir posiciones jurídicas radicalmente diversas, pudiendo el trabajador ostentar la condición jurídica de socio o prestar un trabajo mediante un contrato laboral.

[17] SANTIAGO REDONDO, K. M.: «Socio de cooperativa...», *ob. cit.,* pp. 31 y 32: «Es cierto que una primera aproximación a la realidad empresaarial puede incitar a la consideración del socio-trabajador como trabajador común. Piénsese, por poner un ejemplo gráfico, lo fácil que resulta encontrar en una misma cadena de montaje a un socio-trabajador y a un trabajador no socio. En principio no existirán especialidades ni peculiaridades singularmente relevantes que los separen, pero esto es así, a mi criterio, sólo en lo que toca

cuando una cooperativa de trabajo asociado tenga trabajadores contratados, se dará una realidad materialmente uniforme, a saber, un grupo de trabajadores, junto a una diversidad formal a partir del distinto régimen jurídico de los trabajadores que son socios y los que no lo son, todo ello sin perjuicio, desde luego, de los cauces de comunicación que puedan existir entre ambas figuras, entre ellos, de forma especial, la posibilidad de que el trabajador contratado pueda acceder a la condición de socio de la cooperativa.

II. GOBIERNO DE LA EMPRESA Y PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CASO DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Partiendo de la noción material de los trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, propuesta en el anterior epígrafe, procede resaltar una de las muchas especificidades de tales cooperativas, a saber, que en las mismas el gobierno de la empresa está en manos de los propios trabajadores. Dejando de lado la convivencia de dos regímenes jurídicos distintos de trabajar, el de los socios y el de los contratados, la cooperativa de trabajo asociado es una empresa que es administrada por los propios trabajadores. La propia naturaleza de la cooperativa de trabajo asociado, por lo tanto, posibilita la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa, una participación que, además, es de carácter directo [18]. Como señala el artículo 34 LGC, el Consejo Rec-

---

a la prestación material de los servicios a que vienen obligados los miembros de uno y otro colectivo. Distinto problema será no ya los contenidos de ese deber sino el origen y la naturaleza jurídica del mismo».

[18] Valdés Dal-Ré, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* pp. 116 y 117, tras haber planteado como primer indicio caracterizador de las cooperativas frente a las empresas capitalistas la circunstancia de que «el factor desencadenante de la asociación no es el capital sino el trabajo, que es el que genera la necesidad de la organización», atribuyendo un precio no al trabajo como instrumento del fin económico del capital sino al capital como instrumento para el desarrollo de la actividad económica pretendida por la cooperativa, recibiendo el trabajo los beneficios de dicha actividad, precisa que no es esa la particularidad en la que deba fundarse la especialidad de la cooperativa como empresa de producción, sino que, mientras en la empresa capitalista «se asocian capitales para entrar en contacto con el trabajo, al que reducen a simple instrumento de la producción, [queriendo ello decir que] en la actividad productiva participa directamente el capital, *mutatis mutandi,* si en la empresa cooperativa de producción se asocia el trabajo que entra en contacto con el capital al que rebaja a simple instrumento de la producción, es porque en ésta empresa el trabajo participa de forma directa. He aquí la esencia de la empresa cooperativa, su raíz, su justificación y razón de ser: *medio o vehículo de participación directa del factor trabajo* [la cursiva es del autor] en la producción de bienes y prestación de servicios. El resto, o permítasenos la redundancia, lo demás es lo de menos. Que la cooperativa de producción sustituya al empresario capitalista, no es más que reflejo de la participación directa del trabajo en la producción (...). Que la cooperativa, en fin, sea representación de

tor de la cooperativa debe estar integrado por socios, pudiendo autorizar los Estatutos de la cooperativa el nombramiento como consejeros de personas que no ostenten la condición de socio pero no pudiendo las mismas superar la tercera parte de la composición del Consejo Rector.

La noción material de los trabajadores de la cooperativa lleva, desde una perspectiva teórica, a la conclusión de que, en la cooperativa de trabajo asociado, los trabajadores participan directamente en el gobierno de la empresa. Ahora bien, sentada dicha premisa mayor y añadiendo, ahora sí, la premisa menor de que en la cooperativa de trabajo asociado hay dos regímenes jurídicos de trabajo, el de los trabajadores socios y el de los trabajadores contratados, cabe oponer una antítesis, o dos antítesis si se quiere. En principio (depende de la cantidad de trabajadores contratados), los trabajadores que pueden integrar el Consejo Rector son sólo los trabajadores de la cooperativa que tengan la cualidad de socio, pudiendo esto provocar en los trabajadores contratados la sensación de que ellos no participan en el gobierno de la empresa. Por otra parte, segunda antítesis, los propios trabajadores de la cooperativa que ostenten la cualidad de socio pero que no hayan sido elegidos consejeros, podrán siempre poner de manifiesto que, aunque formalmente la cooperativa de trabajo asociado sea una empresa gobernada por los propios trabajadores, dicho gobierno no está en manos de ellos sino de los trabajadores socios que han sido elegidos.

Por lo tanto, cabe defender la tesis de que en la cooperativa de trabajo asociado también es necesario el establecimiento de mecanismos que permitan la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa, de trabajadores en sentido material puesto que, como se ha expuesto, no sólo los trabajadores contratados por la cooperativa sino, incluso, los propios socios trabajadores que no integren el Consejo Rector quedan desmarcados de la gestión de la empresa.

Al margen de la participación que es intrínseca a la forma de gobierno empresarial en la cooperativa de trabajo asociado, pueden implantarse formas de participación de los trabajadores en la empresa para acercar la gestión de la misma, encomendada a un Consejo Rector, a los trabajadores, tanto socios como contratados; si bien ya la misma forma de gobierno empresarial en la cooperativa de trabajo asociado es una forma de participación directa de los trabajadores en la gestión y administración de la empresa, pueden y deben existir otros mecanismos de participación para que los trabajadores que no están presentes en el Consejo Rector puedan también intervenir en la dirección de la empresa. Como se verá, la propia dinámica societaria de la cooperativa propor-

---

empresa autogestionada, no es sino el precipitado de su originaria participación en la producción y, por tanto, ejercicio de una facultad previamente adquirida».

ciona, en buena medida, diversos cauces de participación para los trabajadores que sean socios.

Hasta aquí se ha planteado la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa que es la cooperativa de trabajo asociado, pero una participación referida a todos los aspectos que dicho gobierno engloba. Si se repara en los dos conjuntos de trabajadores, el de los socios y el de los contratados, se observa que los primeros colman buena parte de sus expectativas de participación tanto por la propia naturaleza de la cooperativa como por el funcionamiento característico de toda sociedad, mientras que los segundos parecen llamados a no participar directamente en el gobierno de la empresa. Sin embargo, cierta cuestión cabe presentar en relación con los trabajadores contratados pero, a la postre, también en el ámbito de los socios trabajadores: la determinación de las condiciones de trabajo. El colectivo de los trabajadores contratados de la cooperativa puede aspirar, precisamente al tener nula o ínfima presencia en el Consejo Rector, a negociar sus condiciones de trabajo, como cualquier otro conjunto de trabajadores por cuenta ajena de una determinada empresa. Por mucho que la cooperativa sea gobernada, en sentido material, por los propios trabajadores, si ha optado por contratar trabajadores por cuenta ajena está generando un grupo de trabajadores que querrá negociar sus condiciones de trabajo, participando en su determinación. Trasladando esta cuestión, cuya génesis natural se sitúa en los trabajadores contratados, al ámbito de los socios trabajadores, surge el interrogante de cómo se determinan las condiciones de trabajo para los trabajadores que son socios de la cooperativa.

Probablemente sea ésta la cuestión de más difícil engarce por lo que respecta a la participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa en el caso de las cooperativas de trabajo asociado, con una doble faceta, cómo se determinan las condiciones de trabajo en la cooperativa, tanto para los trabajadores que son socios como para los que no lo son, y cómo pueden los trabajadores participar en dicha determinación. Cabe imaginar que, en general, las decisiones empresariales de gestión y administración que no repercutan en las condiciones de trabajo, serán bien acogidas por los socios trabajadores no consejeros y por los trabajadores contratados siempre que la cooperativa tenga una buena salud económica, sin olvidar, además, que ciertos mecanismos societarios posibilitan el control de las referidas decisiones «extralaborales» por parte de los socios trabajadores y, si superan cierto número, de los trabajadores contratados de forma indirecta. Cabe imaginar, asimismo, algún supuesto en el que la dirección de la cooperativa decida algo que no sea estrictamente laboral pero que tenga un indudable interés para todos los trabajadores, socios y no socios: por ejemplo, la compra de un nuevo local para la cooperativa, lo cual puede ser controvertido no ya porque suponga un nuevo lugar de trabajo sino como operación de fu-

turo que pueda ser beneficiosa o no para la economía de la sociedad. Pero, en todo caso, es con ocasión de la determinación de las condiciones de trabajo, tanto de los socios trabajadores como de los trabajadores contratados, cuando cabe pensar en diversos modelos que permitan la participación de los trabajadores, modelos que, como se verá, no son excluyentes sino que pueden concurrir en el devenir de una cooperativa de trabajo asociado.

III. LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. DIFERENTES MODELOS DE PARTICIPACIÓN

Las condiciones de trabajo de una cooperativa de trabajo asociado se determinan siguiendo cauces bien distintos según se trate de las condiciones de trabajo de los socios trabajadores o de los trabajadores contratados por la cooperativa, pero no porque la propia existencia de trabajadores de dos tipos imponga, por sí misma, la necesidad de fijar de forma separada las condiciones de trabajo sino porque, en el caso de los trabajadores que ostenten la condición de socio, la utilización de los mecanismos propios de una sociedad mercantil confiere a dichos trabajadores y sólo a ellos ciertas posibilidades de actuación y de control, de participación en definitiva, de las decisiones tomadas por los sujetos que se encuentren al frente de la sociedad, que son los propios trabajadores elegidos consejeros, que afecten a cuestiones trascendentales de la empresa, entre ellas la determinación de las condiciones de trabajo. Todo esto al margen de la aplicación de los convenios colectivos a la que haya lugar en función de la actividad empresarial desarrollada por la cooperativa.

A. Participación de los socios trabajadores en la determinación de sus condiciones de trabajo

Las diferentes posibilidades de participación se deducen de la regulación genérica dispuesta en la LGC para el funcionamiento interno de todo tipo de cooperativas, lo cual implica ciertos desajustes y provoca que se eche en falta una regulación específica para la Asamblea General y el Consejo Rector de las cooperativas de trabajo asociado, justificándolo las especificidades de éstas frente a otras clases de cooperativas [19].

---

[19] VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las cooperativas...», *ob. cit.,* p. 253, analizando la entonces vigente Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y ciertas deficiencias que en la actualidad cabe también predicar de la normativa vigente, concluye que «en orden a la estructura de la autogestión de la empresa cooperativa, cabe señalar que nuestro

En primer lugar, cabe pensar en la propia gestión llevada a cabo por el Consejo Rector de la cooperativa, el cual puede tomar decisiones que repercutan sobre las condiciones de trabajo, decisiones que son tomadas por los propios socios trabajadores que integren el Consejo Rector pero en las cuales no han participado, en principio, los demás socios trabajadores que no sean consejeros; piénsese no en determinados aspectos que deban ser aprobados en Asamblea General sino en cuestiones de gestión ordinaria que el Consejo Rector pueda administrar sin la necesidad de contar con la previa autorización de la Asamblea, lo cual en materia laboral puede ser frecuente sin perjuicio de que, como se recuerda en el artículo 21.2.a) LGC, la gestión social y económica deba ser aprobada por la Asamblea General.

Los socios trabajadores que no integren el Consejo Rector pueden encontrar en la Asamblea General el foro natural en el que participar en la determinación de condiciones de trabajo si cuestiones de semejante índole son introducidas en el correspondiente orden del día para su aprobación por la Asamblea General, la cual, no se olvide, puede ser convocada por el Consejo Rector pero también por un grupo de socios trabajadores que esté en desacuerdo con determinadas medidas tomadas por dicho Consejo en relación con las condiciones de trabajo (bastaría con un 20% de socios, según el art. 23.3 LGC).

Al margen de las posibilidades que se derivan de la dinámica de una Asamblea General, piénsese en la posibilidad de que el Consejo Rector ofrezca un diálogo directo con los socios trabajadores no consejeros, como forma de consensuar una decisión que vaya a afectar a las condiciones de trabajo de los socios trabajadores o, incluso, de todos los trabajadores, socios y contratados, siendo, además, algo siempre recomendable en una empresa que, como las cooperativas, sea gestionada por los propios trabajadores que han constituido la sociedad que desarrolla la actividad empresarial. No se olvide que la cooperativa es una sociedad con un carácter mutualista que debe impregnar no sólo el momento de su creación sino el desarrollo de su actividad.

En todo caso, en la Asamblea General tienen los socios trabajadores no consejeros la posibilidad de participar en la concreción de las condiciones de trabajo teniendo en cuenta que tanto una modificación de los Estatutos de la cooperativa en cuestiones laborales como del Reglamento de Régimen Interno deben superar el filtro de la aprobación asamblearia. Los propios artículos 82 y 83 LGC se refieren a los Estatutos y al Reglamento de Régimen Interno como textos normativos que deben contemplar un régimen disciplinario que regule las faltas que puedan producirse en la prestación de trabajo, así como otros aspectos netamente laborales como la jornada de trabajo, la ampliación de los permisos previstos en el artículo 83.2 LGC en la línea del artículo 37 LET, la

posibilidad de solicitar excedencia voluntaria (art. 84.6 LGC)... Incluso el artículo 85.1 LGC, en materia de baja obligatoria de socios trabajadores por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, plantea la doble posibilidad de que los Estatutos permitan que el Consejo Rector tome la decisión correspondiente o que exijan autorización de la Asamblea General [20].

Un modelo peculiar de participación en la determinación de las condiciones de trabajo puede venir dado por la posibilidad de que, con ocasión de la existencia tanto de un grupo cooperativo (art. 78 LGC) como de una unión, federación o confederación de cooperativas (arts. 117 a 120 LGC), los Estatutos de una cooperativa integrada en alguna de estas figuras puedan exigir la aprobación por parte de la Asamblea General de dicha cooperativa de ciertas decisiones tomadas por el grupo, o la unión, federación o confederación, que afecten a las condiciones de trabajo [21]. No estando así previsto, cabe igualmente pensar en la posibilidad de que, antes de la adopción de la decisión correspondiente, se efectúe en cada cooperativa un proceso de «concertación» con los socios trabajadores que conformen la base de cada cooperativa. A la vez, la existencia de estos grupos, uniones, federaciones o confederaciones de cooperativas, puede precisamente dificultar la participación de los trabajadores en la toma de ciertas decisiones, siendo éste uno más de los fenómenos de «empresario difuso» que tanto abundan en nuestros días.

---

ordenamiento ni adecúa orgánicamente la estructura de la empresa autogestionada ni garantiza, en consecuencia, canales de participación del trabajador-socio en la cooperativa. A mi juicio, ello responde a un erróneo planteamiento del legislador: cual es el aplicar esquemas rígidamente unitarios a todos los tipos cooperativos, olvidando que la organización de una cooperativa de Producción no puede instrumentarse de la misma forma que una cooperativa de consumo, de crédito o de vivienda. La cooperativa de Producción añade al tipo unitario cooperativo una realidad, la de ser instrumento de participación en la producción de bienes y servicios en un sistema capitalista, que no se puede marginar sino marginando su propia esencia».

[20] Teniendo en cuenta que la cooperativa de trabajo asociado es una sociedad de estructura corporativa, los Estatutos y normas de desarrollo, en particular el Reglamento de Régimen Interno, deben marcar en todo momento la pauta a seguir. En palabras de Broseta Pont, M.: «Manual de Derecho Mercantil», *ob. cit.*, p. 267, en las sociedades de estructura personalista o contractual, «predomina el plano de las relaciones entre los socios entre sí, [perteneciendo a esta categoría] la sociedad civil, pero también las sociedades mercantiles personalistas (colectiva, comanditaria y agrupaciones de interés económico). A su lado, el aspecto organizativo y de creación de un ente separado de los socios pasa a un segundo plano. Por contra, en las sociedades de estructura corporativa adquieren una importancia esencial los estatutos y la publicidad registral. En ellas el aspecto organizativo (creación de una organización dotada de propia autonomía que se separa nítidamente de los socios) predomina sobre el estrictamente contractual. Dentro de esta categoría entraría la asociación (como tipo básico), pero también la sociedad anónima, comanditaria por acciones, sociedad de responsabilidad limitada, cooperativa, o de garantía recíproca».

[21] Si bien de cara al momento constitutivo del grupo, el artículo 78.3 LGC exige, para la formación del mismo, *el acuerdo inicial de cada una de las entidades de base, conforme a sus propias reglas de competencia y funcionamiento*.

Estas diversas posibilidades de participación y su carácter coyuntural ponen de manifiesto la necesidad de revisar la legislación vigente, para permitir de verdad y de forma eficaz que, al menos en las sociedades cooperativas de trabajo asociado, los «trabajadores», al menos los socios, participen de modo real en el gobierno de la empresa. En palabras de Santiago Redondo, quien plantea diversas propuestas de actualización del régimen jurídico del socio-trabajador, es necesario «facilitar los procedimientos para la participación en la toma de decisiones por parte de los trabajadores, sobre todo en los niveles inferiores de la empresa. La cooperativa debe potenciar más que cualquier empresa las técnicas de intervención de los socios-trabajadores en la toma diaria de las decisiones. No basta para esto la participación intermitente en la Asamblea General. Interesar a los miembros de la entidad, que son los destinatarios últimos de su propia creación, es hoy de gran urgencia» [22].

B. Participación de los trabajadores contratados por la cooperativa de trabajo asociado en la determinación de sus condiciones de trabajo: la negociación colectiva

Un primer modelo de participación puede venir propiciado por el número de trabajadores contratados y por la concurrencia de ciertas circunstancias. Según se establece en el artículo 33 LGC, cuando la cooperativa tenga más de cincuenta trabajadores con contrato indefinido y, además, esté constituido el comité de empresa, éste elegirá a uno de los trabajadores para que forme parte del Consejo Rector como vocal; si existieran varios comités de empresa, dicho vocal debe ser elegido por los trabajadores directamente, sólo por los que tengan un contrato indefinido. De todas formas, se trataría de una participación indirecta, por medio de un «representante» de todos los trabajadores contratados que, además, ocupará una posición minoritaria en el Consejo Rector.

Al margen de esta primera posibilidad más simbólica que efectiva, los trabajadores contratados por la cooperativa podrían participar en la determinación de sus condiciones de trabajo utilizando una vía también de participación indirecta pero, en esta ocasión, en un plano de igualdad frente a la parte empresarial, a saber, desarrollando un procedimiento de negociación colectiva. Con independencia de que en la cooperativa ya sean de aplicación los correspondientes convenios colectivos sectoriales por razón de la actividad empresarial de la cooperativa, cabe desde luego negociar un convenio colectivo empresarial, más bien infraempre-

[22] Santiago Redondo, K. M.: «Socio de cooperativa...», *ob. cit.,* pp. 300 y 301.

sarial si se parte de la antes propuesta noción material de los trabajadores de la cooperativa, con la finalidad de regular colectivamente las condiciones de trabajo sólo de los trabajadores contratados y para que éstos puedan participar en dicha regulación.

Otra cosa es que la consecución de dicho convenio colectivo sea posible en el caso concreto sólo después de superar algunos requisitos exigidos por los Estatutos de la cooperativa en cuestión: piénsese en, por ejemplo, la necesidad prevista en dichos Estatutos de que el texto final del convenio colectivo sea sometido a la aprobación de la Asamblea General de la cooperativa antes de firmarlo en la comisión negociadora, lo cual supondría algo así como una derivación asamblearia de la votación prevista en el artículo 89 LET. En todo caso, dicho convenio colectivo debe tener en cuenta, sería recomendable, lo previsto para los socios trabajadores en los Estatutos de la cooperativa, así como en el Reglamento de Régimen Interno, si se quieren evitar problemas de engarce entre las condiciones de trabajo de los socios trabajadores y de los trabajadores contratados y la actividad empresarial desarrollada por la coooperativa, que es una sola.

En cuanto a la posibilidad de que exista una negociación conjunta para determinar las condiciones de trabajo tanto de los socios trabajadores como de los trabajadores contratados, no deja de ser una hipótesis de laboratorio que ni siquiera puede tener sentido como planteamiento artificial. No se olvide que los socios trabajadores tienen en la posibilidad de convocar Asamblea General para reprobar decisiones tomadas por el Consejo Rector un eficaz mecanismo de determinación de sus condiciones de trabajo. En todo caso, de intentarse una especie de negociación a tres bandas entre el Consejo Rector, los socios trabajadores y los trabajadores contratados, buscando la mayor uniformidad posible entre todos los trabajadores materiales de la cooperativa, ello daría lugar a, por una parte, la toma de decisiones por el Consejo Rector en la línea pactada para con los socios trabajadores y, por otra parte, la negociación de un convenio colectivo para los trabajadores contratados en la que el Consejo Rector respetaría lo acordado en la referida negociación tripartita.

Las diferentes posibilidades esbozadas se podrán materializar o no según cuáles sean las circunstancias del caso concreto y, sobre todo, qué derroteros haya tomado el «ambiente laboral» existente en una cooperativa en cuanto a la situación de los trabajadores que sean socios y los que hayan sido contratados y, según sean unas u otras las circunstancias, tendrá sentido o no plantear alguno de los modelos de participación propuestos. Ocurre lo que, en general, se detecta en todo lo relacionado con las empresas de economía social, en especial las cooperativas de trabajo asociado, y es que, como señalara Biagi, «se constata fácilmente

una general desatención de los ius-laboralistas a esta particular forma de trabajo asociado. Nuestros manuales continúan tratando distraídamente el argumento, llegando a lo más a reconocer que se trata de una "materia de no fácil sistematización"» [23].

[23] BIAGI, M.: «Mutualidad y conflicto en la cooperativa», en AA.VV.: *Estudios Jurídicos sobre Economía Social*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 23 a 37.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LOS INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS POR PENSIONES: ¿UTOPÍA LEGISLATIVA O REALIDAD PRÁCTICA? *

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ
Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

* Elaborada dentro del marco del Proyecto de Investigación subvencionado por la Junta de Castilla y León (LE 30/04) titulado «Relaciones laborales y de Seguridad Social en su dimensión futura: Nuevos retos para el siglo XXI».

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 129.2 CE Y LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL.—II. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO.—III. EL PAPEL DE LOS EMPLEADOS EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE SEGURO.—IV. LA ADMINISTRACIÓN POR LOS TRABAJADORES DE LAS MUTUALIDADES VOLUNTARIAS DE PREVISIÓN SOCIAL DE CARÁCTER EMPRESARIAL.—V. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. EL ARTÍCULO 129.2 CE Y LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La Constitución Española a lo largo de su articulado configura un sistema fundamentado en la democracia participativa, otorgando a los ciudadanos determinadas atribuciones para que participen en la vida pública; con todo, es menester reconocer como muchos gobernantes olvidan la voz de la calle —o sólo la escuchan en períodos electorales— o intentan minimizar sus resortes. Recientes experiencias comparadas muestran el importante poder que la población tiene en sus manos para influir en la actuación de los dirigentes de sus Estados, siendo capaces incluso de ganarles el pulso o forzar la convocatoria de comicios; de esta manera, han surgido determinadas posiciones doctrinales para las cuales el papel a desarrollar por los sujetos colectivos en un país democrático resulta crucial, dependiendo el buen gobierno (« *good governance*» [1]) del grado de participación que la sociedad civil tenga en la

---

[1] Así, «los promotores de la participación han sido capaces de fundamentar su postura en el compromiso generalizado en las sociedades industriales hacia los ideales democráticos, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho inalienable del ciudadano a opinar sobre todo aquello que le concierne», POOLE, M.: *Hacia una nueva democracia industrial. La participación de los trabajadores en la industria*, Madrid (MTSS), 1995, p. 15.

Sobre el concepto del buen gobierno y los modelos de participación de los ciudadanos y sus organizaciones en una democracia representativa, por todos, AA.VV. (KOOIMAN, J., Ed.): *Modern governance: new government-society interactions*, Londres (Sage), 1993; HABERMAS, J.: *Between facts and norms: Contributions to a discourse of law and democracy*, Cambridge-Massachussets (MIT), 1996, p. 367 y ss.; BOTCHWAY, F. N.: «Good governance: the old, the new, the principle and the elements», *Florida Journal of International Law*, Vol. 13, Spring, 2001, p. 159 y ss.; SARDAR ALI, S.: «Who "writes" the budget: A "close-up" of the politics of "development" projects. Implications for health care delivery, democracy and good governance towards a human rights based development approach», *Law, Justice & Global Development*, núm. 1, 2002 (formato electrónico), o PALAST, G.; OPPENHEIM, J. y MACGREGOR, TH.: *Democracy and regulation: How the public can govern essential services*, Londres (Pluto Press), 2003, p. 6 y ss.

formulación e implementación de las decisiones públicas, las cuales presentarán un alto nivel de aceptación si consiguen el apoyo de la mayoría de las partes interesadas y, por ese lado, asegurarán el deseado producto final, consistente en una comunidad justa y estable [2].

En dicho contexto cooperativo cabe encuadrar el artículo 129.2 CE cuando ordena a los poderes públicos promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y lo hace superando el ámbito tradicional de la intervención en la vida política para extender sus tentáculos también a las materias socio-económicas [3]; se trata ésta de una disposición ubicada dentro de la llamada Constitución Económica y, por tanto, aún informando la práctica del legislador ordinario, de la Administración y de la judicatura, su tutela únicamente podrá ser alegada ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los desarrollan [4], conformándose como un derecho de creación legal.

Sea como fuere, el espíritu de este instituto cabe situarlo en la idea de ofrecer «a los trabajadores la posibilidad de una representación común de sus intereses en el interior de la empresa y la participación en determinadas decisiones de la misma sin menoscabar la responsabilidad y la eficacia de su dirección» [5], aun cuando ello traiga aparejado «poner límites a las prerrogativas de la dirección, con el objetivo de plegarlas también a los intereses de los trabajadores» [6].

La parquedad del precepto constitucional, con una indicación genérica a «las diversas formas de participación en la empresa», fuerza a interpretar cuál es su alcance y dónde situar sus límites, esto es, si únicamente abarcaría las diferentes formas de gestión en el seno de la empresa o podría extenderse también al funcionamiento de determinadas instituciones vinculadas a la unidad productiva pero que frecuentemente exceden su marco de actuación propio [7] y que algunos autores denominan

---

[2] Novitz, T.: *International and European protection of the right to strike. A comparative study of standards set by the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union,* Oxford (Oxford University Press), 2003, p. 15.

[3] Uriarte Torrealday, R.: *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Granada (Comares), 2005, p. 5. De esta manera, la participación de los trabajadores en la empresa pretendería alcanzar fundamentalmente tres clases de objetivos: éticos, político-sociales y económicos, Rodríguez Hidalgo, J. G. y Álvarez Cuesta, H.: *La participación de los trabajadores en el ámbito preventivo*, León (Universidad de León), 2004, pp. 14 y 15.

[4] Por todas, SSTSJ, Cont.-Admvo., País Vasco, 14 de junio de 1996 (JT 937), 16 (dos) enero 1997 (JT 71 y 173), ó 22 de febrero y 31 de mayo 1999 (JT 359 y 1029).

[5] Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1993, publicado en el DOCE núm. C 223, de 31 de agosto de 1992.

[6] Biagi, M.: *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Madrid (MTSS), 1992, p. 28.

[7] Lyon-Caen, G.: «La deuxième jeunnesse de la prévoyance sociale», en *DS*, núm. 4, 1986, p. 295.

«participación en la gestión social» [7 bis]. La calculada ambigüedad del cons-tituyente «abre todo un abanico de posibles realidades, que no tienen porqué ser alternativas o excluyentes... el concepto de lo que se entiende por participación no se materializa en un único modelo, sino que comprende sin dificultad algunas fórmulas muy diversas en aspectos tales como su intensidad real, las materias sobre las que se proyecta, los niveles de la organización en que se practica o su realización en forma directa por los interesados o, alternativamente, por sus representantes» [8].

Sobre la premisa anterior, uno de los posibles mecanismos para cumplir el mandato constitucional consiste en proporcionar vías de actuación dentro de cuantos instrumentos —fundamentalmente, y por cuanto a este trabajo interesa, planes y fondos de pensiones del sistema de empleo, mutualidades empresariales de previsión social y contratos de seguro colectivos de vida— existen en el ordenamiento español destinados a mejorar las prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social y cuya finalidad consiste en garantizar un nivel de vida suficiente cuando hayan acaecido diferentes situaciones de necesidad. De esta manera, los trabajadores, en cuanto beneficiarios últimos de los compromisos por pensiones asumidos por sus empleadores, son los más interesados en el buen funcionamiento de dichos mecanismos a fin de que estos cumplan el objetivo con el que nacieron: abonar los auxilios garantizados cuando suceda el hecho causante de la contingencia protegida; por tal razón, también son los más legitimados para fiscalizar su funcionamiento y participar en la toma de las decisiones con mayor trascendencia en su seno [9]. Es más, la importancia económica que las instituciones gestoras de la protección social complementaria ha alcanzado en los últimos años en España [10], sirve, si cabe, de mayor justifi-

---

[7 bis] Definida como colaboración «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. En tiempos anteriores, el contenido de esa participación era la gestión compartida de la obra social de la empresa, que hoy en día es concebida más ambiciosamente como la "acción social" de la empresa». L anda Zapirain, J. P.: «Las nuevas formas de participación en la empresa», en AA.VV.: *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. Ponencias,* Salamanca (AEDTSS/Universidad de Salamanca), 2006, p. 280.

[8] Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «El derecho a la participación en la empresa y en la Seguridad Social», en AA.VV. (M onereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N., Dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada (Comares), 2002, p. 700.

[9] «Así, otorgando mayor competencia y autonomía en la toma de decisiones y participar en sus efectos y resultados, se transmite mayor seguridad y confianza en las instituciones y en las medidas adoptadas», Schulte, B.: «Qué garantías ofrecen los sistemas de Seguridad Social», en *RSS*, núm. 33, 1987, p. 143.

[10] Sin pretender cansar al lector con una interminable lista de datos económicos, sí quiere expresarse gráficamente cómo el patrimonio acumulado en el año 2005 por los

cación al acceso de los empleados a la administración de los institutos que se van a analizar, a fin de que estos no sean controlados únicamente por terceros con unos intereses divergentes a las utilidades de quienes son realmente sus verdaderos beneficiarios.

II. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA GESTIÓN DE LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO

Obviando la implicación de los empleados en la comisión promotora del Plan y en la comisión de control del Fondo de pensiones así como la fiscalización realizada por los instrumentos colectivos de carácter común [11], por superar los objetivos del presente estudio, cabe centrar el análisis en la presencia de los trabajadores dentro de los órganos institucionales del Plan. De esta manera, el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre —en adelante, TRLPFP— prevé como principio de actuación que «el funcionamiento y ejecución de cada plan del sistema de empleo será supervisado por una comisión de control constituida al efecto»; dicho precepto, completado con lo señalado en el artículo 29 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero —en adelante RPFP—, atribuye a dicho órgano funciones como las siguientes[12]: supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo cuanto se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios; seleccionar el actuario o actuarios competentes para certificar la situación y dinámica del plan; proponer y, en su caso, acordar las modifica-

---

planes de pensiones del sistema de empleo superaba los 28 mil millones de euros, el de las mutualidades de previsión social para el año 2004 excedía de los 21 mil millones de euros y el de los seguros colectivos de vida para el 2003 rondaba los 28,5 mil millones de euros. Fuentes: Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (www.inverco.es); Confederación Nacional de Entidades de Previsión Social (www.cneps.es) y Consejo Económico y Social [*Economía, Trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2000*, Madrid (CES), 2001, p. 665 y *Economía, Trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España en 2002*, Madrid (CES), 2003, pp. 710 y 711].

[11] Así es posible que el propio convenio, fuente del sistema de previsión, encomiende a la Comisión Paritaria, a la representación unitaria, a la sindical o a un órgano específico *ad hoc* «algunas funciones específicas relacionadas con la puesta en práctica de las estipulaciones convencionales referidas a Planes de previsión del personal», Monereo Pérez, J. L.: «Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)», en *REDT*, núm. 48, 1991, p. 561 y ss.

[12] La enumeración que sigue no presenta la naturaleza de *numerus clausus*, pudiendo las propias especificaciones del Plan concretar otras distintas; un análisis exhaustivo sobre la práctica española al respecto en Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A.: *Las especificaciones de los Planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada (Comares), 2004, p. 149.

ciones que estime pertinentes sobre aportaciones, prestaciones u otras variables o aspectos del plan de pensiones; nombrar los representantes de la comisión de control del plan en la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito; proponer y, en su caso, decidir en cuantas otras cuestiones le atribuya competencia el ordenamiento español; en fin, representar judicial y extrajudicialmente los intereses colectivos de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones.

Las facultades asignadas resultan de tanta trascendencia como para considerar imprescindible la presencia en su seno de quienes son los verdaderos destinatarios de los derechos especificados en el plan [13] y, por tal razón, su composición se conformará mediante una representación del promotor y de los partícipes y, en su caso, también de los beneficiarios (arts. 7.2 TRLPFP y 30.1 RPFP).

El legislador ha tomado en consideración el fundamental papel a jugar por los partícipes-trabajadores en el seno del organismo analizado y durante bastante tiempo les garantizó la mayoría absoluta en la Comisión de Control, pues más de la mitad de sus miembros debían ser elegidos por dicho colectivo. Sin embargo, las «feroces» críticas vertidas desde algunos sectores del empresariado considerando dicho reparto como uno de los mayores obstáculos para la creación de planes de pensiones en las unidades productivas españolas [14], llevó al hacedor de la norma a cambiar el criterio, optando, mediante la Ley 14/2001, por una composición paritaria del instituto analizado asegurando al promotor el 50 por 100 de los asientos [arts. 7.3.a) TRLPFP y 30.1.a) RPFP].

---

[13] En efecto, «una de las "ideas-fuerza" que preside el marco jurídico-institucional de gestión de los sistemas privados de pensiones aquí considerados es la de fomentar la participación activa de la colectividad formada por los más directamente interesados en el funcionamiento de estas instituciones de previsión. Se trata, pues, de una operación de política del Derecho que tiende a acentuar los elementos "mutualísticos" de la figura» [Monereo Pérez, J. L.: «La posición jurídica de los partícipes en la estructura de la gestión y el sistema de adopción de acuerdos en las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones», en *RL*, T. I, 1992, p. 1731]; en consecuencia, parece razonable que sean ellos «los que controlen, supervisen e incluso, si resulta necesario, decidan lo necesario en orden a la gestión de su patrimonio» [CC.OO.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación*, Madrid (CC.OO.), 2000, p. 62].

[14] Haciéndose eco de las reticencias realizadas al respecto, Mateu Ros Cerezo, R.: «Planes y fondos de pensiones: régimen jurídico social», en *AL*, núm. 41, 1988, p. 2394; Rabadán Fornies, M.: «Estudio preliminar», en AA.VV. (Martínez Lafuente, A., Dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones*, Barcelona (Ariel), 1989, p. 45; Parra Martín-Urda, D.: «La implantación en España del Sistema de Fondos de Pensiones», en AA.VV. (Navas Olóriz, J., Dir.): *Los planes y fondos de pensiones*, Madrid (Economistas), 1989, p. 20, o Delgado Planas, C.: *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa. La previsión empresarial en España*, Madrid (McGraw Hill), 2000, pp. 112-113 y 218.

No obstante, y como «un intento moderado de salvaguardar la posición jurídica de primacía de los partícipes» [15], se permite a la negociación colectiva establecer una participación distinta a la reseñada [art. 30.1.a) *in fine* RPFP].

La distribución expuesta altera el centro de gravitación de las decisiones, pues los trabajadores pierden su peso específico y el titular de la unidad productiva ve reforzado su dominio dentro de la comisión, en «un intento descarado de privilegiar la posición de los empleadores, olvidando quiénes son los destinatarios de estas figuras: a pesar de que los partícipes y beneficiarios ostentan la titularidad de los recursos, sus empresarios tienen tanto poder de decisión sobre su gestión como ellos» [16], difuminándose parte del componente solidario y previsional de la figura para ganar en presencia los intereses del empresario.

A fin de contrarrestar el desequilibrio apuntado y para evitar posibles abusos por parte del promotor, adquieren gran relevancia los sistemas de mayorías reforzadas o cualificadas, impidiendo a éste controlar de manera absoluta el órgano fiscalizador y protegiendo los intereses de la generalidad formada por los partícipes, concediéndoles *de facto* una especie de derecho de veto para la adopción de aquellas decisiones más importantes [17], cuya concreta determinación queda en manos de las especificaciones del plan [arts. 7.2 pfo. 5.º TRLPFP y 32.1 RPFP], sin perjuicio de que la norma exija ciertos apoyos en circunstancias particulares, *verbi gratia* en las materias reguladas en los artículos 7.3.b) y c) TRLPFP y 32.2 y 3 RPFP. Se trata de un modelo de toma de acuerdos considerado como habitual, siempre y cuando se haga un uso «natural y en todo caso razonado y razonable» [18] y que ha contado con el aval expreso de los órganos judiciales españoles respecto al previsto antes de

---

[15] Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A.: *Las especificaciones de los Planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, cit., p. 134.

[16] Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Valladolid (Lex Nova), 2003, p. 639. Del mismo parecer, entre otros, Monereo Pérez, J. L. y Gallego Morales, A.: «Comentario al artículo 7», en AA.VV. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N., Dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada (Comares), 2003, p. 277, o De Val Tena, A. L.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, Cizur Menor (Aranzadi-Thomson), 2004, pp. 112-113.

[17] Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, cit., pp. 659 y 662, o Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A.: *Las especificaciones de los Planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora,* cit., p. 152.

[18] CC.OO.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación*, cit., p. 63.

la reforma del año 2001 [19], «dando origen por ello a un sistema de gestión no autónoma sino compartida» [20].

Justificada la participación de los trabajadores en la comisión de control, cabe analizar, por su problemática, el cauce de elección de los representantes de los partícipes en la misma. Dos son fundamentalmente las vías a utilizar:

1.ª Elección directa por parte de los partícipes del plan mediante voto libre, personal, directo y secreto, resultando válido el voto por correo pero no su delegación (art. 31.3 RPFP). Serán elegibles los partícipes, siempre y cuando las especificaciones no excluyan a aquéllos en suspenso por extinción o suspensión de su contrato de trabajo, debiendo estar avaladas las candidaturas por la firma de, al menos, un 10 por 100 de los integrantes del correspondiente colegio electoral o por un sindicato [21], al cual no se le exige la acreditación de porcentaje alguno [art. 31.3.a) RPFP].

2.ª Un cauce de naturaleza colectiva, ya sea mediante la designación directa de los miembros por parte de la comisión negociadora del convenio colectivo, a través del acuerdo adoptado por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa o una combinación de ambos sistemas (arts. 7.2, pfo. 4.º TRLPFP y 31.2 RPFP).

Las previsiones anteriores conceden un papel prioritario a los órganos de representación en el proceso electoral, reforzando la presencia sindical en el ámbito de la comisión de control, circunstancia que *a priori* debe ser considerada como positiva [22], pero que en determinadas cir-

---

[19] En efecto, «no es el principio de soberanía de los partícipes lo que establece el artículo 7.3 LPFP, sino los principios de supremacía de los partícipes y de participación de promotores y beneficiarios. La compatibilidad de estos principios se asegura… en que la mayoría absoluta de la representación de los partícipes no se traduce en voto bloqueado de este grupo de intereses. Lo que pretende la ley es, en definitiva, impedir que puedan tomarse acuerdos prescindiendo de la voluntad de los partícipes, pero no que todos los acuerdos puedan ser adoptados por la sola voluntad de los partícipes», STS de 26 de enero de 1993 (RJ 270). En el mismo sentido, STS de 23 de diciembre de 1994 (RJ 10226) y SAN de 11 de noviembre de 1999 (AS 7266).

[20] González Ortega, S.: «Planes y Fondos de Pensiones: algunos aspectos de su régimen jurídico. Comentario a la sentencia de la AN 102/1991 de 3 de julio», en *RL*, T. I, 1992, p. 512.

[21] Ahora bien, los integrantes de la Comisión incluidos en las candidaturas promocionadas por la organización obrera «representan a los trabajadores [partícipes] y no al Sindicato que los designó», SAN de 5 de diciembre de 2003 (JUR 205569/2004).

[22] «Con este reforzamiento de la presencia sindical se puede no sólo garantizar una mayor democratización del sistema institucional, sino también evitar una probable desconexión entre la dinámica del sistema de pensiones y el desenvolvimiento de las relaciones laborales», Monereo Pérez, J. L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid (Tecnos), 1996, p. 299. Del mismo parecer, García Becedas, G.: «Funciones y responsa-

cunstancias puede causar un efecto no deseado al petrificar en el tiempo los sujetos que acceden al órgano fiscalizador ante el desinterés del resto de compañeros por presentar candidatura, existir «riesgos exagerados» de quedar de manera permanente bajo control sindical [23] e impedir una renovación cíclica de los órganos, al resultar sumamente difícil participar —y aún más con garantías de éxito— en el proceso de no estar respaldado por una organización, en especial en las empresas de mayor tamaño [24]. Por tales razones, parece más democrático el primero de los sistemas, al permitir a los partícipes intervenir de forma activa en la elección de quienes serán sus representantes y renovar o no su confianza en ellos en función de su actuación durante el ejercicio de su mandato.

III. EL PAPEL DE LOS EMPLEADOS EN LOS CONTRATOS COLECTIVOS DE SEGURO

La instrumentación de los compromisos por pensiones adquiridos por el empresario frente a sus trabajadores suscribiendo un contrato colectivo de vida con una compañía aseguradora constituye el mecanismo previsional donde menor participación existe por parte de los empleados, ya que estos no van a estar presente en ningún órgano destinado a fiscalizar el funcionamiento de la relación entablada entre el empleador, como tomador, y la entidad mercantil; su única forma de control, conforme se verá, encontrará oportuno cauce mediante la información facilitada respecto a los términos de la cobertura garantizada.

En semejante contexto, queda en manos de la negociación colectiva potenciar el papel a jugar por los trabajadores asegurados y sus representantes legales en estos instrumentos [25], ya sea forzando al empresario a pactar la compañía con la cual va a ser suscrita la póliza de seguro, ya estableciendo cauces de información a fin de realizar un seguimiento sobre el funcionamiento del contrato de seguro concertado. De esta manera, aun cuando pudiera actuar de manera unilateral, el empleador en la mayoría de las ocasiones buscará «la aquiescencia, la complicidad y el consenso con los representantes de los trabajadores... a fin de no alterar el clima de paz dentro de la unidad productiva y evitar los conflictos colec-

---

bilidades legales de las comisiones de control y de sus miembros (Sinopsis legislativa a 31-12-2003)», en AA.VV. (López García de la Serrana, J. M., Dir.): *Seguridad Social complementaria*, Madrid (CGPJ), 2004, p. 265.

[23] Reguero Celada, J.: «Aspectos jurídico-laborales de los Planes y Fondos de Pensiones», en *RL*, núm. 4, 1995, p. 24.

[24] Moreno Royes, F.; Santidrián Alegre, J. y Ferrando Piñol, A.: *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al Reglamento*, Madrid (CDN), 1988, p. 102.

[25] Aguilera Izquierdo, R.: *Pensiones privadas: Obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Madrid (Civitas), 2001, p. 174.

tivos»[26]. Con todo, menester es reconocer como en la práctica en muy pocas ocasiones los interlocutores sociales han utilizado la norma paccionada para regular aspectos como los aquí tratados, limitándose en la gran mayoría de los casos a establecer la mejora cuantitativa y cualitativamente pero sin establecer previsión alguna sobre su forma de gestión[27].

Ante esta tesitura, y conforme ya se ha adelantado, «la única arma participativa en un contrato de seguro... imprescindible para ejercer el adecuado control y defensa de los intereses»[28] de los trabajadores son los derechos de información reconocidos a estos últimos. Así, y de conformidad con lo establecido en el artículo 106 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre —en adelante ROSSP—, las entidades aseguradoras deberán cumplir las obligaciones recogidas en los artículos 104 y 105 ROSSP no sólo con los tomadores —empresario— sino

---

[26] Fernández Fernández, R.: *Las mutualidades voluntarias de previsión social y sus conexiones con el sistema de Seguridad Social*, León (Universidad de León), 2004, p. 224.

[27] Tal vez arrastrados por las inercias de «una normativa legal que, en términos generales, no promueve la negociación colectiva, en cuanto elemento integrante de la actividad sindical, en un campo social en el que genuinamente correspondería incentivar su participación por estar en juego la defensa de intereses colectivos de los trabajadores. No se está, pues, ante una legislación que siquiera se pudiera considerar de apoyo público indirecto a la actividad de los sindicatos acrecentando su papel en la regulación convencional (escaso es el llamamiento de la ley a la autonomía colectiva) de las relaciones de trabajo. Con ello se hace patente la continuidad de la óptica individualista ya observada que preside globalmente toda la arquitectura constructiva del sistema legal de estas fórmulas de previsión privada», Monereo Pérez, J. L.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, p. 86.

Algunos ejemplos sobre la escasa presencia de cláusulas convencionales regulando las formas de gestión de los compromisos por pensiones, por todos, en AA.VV. (D el Rey Guanter, S., Dir. y Gala Durán, C. y Luque Parra, M., Coords.): *El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas*, Madrid (MTAS), 2003, pp. 981 y ss.; Martínez Barroso, M.ª R.: «La protección social en los convenios colectivos extraestatutarios», en AA.VV. (B arreiro González, G. y Fernández Domínguez, J. J., Dirs.): *Los convenios colectivos extraestatutarios: Contenido y régimen jurídico*, Madrid (MTAS), 2004, p. 346 y ss., y 373 y ss., o De la Puebla Pinilla, A.; Suárez Corujo, B. y De Sande Pérez-Bedmar, M.ª: «El coste económico de la protección social complementaria», en AA.VV. (Mercader Uguina, J. R., Dir.): *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 2005, p. 246 y ss.

[28] CC.OO.: *La exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas con sus trabajadores y beneficiarios. Guía jurídica y para la negociación*, cit., p. 97. Por tanto, la participación del trabajador resulta bastante parca, no compartiendo la afirmación realizada por algún autor sobre «el acusado designio tuitivo que guía la disciplina de control de los seguros, especialmente presente en el establecimiento de un conjunto de medidas —transposición, en gran parte, de las normas comunitarias dictadas sobre la materia— ordenadas a la satisfacción de las necesidades de información que con anterioridad a la celebración del contrato de seguro, así como durante su vigencia, experimentan tomadores, asegurados y beneficiarios», La Casa García, R.: *Contrato de seguro y previsión social complementaria en el ámbito laboral (Régimen jurídico de los contratos de seguro que pueden instrumentar compromisos por pensiones)*, Madrid (Fundación Mapfre), 2000, p. 151.

también con los asegurados —trabajadores— de los seguros colectivos de vida, habida cuenta al no coincidir dichas cualidades en el mismo sujeto son los segundos «las personas más dignas de protección dentro de esta tricotomía» [29] debiendo, por tanto, «informársele de cuál es la cobertura que se le garantiza» [30]. Asimismo, debe hacerle llegar la información general recogida en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre —en adelante, TRLOSSP—, relativa a la legislación aplicable a la relación y a las disposiciones referentes a las reclamaciones a efectuar, así como cada año habrá de recibir una certificación sobre su número de póliza, situación individualizada del pago de primas, rescates y reducciones efectuados en el año y coberturas subjetivamente garantizadas (art. 34.1.1.º del Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre), información mínima que puede ser ampliable mediante acuerdo colectivo de empresa (art. 34.1.3.º del Real Decreto 1588/1999). El objetivo fundamental de todas estas previsiones cabe situarlo en que el trabajador conozca sus prerrogativas fundamentales antes de formalizar o continuar con el vínculo asegurador y pueda analizar los *pros* y *contras* de su decisión.

IV. LA ADMINISTRACIÓN POR LOS TRABAJADORES DE LAS MUTUALIDADES VOLUNTARIAS DE PREVISIÓN SOCIAL DE CARÁCTER EMPRESARIAL

Una de las reglas fundamentales en cualquier entidad de previsión social es el principio democrático, en tanto en cuanto son los propios mutualistas quienes van a adoptar las decisiones esenciales para su funcionamiento y tienen en su manos el futuro de aquélla, marcando las líneas de actuación y aprobando la administración de los distintos órganos sociales; en definitiva, autogestionándola. De esta manera, los estatutos de la mutualidad habrán de contener estipulaciones concretas para garantizar una participación efectiva de sus asociados en el gobierno de la entidad, atendiendo al tipo de colectivo al cual pertenecen, sectores económicos donde desarrollan su actividad u otras circunstancias análogas (art. 35.3.º del Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre —en adelante RMPS—). Sin pretender ahora estudiar pormenorizadamente el régimen jurídico de los órganos de la institución analizada [31], se considera interesante abordar al hilo del discurso determinados aspectos que

---

[29] Bataller Grau, J.: «La reforma del Derecho de Seguro: la nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», en *RES*, núm. 83, 1995, p. 20.

[30] SAP, Civil, La Coruña, 12 de enero de 2001 (JUR 144894).

[31] Al respecto se remite a un trabajo anterior con cita de abundante bibliografía y sentencias, Fernández Fernández, R.: *Las relaciones jurídicas entre los socios-trabajadores y las mutualidades de carácter empresarial*, Albacete (Bomarzo), 2004, p. 131 y ss.

han mermado el poder de los trabajadores-mutualistas en la gestión de estas entidades, mostrando el ordenamiento ciertas insuficiencias que impiden la plena realización de dicha máxima.

1.º En las mutualidades de naturaleza empresarial, el empresario asume normalmente la posición de socio protector (art. 33.1.º RMPS) pudiendo participar, si así lo establecen los estatutos, en sus órganos sociales; ahora bien, su inclusión en las instancias decisorias puede conllevar su control efectivo, con quiebra del principio democrático (art. 33.2.º RMPS). Sin embargo, el ordenamiento español presenta una laguna importante en la materia al no definir cuanto se haya de entender por «control efectivo», ambigüedad que ha sido aprovechada para «la existencia de mutualidades regidas de forma no democrática o en las que la representación de los mutualistas ha sido minoritaria o puramente simbólica» [32]. Para evitar tan indeseable consecuencia, cabe proponer*de lege ferenda* que la presencia del empleador en cualquier órgano social no debería ser superior a una tercera parte de sus miembros, impidiendo concederle una especie de derecho de veto y permitiendo a los trabajadores tener la fuerza suficiente para tomar, si lo creen conveniente, aquellas decisiones para cuya aprobación el ordenamiento exige mayorías reforzadas.

2.º El órgano supremo de gobierno de la entidad es la asamblea general cuya composición presenta como regla de orden el principio «un mutualista un voto» (art. 32.2 RMPS), de manera que todo asociado tiene derecho a participar en ella en la forma prevista por los estatutos. La experiencia muestra la existencia fundamentalmente de dos modelos: el primero consiste en instaurar un régimen de participación delegada, en el cual los mutualistas eligen una serie de representantes para la asamblea, cuyo mandato se extiende a un plazo temporal determinado y que no vienen vinculados por la opinión de sus representados, al no quedar obligados a consultarles previamente a la celebración de las correspondientes reuniones, sistema convalidado por el artículo 38.2.h) RMPS; el segundo supondría convocar, con carácter previo a la celebración de cada asamblea general, reuniones territoriales de socios a fin de que éstos elijan delegados en la forma y número establecidos en los estatutos, con pleno respeto al principio de participación efectiva de los mutualistas en el gobierno de la asociación [art. 38.2.h) 1.º RMPS].

El primero de los modelos parece conveniente desde el punto de vista empresarial, pero no resulta nada acorde con la regla «un mutua-

---

[32] Desdentado Bonete, A.: «El mutualismo de previsión ante la reforma de la Seguridad Social», en AA.VV. (Cruz Roche, I. y De Vicente Martín, C., Dirs.): *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y fondos de pensiones*, Madrid (IELSS), 1985, p. 105.

lista, un voto», ni, por tanto, con su participación efectiva en este órgano. El segundo resulta más acorde con el principio democrático, siendo perfectamente compatible con la celebración de unas reuniones en las cuales no resulte imposible ponerse de acuerdo por el elevando número de asistentes y las dificultades para poder realizarlas. La solución, por tanto, podría venir dada por la convocatoria de reuniones provinciales previas, en las cuales se procedería a la selección de compromisarios, pero no se les reconocería plena libertad para ejercer el mandato, pues todos los asuntos a tratar en la asamblea general de ámbito territorial superior deberían ser votados en el marco geográfico inferior, vinculando la resolución adoptada a quien actúe como representante; al tiempo, se garantizaría la participación indirecta de todos los asociados en la discusión sobre los distintos puntos del orden del día.

3.º El otro órgano obligatorio de las mutualidades es la junta directiva, cuyos componentes habrán de ser mutualistas, sin perjuicio de que el socio protector pueda designar miembros en su representación sin la condición de asociados (art. 39.2 RMPS). Sin embargo, la norma reglamentaria desconoce la realidad de las mutualidades de carácter empresarial, al exigir que dichos integrantes hayan de reunir las condiciones de honorabilidad y cualificación o experiencia profesionales exigibles a los administradores previstas en el artículo 15 TRLOSSP (art. 41 RMPS), no se olvide titulación universitaria en ciencias jurídicas, económicas, actuariales y financieras, en administración y dirección de empresas o en materia específica de seguros privados y una experiencia de al menos cinco años en funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento en entidades financieras o aseguradoras.

Una interpretación estricta de la previsión analizada traerá aparejada dos consecuencias de importante calado: de un lado, constituir este órgano social se convertirá en una labor prácticamente imposible, dadas las dificultades para encontrar entre los empleados personas capacitadas para asumir dichas tareas; de otro, se vería ciertamente limitado el principio democrático, al poder acceder a la junta directiva únicamente cuantos mutualistas acrediten estos requisitos [33]. En consecuencia, y para no transformar en utópica su formación, por lo inviable de nombrar a personas que reúnan tales atributos, cabe proponer una interpretación flexible del mandato, considerando suficiente con probar una honorabilidad reconocida y una conducta acorde con la propia de «un buen padre de familia» [34].

---

[33] Ávalos Muñoz, L. M.: «Las mutualidades de previsión social en la nueva Ley de Seguros», en *Noticias UE*, núms. 139-140, 1996, p. 54.

[34] Tapia Hermida, A. J.: «Deberes y responsabilidades de los sujetos que intervienen en los planes y fondos de pensiones», en *RES*, núm. 90, 1997, p. 104.

4.º La desaparición como órgano obligatorio de la comisión de control financiero tras la entrada en vigor del RMPS constituye un nuevo paso atrás en la participación de los trabajadores en las mutualidades, habida cuenta de conformidad con el artículo 43.1 RMPS únicamente será necesaria en aquellas entidades no obligadas por disposición normativa a someter a auditorías sus cuentas anuales. Con semejante previsión, podría dejar de existir una instancia cuya función consiste en fiscalizar el quehacer de sus órganos rectores y cuya característica principal radica en su independencia respecto a aquéllos.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

En las páginas precedentes se ha ofrecido el panorama trazado por el ordenamiento español sobre esta materia y cuyo análisis va a permitir contestar al interrogante planteado en el título de este trabajo. Antes de responder, resulta imprescindible partir del siguiente dato: para el Máximo Intérprete de la Carta Magna los derechos de participación de los trabajadores en la empresa son, conforme consta, prerrogativas de creación normativa [35], de manera que el operador jurídico debe «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» [36].

La premisa anterior no impide considerar que el panorama no resulta nada halagüeño, pues en lugar de aumentar parece disminuir el peso que los trabajadores juegan en el control de los mecanismos destinados a garantizar sus compromisos por pensiones, aumentando la importancia de otros actores, fundamentalmente el empresario, es decir, no sólo no se ha alcanzado una eficacia práctica máxima en el modelo, sino que las sucesivas reformas han recortado el nivel de implicación de los empleados en el control de los compromisos por pensiones, diluyéndose sus intereses con las utilidades propias de otros sujetos, sin la cualidad de beneficiarios directos del cobro de los auxilios.

---

[35] SSTCo 37 y 118/1983, de 11 de mayo y 13 de diciembre; 98/1985, de 29 de julio; 39/1986, de 31 de marzo y 189/1993, de 14 de junio.

[36] STCo 142/1993, de 22 de abril; en otras palabras, «el fomento por los poderes públicos de una actividad determinada... ofrece un amplísimo campo de actuación y de adopción de medidas que pueden presentar además muy diferentes niveles de intensidad, lo que, a salvo de aquellos supuestos en los que se evidencie manifiestamente infundado o arbitrario el trato normativo desigual que, a su vez, determine un efecto desincentivador de la actividad, dados los condicionamientos a los que éste quede sujeta, excluye que este Tribunal pueda adentrarse en valoraciones y apreciaciones que, por ser de mera oportunidad, acampan ineludiblemente fuera del estricto juicio de constitucionalidad», STCo 155/1993, de 6 de mayo.

Es más, la realidad práctica parece haber mostrado dos problemas en el funcionamiento de cuantos mecanismos de control ha instaurado la normativa interna y que han supuesto otras tantas trabas para la efectiva realización del principio de participación de los interesados en su seno, conformándose la autogestión en numerosas ocasiones como un principio programático sin utilidad real.

De una parte, la patente ausencia de dinamismo en la regeneración de cuantos órganos de control se han analizado, ocupando los cargos durante muchos años las mismas personas, al punto de llegar a constituir auténticas oligarquías [37], en muchos casos a resultas de la apatía del resto de compañeros. Lo ideal sería la renovación continua de tales representantes, entrando a formar parte de la clase dirigente nuevas personas capaces de aportar ideas frescas sobre la gestión y marcha futura del instrumento de previsión complementario.

De otro, demasiado frecuentemente han podido ser apreciadas prácticas abusivas llevadas a cabo por numerosos empresarios que, legitimando el control de los órganos bajo la pobre y peregrina excusa de la importante aportación que realizan, en la práctica han dominado a su antojo la evolución y las decisiones adoptadas en su seno, sin que los empleados conservaran ningún poder efectivo. Para superar dicha indeseada consecuencia, el titular de la unidad productiva, aún participando en dichos institutos, habría de ver limitada su influencia, impidiendo dominar en la práctica la actuación de los mismos.

El reto final de la alternativa esbozada en este sentido reside en conseguir que la autogestión llegue a operar en la práctica si no de manera plena sí al menos en su mayor grado posible: de una parte activando la regeneración de las instancias representativas y permitiendo a todos, y no sólo a unos pocos, exponer su opinión sobre cuantos asuntos les afecten; de otro paralizando el control efectivo sobre su funcionamiento por parte de la empresa: su voz deberá ser oída, es lo razonable, pero nunca con tal intensidad como para acallar la de los trabajadores, en cuyas manos ha de quedar siempre el gobierno de los instrumentos complementarios por pensiones.

En definitiva, las intenciones del ordenamiento español declarando que han de ser los trabajadores quienes hayan de fiscalizar y, a la postre, decidir en último término sobre la marcha de estos compromisos previ-

---

[37] Cabe hacer referencia a «los excesos del caudillismo —el cual no debe confundirse con el liderazgo, tan necesario hoy— que se ha podido comprobar en algunas ocasiones nacida en el caldo de cultivo de la masificación y de la indiferencia del "asegurado"», VICENT CHULIÁ, F.: «Aspectos relevantes del régimen de las mutuas de seguros», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque Domínguez*, Vol. I, Valladolid (Universidad de Valladolid), 1998, p. 741.

sionales han de ser calificadas como positivas, pero su materialización práctica resulta en muchas ocasiones utópica, realidad unas veces propiciada por el propio legislador al disminuir el poder de los empleados en cuantos órganos han sido analizados, otras por la inercia de unos intereses creados que convierten a dichos institutos en meros títeres, cuya existencia es necesaria por mandato de la ley, pero carentes de un verdadero poder decisorio al estar éste residencia en otras instancias.

Comunicación a la Ponencia Temática III

REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS PLANES DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN BENEFICIOS Y LOS *FRINGE BENEFITS* COMO NUEVAS FORMAS RETRIBUTIVAS DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca

SUMARIO:

I. PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. Origen y desarrollo de la participación. 2. Modalidades de participación.— II. FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. Planes de participación de los trabajadores en beneficios. 1.1. La participación de los beneficios del alto directivo de la empresa. 1.2. Los *Fringe benefits* o compensación accesoria. 1.2.1. Nociones y naturaleza de los *Fringe benefits.* 1.2.2. Dificultades para su catalogación. 1.2.3. Problemas jurídicos.

I. PARTICIPACIÓN RETRIBUTIVA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. Origen y desarrollo de la participación

Las nuevas tecnologías permiten un gran aumento de la productividad en el conjunto de la economía; y a su vez el impacto sobre el empleo abre la opción a los empresarios de utilizar la renovación tecnológica como elemento disuasorio para obtener de los trabajadores concesiones sustanciales en lo referente a salarios y condiciones de trabajo [1]. Es un factor clave en el relanzamiento de la inversión, haciendo renovar los numerosos bienes de consumo. Las nuevas tecnologías son un soporte indispensable para el proceso de internacionalización de la economía. Especificando de esta manera la función de aquellas en el nuevo modelo económico [2]. Los cambios en las formas y la manera de organización laboral abren camino a la nueva era del «capital humano» [3], su propósito principal es la implicación directa del trabajador en la actividad empresarial mediante formas de los círculos de calidad o los grupos de trabajos [4] o métodos de gestión.

Uno de los objetivos fundamentales que se perseguían a finales del siglo anterior, era el deseo de incentivar el convenio de los trabajadores con la empresa que laboran «integrando el factor humano de producción

---

[1] Martín Cabello, A. y otros: «Prácticas retributivas en el sector español de las nuevas tecnologías», en *EFRTSS*, núm. 235, 2002, pp. 157-204.

[2] Castells, M.: *Nuevas Tecnologías, Economía y Sociedad en España,* Alianza Editorial, Vol. 1, pp. 437-440.

[3] Ferrán Mañé, J.: «Cualificación del capital humano en la década de los noventa: una perspectiva comparada», en *Económicas*, núm. 87, 2001, pp. 269-280.

[4] Castillo, J. y otros: «Nuevas formas de organización y de implicación directa en España», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas,* núm. 56, 1991, pp. 115-141.

en la atmósfera y cultura empresarial» [5]. A nivel comunitario, se orienta al crecimiento de la independencia en las relaciones entre organización y empleado con más identificación e implicación entre ambas. Surgiendo de esta manera nuevos instrumentos que en tiempo atrás venían conformando el sistema de relaciones laborales; actualmente persigue otros objetivos dirigidos a un sistema económico y productivo radicalmente diverso de aquel. No se busca en integrar de manera ideológica al trabajador, al contrario es incorporarlo patrimonialmente a la idea integradora de empresa.

La participación en la empresa infiere una diversidad de formas institucionales que buscan la cooperación de los trabajadores, sea de forma directa o mediante representantes, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la empresa, su representación viene dada mediante órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en la gestión de los centros de trabajo. La participación de los trabajadores en la empresa también se manifiesta en la atribución de aquellos derechos de carácter económico-financiero sobre el capital, sobre fondos de inversión, en los beneficios o en los resultados [6].

Uno de los aspectos del sistema de retribución que mayor atención ha recibido en los últimos años es la difusión de los esquemas que vinculan la remuneración del trabajador con los resultados que obtiene la empresa para la que trabaja. Desde el punto de vista de la empresa el interés se ha centrado en saber si esta clase de esquemas —a través de la mejora en la motivación de los empleados— lleva a una mejora en los resultados alcanzados [7]. Desde la perspectiva de los poderes públicos, la promoción de esta clase de retribución variable ha venido motivada [8], además de la búsqueda de una mejora en la competitividad de las empresas, por objetivos relacionados con la mayor participación de los trabajadores en las ganancias que generan o con la estabilidad del nivel de empleo.

El artículo 129.2 de la Constitución Española reconoce las diversas maneras de participación de los trabajadores en la empresa, la cual

---

[5] Mercader Uguina, J.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 194.

[6] Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT*, núm. 84, 1997, pp. 493-494.

[7] Festing, M.; Groening, Y.; Kabst, R. y Weber, W.: «Financial Participation in Europe. Determinants and Outcomes», en *Economic and Industrial Democracy*, Volume 20, n.º 2, 1999, pp. 295-329.

[8] Poutsma, E.; De Nijs, W., y Doorewaard, H.: «Promotion of Employee Ownership and Profit Sharing in Europe», en *Economic and Industrial Democracy*, Volume 20, n.º 2, 1999, pp. 171-196.

presenta varios significados, ya que, cada modelo de participación es el resultado de un modelo histórico complejo que ha tenido lugar en un marco definido al que se le dan un gran valor a las actitudes y reglas de cada realidad histórica [9]. Me refiero a las que buscan la participación en la propiedad o la participación en los beneficios de la empresa. Por su ubicación en el ordenamiento constitucional [10], fuera del sistema de protección de los derechos recogidos en la misma, el derecho a participar en la empresa es catalogado como «extrasistemático» [11]. El grado de la protección y la naturaleza del derecho se elevarían como factor integrante del contenido esencial de la libertad sindical como bien lo señala el artículo 28 de la Constitución Española.

La Constitución Española no configura la participación como un derecho sino como un principio, careciendo de un contenido preciso que el legislador debe desarrollar mediante la legislación ordinaria [12]. El precepto constitucional, deja abierta la participación en la gestión, en los resultados o beneficios y en la propiedad, sin otro límite que el derecho de propiedad dispuesto en el artículo 33.1 de la Constitución Española. Se persigue en la participación en la propiedad que los trabajadores se conviertan en propietarios de parte de la empresa, que se articula para las empresas en que la propiedad adopte la forma jurídica de sociedad por acciones. En estos casos, el sistema de distribución de poder y contrapoder no se altera en nada; la posición de los trabajadores convertidos en propietarios de una parte del capital, no se modifica, siguen siendo trabajadores por cuenta ajena y su «titularidad parcial no supone en ningún momento una influencia decisiva sobre la gestión de la sociedad o de la empresa» [13].

Las características del sistema español de las relaciones laborales han determinado un escaso interés por el mandato constitucional, cuyo desarrollo se ha considerado que era el contenido en el Estatuto de los Trabajadores en relación con la representación de los trabajadores en la empresa. La evolución de esta institución se mueve en potenciar cada

---

[9] *Vid.* Valdés Dal-Ré, F.: «Democracia industrial en Europa: balance de un debate», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, pp. 487-521.

[10] Pérez Amorós, F.: «Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa. A propósito de la necesaria revalorización del artículo 129.2 de la Constitución», en *Relaciones Laborales*, II-1988, p. 340.

[11] Montoya Melgar, A.: «La protección constitucional de los derechos laborales», en AA.VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, op. cit.,* pp. 297-298.

[12] De la Villa, L.: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 106.

[13] Baylos, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posible», en Aparicio, J. y Baylos, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Editorial Trotta, Madrid, 1992, p. 167.

vez más los mecanismos de participación y de colaboración, considerándose como el núcleo central de las actuales relaciones laborales.

En el marco de la II Directiva de Sociedades del Consejo de la CEE, Directiva 77/91/CEE destinada como es sabido a tutelar el mantenimiento e integridad del capital de las sociedades, conocidas como capitalistas, el legislador comunitario quiso un régimen especial de excepciones para ciertos negocios y operaciones jurídicas [14]. Se trata de las operaciones y transacciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a esta o destinadas a favorecer la participación de los trabajadores o de otras categorías de personas determinadas por la ley nacional en el capital de las empresas [15].

El legislador comunitario no siempre sabe ser congruente con los saludables propósitos de sus recomendaciones. Aunque en los Informes PEPPERS [16] se insistiera en la transparencia de los programas y planes de participación y en la necesidad de que se tutelara el interés de los trabajadores beneficiarios de dichos programas; en el artículo 2.2.h) de la Directiva 89/298, de 17 de abril de 1989, por lo que se coordinan las condiciones de elaboración, control y difusión del folleto en caso de oferta pública de valores negociables, se contempla la posibilidad de que se excepcione la aplicación de la Directiva [17] a «los valores ofrecidos por el empresario o por una empresa del grupo a los actuales miembros, o exmiembros del personal o en beneficio de los mismos». Esta licencia ha fundado una excepción parcial tan mal fundada pero concebida en el Derecho español de Mercado de Valores [18].

2. Modalidades de participación

Se ha puesto de manifiesto últimamente un desarrollo de nuevas fórmulas de participación económica, con el fin de conseguir una mayor implicación del personal en el funcionamiento y los resultados de la empresa, por razones de financiamiento interno o el establecimiento de

---

[14] *Vid.* De la Sierra Flores, M.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Cuadernos Mercantiles, 2.ª ed., Madrid, 2002, pp. 270-279.

[15] Artículo 41.1 de la Directiva 77/91/CEE.

[16] Juan Juan, A.: «A vuelta con el plan Pepper», en *RMTAS*, núm. 17, 1999, pp. 111-127.

[17] Casas Baamonde, M.: «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL*, núm. 10, 1993, pp. 1- 12.

[18] Fernández del Pozo, L.: «Participación de los trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en Derecho Societario», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw Hill, Madrid, 2002, p. 825.

regímenes de pensiones complementarias. Esta variedad de participación económica de los trabajadores y la flexibilidad de las fórmulas utilizadas en los distintos países en una de sus nuevas variantes, es la opción por la participación directa de los trabajadores como accionistas u obligacionistas individuales, modalidad distinta de los regímenes de accionariado colectivo y los fondos de inversión de los asalariados [19]. Estas nuevas fórmulas revisten un gran interés en los países europeos y en los EE.UU. [20]

La participación en la empresa hace una referencia a una variedad de formas institucionales con el propósito de conseguir la efectiva cooperación de los trabajadores, sea de forma directa o mediante representante, con la finalidad que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder de la misma, instrumentando su presencia activa, a través de órganos ubicados a nivel económico de dirección de la empresa, o en el de la gestión de los centros de trabajo, bien con proyección en otros ámbitos distintos al del ejercicio de los poderes empresariales [21].

Dichas formas de participación, se pueden clasificar en:

a) Participación en la propiedad, persigue convertir a los trabajadores en copropietarios de la empresa. La razón esencial de esta modalidad participativa estriba en representar una contrapartida con beneficios a medio plazo frente a situaciones empresariales —circunstancias de crisis o inestabilidad financiera—, la solicitud de alzas salariales o de mejoras en diferentes condiciones de trabajo que hacen peligrar la viabilidad de la unidad productiva o su propia subsistencia, con el peligro subsiguiente para los puestos de trabajo.

b) Participación en los beneficios de la empresa, el trabajador percibe de su retribución una cuota de los beneficios generados por la empresa. La conexión de ambas partes —empresa y trabajador— se determina por el resultado económico de la explotación, sin que medie por parte del trabajador ser copropietario de la empresa [22].

---

[19] Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *op. cit.,* p. 508.

[20] *Vid.* «Fondos de inversión de los asalariados», en *Revista Económica y Sociología del Trabajo*, núm. 7, 1990.

[21] Rodríguez Escanciano, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», en *EFRTSS*, núm. 235, 2002, p. 14.

[22] Rodríguez Sañudo, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», en *RPS*, núm. 121, 1979, p. 419.

c) Participación del trabajador en las decisiones de la empresa, es aquella forma de gestión empresarial que asume la aplicación en la empresa de los principios rectores de la democracia política, admitiendo la posibilidad que en el gobierno de la empresa interactúen estructuras representativas de intereses diferentes al capital, «si bien el poder empresarial continúa siendo detentado por el capital, en la toma de decisiones sobre la marcha de la empresa participan también los trabajadores» [23], sea con mayor o con menos intensidad.

d) Codecisión o corregulación, es la dirección de la empresa de manera conjunta por los trabajadores y el empresario mediante la participación de los trabajadores en los órganos directivos de la empresa. De esta manera el empresario pierde la exclusividad de una decisión, que debería ser tomada por las partes situadas jurídicamente en un plano de igualdad, «quedando su manifestación más pura asociada a la experiencia germánica de cogestión» [24].

II. FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. Planes de participación de los trabajadores en beneficios

La participación en beneficios, como ya hemos dicho, es un sistema salarial. En virtud del cual la retribución del trabajador no se predetermina en una cuantía fija, sino en una porción variable extraída de los beneficios empresariales donde participan en esta distribución los mismos trabajadores, resultando lo más frecuente el uso de una definición contable de los beneficios, «aunque puede emplearse la distribución gratuita de acciones o la venta con descuento sobre valor de mercado» [25].

La finalidad y los fines perseguidos por la participación en los beneficios han variado en razón del ciclo histórico donde se ha encontrado inmersa dicha participación, lo cual permite en la actualidad percibir diferentes perspectivas a la hora de analizar esta institución. El sistema jurídico español en relación a la participación en beneficios se encuentra estructurado como una partida fija no dependiente efectivamente de la forma de cálculo y cuantía de los beneficios o los resultados reales de

---

[23] Martínez Barroso, M.: «Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa», en *TL*, núm. 62, 2001, p. 36.

[24] *Ibídem,* p. 39.

[25] Mercader Uguina, J.: «Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral», *op. cit.,* p. 202.

la empresa. Esta participación puede ir dirigida a un pequeño grupo de trabajadores o dirigirse a toda una plantilla. Los objetivos y las finalidades en cada caso en concreto son diferentes en sí.

En el primer caso, al dirigirse a un pequeño grupo de directivos, la entrega de acciones o de opciones que dan derecho a compra de acciones a cierto precio determinado es un mecanismo que se utiliza para incentivar o motivar el rendimiento de la alta dirección de la empresa, con el propósito de ajustar sus intereses a los del accionariado.

En el segundo caso, al dirigirse los planes de participación de beneficios a toda la plantilla se observan grandes efectos motivadores sobre la misma. Convirtiéndose esta institución en un eficaz sistema de apoyo a la implantación y desarrollo de ciertos sistemas productivos. Estos planes a la vez persiguen la mejora de los resultados y favorece la integración de los trabajadores en la empresa, vinculando la partida económica a percibir con la dinámica real de la empresa. La participación en los resultados económicos de las empresas han experimentado un nuevo impulso al compás de las demandas de mayor flexibilidad en la fijación de los salarios [26], arbitrándose fórmulas que tienen su punto de arranque bien en la ley o en los convenios colectivos, para vincular una parte de la retribución a los resultados de la empresa [27].

Existen convenios colectivos de grandes empresas que otorgan el pago de cantidades lineales, al margen del incremento salarial. Las cantidades se abonan inmediatamente, sin considerarse consolidables, al concebirse como fórmula de participación concreta en el aumento de beneficios empresariales, lo que se denomina comúnmente «compensación por aumento de productividad».

Si esta participación en beneficios consiste la retribución total del trabajador, sin perjuicio de existir una porción mínima garantizada, se aproximará esta al salario base. En caso contrario, si la participación es paralela entre el beneficio y el salario, al representar una parte de la remuneración total a percibir por los trabajadores, su configuración consiste a los complementos en función de las circunstancias relativas a la situación y resultados de la empresa. Se puede dar el caso que se condicione el derecho de los trabajadores a la participación en los beneficios a una cláusula suspensiva, «sometiéndolo a la situación del mercado o a la coyuntura económica, por lo que puede resultar no exigible» [28].

---

[26] *Vid.* Kahale Carrillo, D.: «Pasado y presente de las diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en *EFRTSS*, núm. 266, 2005, pp. 3-54.

[27] Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT*, núm. 84, 1997, p. 508.

[28] Mercader Uguina, J.: «Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial. La incidencia sobre el Salario de la Reforma Laboral», *op. cit.,* p. 208.

1.1. La participación de los beneficios del alto directivo de la empresa

Una de las nuevas modalidades de la participación en los beneficios, es aplicable exclusivamente al alto personal directivo. La teoría de agencia [29] pone de manifiesto, que los directivos, como agentes de los accionistas, pueden no actuar siempre en beneficio de estos últimos, porque sus objetivos sean diferentes. Mientras que el objetivo de los accionistas se centre en la maximización del valor de su participación en la empresa; el de los directivos suele referirse a su retribución, su prestigio social, e incluso su poder político [30]. Objetivos que en muchas ocasiones se relacionan con el tamaño y el riesgo de quiebra de la empresa y que pueden no crear valor para los accionistas.

Adicionalmente, los contratos que se firman entre accionistas y directivos resultan incompletos dada la asimetría de la información que unos y otros tienen sobre todas las futuras posibles contingencias, que impide determinar *a priori* la asignación de los derechos de controles residuales. Todo lo cual se une al problema de riesgo moral inherente al comportamiento humano, en este caso del directivo, que obliga a los accionistas a diseñar mecanismos de control para evitar, en la medida de lo posible, conductas oportunistas de los directivos en su asignación discrecional de los recursos que den lugar a formas de organización económica ineficientes.

Es conocido por todos que los miembros de los consejos de administración y otros altos ejecutivos de las grandes sociedades no suelen estar mal pagados, por más que existan leyes que parten del principio general de que el cargo del administrador únicamente tendrá carácter retributivo cuando lo establezca los estatutos sociales o cuando la ley expresamente lo contemple [31]. Cualquiera que sea el concepto bajo el que se desempeñen las labores de gestión, la retribución de estos servicios suele ser muy generosa.

El legislador español ha regulado de toda la variedad de remuneración a los de los administradores. Teniendo la participación de éstos en las ganancias. Señalando al efecto el artículo 130 de la Ley de Socie-

---

[29] *Vid.* PÉREZ SANTANA, M.: «Retribución de altos directivos en empresas españolas: un enfoque de agencia», *op. cit.,* pp. 14-15.

[30] *Vid.* TAPIA HERMIDA, A.: «El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios», en AA.VV.: *Derecho de Sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. II, *op. cit.,* pp. 1541-1602.

[31] En el ámbito internacional, lo establece el artículo 107 de la Ley francesa, 2.389 de la italiana. *Vid.* EMBID IRUJO: «Derecho Europeo de Sociedades Anónimas», en *Documentación Jurídica*, Tomo XIV, Ministerio de Justicia, 1987. *Vid.* «La remuneración de los administradores en Europa», en TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 63-116.

dades Anónimas que: «Sólo podrá ser detraída de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del 4 por 100 o el tipo más alto que los estatutos hayan establecidos».

Efectivamente, un sistema de remuneración a los administradores basado en una participación en las ganancias o beneficios sociales supone un estímulo para los máximos responsables de la gestión social, al vincular la percepción de su retribución a la consecución de positivos resultados para la sociedad a la que administran. Por ello, esto no debe repercutir de manera negativa en los accionistas y acreedores sociales, por lo que se debe tratar de compaginar el aspecto positivo de estímulo a los administradores con un sistema que garantice los derechos de terceros [32].

Actualmente, son muchos los mecanismos por los que las empresas pueden controlar las actuaciones de sus directivos, tanto internos a la propia empresa como externos a ella. Entre estos últimos se encuentran los mercados, ya sean de capitales, de empresas (para aquellas no cotizadas), de deuda, de directivos, y de bienes y servicios; que complementan la supervisión interna de los esfuerzos de la dirección.

Existen opiniones que los mecanismos internos no funcionan sin un control activo de los mercados externos. Entre los mecanismos internos, tenemos los sistemas de compensación de directivos, y dentro de éstos los planes de opciones sobre acciones. Cada vez se utilizan más en los países desarrollados como forma de motivar a aquéllos a que maximicen la función de utilidad de los propietarios de la empresa. Los sistemas de remuneración de directivos ligados al precio de las acciones pretenden minimizar los conflictos de intereses inherentes a la separación entre la propiedad y el control en las grandes empresas (o problema de agencia) y a los problemas de información asimétrica, riesgo moral y contratos incompletos.

Estos contratos sirven para reforzar, al menos parcialmente, los incentivos individuales para que los directivos sean responsables de sus actuaciones; y se reduzca el riesgo moral que se deriva de la posible discrecionalidad en ellas. Una forma de hacer a los directivos responsables ante los accionistas es sometiéndoles a una cierta aleatoriedad en la cuantía de sus rentas presentes o futuras, mediante mecanismos que, como los sistemas de remuneración ligados al precio de las acciones, aseguran que sus intereses personales estén en la línea de los objetivos de la propiedad.

---

[32] Tusquets Trías de Bes, F.: «La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital», *op. cit.,* p. 171.

Los altos directivos están sujetos a un régimen jurídico que les confiere una protección mucho menos favorable que la deparada a los empleados con relación ordinaria. La normativa española no contiene criterios legales suficientes para determinar si la relación debe encuadrarse como relación especial de alto cargo o bien como relación laboral ordinaria. El contrato se fundamenta en el deber recíproco de buena fe contractual [33]. La relación laboral tiene la duración que las partes acuerden, presumiéndose concertada por tiempo indefinido a falta de acuerdo. Son notas características y distintivas de esta relación laboral el derecho del empresario de desistir del contrato sin precisar causa que lo justifique, siendo suficiente para ello el pago de una reducida indemnización y un preaviso.

1.2. Los Fringe benefits *o compensación accesoria*

Esta figura representa los beneficios accesorios como elemento de ajuste de la estructura salarial. Este término inglés *fringe benefits* significa «franja de beneficio».

1.2.1. Nociones y naturaleza de los *Fringe benefits*

Los *fringe benefits* o compensación accesoria, es un beneficio accesorio como elemento de ajuste de la estructura salarial, que también hace referencia a aquellas ventajas no esenciales sino accesorias a una retribución y no necesariamente satisfechas en dinero [34]. También son conocidas como retribuciones extrasalariales, definiéndose como: «Aquella remuneración que no va asociada exclusivamente al desempeño del puesto de trabajo (…) formas alternativas de remuneración que permiten a las empresas completar los ingresos de todos o parte de sus directivos, con unas cantidades destinadas a satisfacer aquellos gastos, ineludibles o no, pero que el ejecutivo debería efectuar a costa de sus propios ingresos: vivienda, sociedades médicas, vacaciones, etc.»[35]. Entre otras puede agregarse entrega de opciones de compra de acciones, inscripción en clubes privados, financiación de viajes de recreo, cobertura de gastos escolares o de guardería de hijos, realización de aportaciones a planes y fondos de pensiones, etc.

---

[33] *Vid.* Llebot Majo, J.: *Los deberes de los administradores de la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1996.

[34] Mercader Uguina, J.: «Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral», *op. cit.,* p. 144.

[35] Barranco, F.: «Retribuciones extrasalariales para directivos», en *Capital Humano,* núm. 39, 1991, p. 29.

1.2.2. Dificultades para su catalogación

Se trata generalmente de bienes que integran la remuneración de trabajadores de categoría inferior y no admiten una calificación unitaria, son reconducibles a la retribución en especie, se habla de un cierto florecimiento de salario en especie. El salario en especie puede encajar en la modalidad de complemento salarial, cuando su causa se le atribuya a la concausalidad específica propia de la tipología de complementos que se trate, en caso contrario formarían parte del salario base, y su única particularidad se refiere al medio de pago, ya que, atiende el tipo de bien que se utiliza para el pago del salario. De por sí, no son un tipo de complemento, sino un medio de pago con el que a su vez puede pagarse tanto el salario base (aunque con ciertas limitaciones legales, para evitar que se convierta en una imposición indirecta del *truck system*) como cualquier complemento [36].

Sin embargo existe la opinión que los *fringe benefits* no pueden identificarse con las retribuciones en especie, ya que aquéllos admiten la existencia de beneficio en dinero. Y tampoco se le pueden considerar liberalidades del empresario, ya que se incluyen en la retribución global del trabajo, pudiendo adoptar aquella naturaleza. Y las define como: «Contraprestaciones o utilidades, dinerarias o en especie, por la prestación de servicios por cuenta ajena, de carácter indirecto, y al margen de la retribución estricta del trabajo realizado (…) se pueden configurar bien como complementos salariales, bien como liberalidades empresariales de carácter extrasalarial. Por esta razón se les denomina «beneficios accesorios», ya que, en otro caso, formarían parte integrante de la contraprestación estricta del trabajo, desapareciendo, automáticamente, la accesoriedad que lo caracteriza» [37].

La doctrina italiana al respecto ha señalado que tiene carácter retributivo, operando de forma principal como incentivo directo[38]. Los *fringe benefits* no conforman una categoría conceptual autónoma con perfiles propios, el establecimiento de esta figura persigue interesar a los trabajadores en la respectiva marcha de la empresa y los incentiva a que colaboren a la consecución del fin de dar una margen paternalista a la empresa, sobre todo en los niveles en la alta dirección, profesionales de mayor categoría y experiencia profesional con el propósito de atraerlos y retenerlos en la empresa [39].

---

[36] Fernández Avilés, J.: «Configuración jurídica del salario», *op. cit.,* p. 289.

[37] Mercader Uguina, J.: «Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral», *op. cit.,* pp. 145-146.

[38] Angiello, L.: «La retribuzione», en AA.VV.: *Il Codice Civile. Comentario* (dir. por P. Schlesinger; arts. 2.099-21.012), Ed. Giuffrè, Milano, 1990, pp. 67 y 22.

[39] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)», *op. cit.,* p. 287.

El legislador parece que ha extendido el salario a todo lo que reciba el trabajador por la prestación profesional de servicios laborales, con independencia de que la conexión causal con el trabajo que se efectúe en la empresa se preste de manera directa o indirecta [40]. La jurisprudencia ha admitido en ocasiones la calificación de salario a varias prestaciones conformadas de manera remota con la prestación de trabajo. En sentencia del Tribunal Supremo, señala: «Que ha sido una constante en nuestra legislación histórica en ensanchamiento del concepto de salario para comprender en él no sólo la retribución directa e indirecta de la prestación de servicios, sino también la totalidad de beneficios que el trabajador obtuviera como consecuencia del contrato laboral (…) el propio artículo 119 del Tratado CEE entiende la retribución como la constituida por el suelo o salario y cualquier otra gratificación satisfecha directa o indirectamente por el empresario al trabajador en razón no del trabajo prestado, sino de la propia relación laboral» [41].

Al englobar los *fringe benefits* en prestaciones indirectamente [42] remuneratorias no existen diferencias con los incrementos que sobre los mínimos, interprofesional o de convenio establezcan las empresas de manera unilateral o por el consentimiento de ambas partes de la relación laboral, ya sea de manera individual con el trabajador o mediante sus representantes. Existen diferencias entre las remuneraciones indirectas y los incentivos que se ofrecen para motivar a la plantilla, pero se establecen a través de los resultados. Aquellos operan *a priori* al menos en ciertos casos, con independencia de los resultados efectivamente obtenidos individual o colectivamente, mientras que éstos sólo *a posteriori* [43].

Ha propuesto la doctrina italiana una clasificación que se apoya en el elemento causal facilitando los problemas que representa la calificación que plantean los *fringe benefits* señalando:

a) Beneficios conectados estrechamente a la prestación de trabajo, cumplen al mismo tiempo una función asistencial [44], los beneficios que se configuran en esta categoría son subsumibles en la noción de retribución, ya que, se encuentran previstos de obligatoriedad y reciprocidad, por no tener interés el empresa-

---

[40] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)», *op. cit.,* p. 288.

[41] Sentencia del TS de 9 de febrero de 1987.

[42] Alonso Olea, M.: «Salarios y Seguridad Social 1958», en *Revista Internacional de Seguridad Social, op. cit.,* p. 271.

[43] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)», *op. cit.,* pp. 289-290.

[44] Caruso, B., y Ricci, G.: «Sistema e tecniche retributive», en AA.VV.: *La retribuciones. Struttura e regime giuridico*, Vol. I, núm. 3, Ed. Jovene, Napoli, 1994, p. 453.

rio, y su causa se ubica en la prestación de servicios que realiza el trabajador.

b) Beneficios de bienestar empresarial, se puede considerar algunos de los *fringe benefits* en beneficios extrasalariales, ya que, derivan del trabajo incluso a título de liberalidad, como retribuciones indirectas o en especie, entran en esta categoría las indemnizaciones por vacaciones, inscripciones a clubes, reembolso de gastos de representación, indemnización de comedor, indemnización por gastos del teléfono del director, concesión del año sabático, seguros de vida, pago de cuotas profesionales, etc. [45]

La causa determinante de los desembolsos patrimoniales empresariales es obtener que el trabajo se efectúe en óptimas condiciones. Las mismas se implementan con el propósito de controlar el absentismo laboral. Este desembolso efectuado por empresario no acrece de manera directa en el peculio del trabajador, por no existir atribución patrimonial cierta e incomoda en su favor, pero mejora su situación económica, al no verse obligado a incurrir en ciertos gastos que quizá hubiera efectuado en otro caso [46]. No basta que los *fringe benefits* se dirijan a satisfacer un interés empresarial genérico, es esencial que se destine exclusivamente a cubrir una necesidad económica originada por el trabajo que se efectúa por cuenta del empresario [47].

c) Beneficios de carácter familiar, la causa de atribución patrimonial es en este caso ajena a lo laboral. No son liberalidades del empresario, ya que la voluntad de éste no es la de gratificar, sino la de proteger a la familia o, más en general, la de promocionar valores extralaborales [48].

1.2.3. Problemas jurídicos. Especial referencia a la normativa fiscal

El concepto de beneficio accesorio presenta una gama de dificultades cuando se requiere efectuar un trabajo de calificación y concreción

---

[45] Giunta, G.: «I compensi extra stipendio (fringe benefits)», en *Bolletino Tributario*, 1989, núm. 9, p. 353.

[46] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)», *op. cit.,* p. 290.

[47] Tosi, P.: «Aspetti contrattuali, previdenziali e fiscali della retribuzione», en *Le Circolari del Corriere Tributario*, núm. 3, 1991, p. XXV.

[48] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las percepciones extrasalariales (Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada)», *op. cit.,* p. 291.

de su eficacia jurídica. Dificultad que deriva por la falta de un «régimen jurídico homogéneo» que los cobije, por sólo poseer «un valor científico meramente descriptivo, y, en consecuencia sólo suelen merecer una simple noticia» [49]. Por ello requiere de una doctrina suficientemente consolidada y precisa sobre esta figura. Esta indeterminación arranca de la ausencia casi total de claridad y rigor en el reparto de funciones sociales entre Administración pública y empresas. La insuficiencia de principio corresponde a una situación fáctica confusa, donde tal distribución se efectúa de una manera empirista, sin apelación a unas directrices básicas generales concientemente planeadas [50].

Se han planteado dudas en la proximidad de la noción de salario en especie laboral con el fiscal de retribuciones en especie, ya que, este último se vincula con lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A los rendimientos íntegros del trabajo que son todas las contraprestaciones o utilidades, independientemente cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que provengan de forma directa o indirecta del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no posea el carácter de rendimiento de actividades económicas.

La extensión del concepto fiscal de salario en relación al laboral contenido en el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores se evidencia en que los rendimientos indirectos del trabajo están sujetos a tributación, y junto al salario laboral es un hecho imponible conforme a la mencionada normativa fiscal, por ser una percepción en dinero o en especie que proviene de manera indirecta del trabajo prestado por cuenta ajena. Al no ser el trabajo causa de atribución patrimonial el elemento en torno al que se articula el concepto de salario en la normativa fiscal, el concepto jurídico-laboral de salario corresponde sólo una parte de aquel, ya que, el concepto fiscal tiene en cuenta los rendimientos o utilidades del trabajo; la legislación tributaria no pretende indagar en la causa de la atribución patrimonial, permitiendo construir un concepto funcional de salario en especie, donde una misma asignación económica puede ser en parte salario y en parte percepción extrasalarial [51].

---

[49] Martín Valverde, A.: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social,* Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1970, p. 19.

[50] *Ibídem,* p. 22.

[51] De ello se deduce que las normas fiscales se orientan, en coherencia con el artículo 31 de la Constitución Española, a la contribución del sostenimiento público de acuerdo con la capacidad económica del sujeto, de tal manera que el criterio de sujeción o no al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de las percepciones económicas de los trabajadores por la prestación de servicios laborales se fija en atención al incremento de la capacidad económica personal del sujeto, con independencia de que su causa se encuentre directamente en el trabajo o sólo remotamente encuentre en él su anclaje. Martín Jiménez, R., *El salario en especie,* Aranzadi, Navarra, 2002, p. 69.

Puedo concluir que los *fringe benefits* se pueden configurar como complementos salariales (contraprestaciones), así como liberalidades del empresario con carácter extrasalarial (utilidades). Por esta razón se les vienen denominando como beneficios accesorios, ya que, en otra situación formarían parte integrante de la contraprestación estricta del trabajo (salario base), y desaparecería esa accesoriedad de la que hacen gala [52].

[52] Moreno Fernández, J.: *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley IRPF*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 168.

Comunicación a la Ponencia Temática III

NUEVOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EXIGIDOS POR LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO: REPRESENTACIÓN EN LAS EMPRESAS INTERDEPENDIENTES Y EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

M.ª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Catedrática EU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. NUEVOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EXIGIDOS POR LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO.—2. PARTICIPACIÓN EN LAS EMPRESAS INTERDEPENDIENTES. LA DISTINTA PROBLEMÁTICA DE LA FRANQUICIA Y LOS FENÓMENOS DE SUBCONTRATACIÓN.—3. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.—4. MECANISMOS COLECTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS. 4.1. Dificultades para materializar los mecanismos de representación. 4.2. El asociacionismo de los autónomos. 4.2.1. La sindicalización. 4.2.2. Otras formas de asociación. 4.2.3. Propuestas de regulación en el futuro Estatuto del Trabajador Autónomo. Especial referencia a la representatividad asociativa. 4.3. El derecho a negociar las condiciones de trabajo. 4.4. El paro reivindicativo.—5. CONCLUSIÓN FINAL.

1. NUEVOS MODELOS DE PARTICIPACIÓN EXIGIDOS POR LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

La dimensión colectiva de las relaciones laborales siempre ha estado estrechamente vinculada a las formas de organización empresarial y del trabajo en las empresas y a la organización y formas de intervención de los poderes públicos. De ahí que al día de hoy, la incorporación de nuevos colectivos al mercado de trabajo y la necesidad de afrontar los problemas del empleo y del trabajo en su conjunto, y no sólo ya desde la visión tradicional del trabajador subordinado, hayan suscitado un debate en torno a la aparición de nuevos marcos para la acción de representación colectiva [1].

Los factores económicos hoy proyectados sobre las empresas de la mayoría de los países desarrollados —nueva división internacional del trabajo, nivel creciente de incertidumbre y de competencia en los mercados, cambios tecnológicos y en las estructuras productivas, etc.—, junto a la necesidad sentida por los sindicatos de no verse superados por la nueva composición de la fuerza de trabajo y la revalorización de los aspectos organizativos y cualitativos de la producción explican tanto el desarrollo de formas distintas de participación en la empresa como los nuevos ámbitos de actuación abiertos a los comités de empresa electivos, pero controlados por trabajadores sindicados, para modular el ejercicio de los poderes empresariales y llevar a cabo una negociación colectiva de contenido distinto al tradicional [2].

---

[1] Casas Baamonde, M.ª E.: «Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea», en AA.VV.: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva,* Madrid, 1999, p. 69, y AA.VV. (L anda Zapirain, J. P., Coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa,* Albacete, 2004.

[2] Rivero Lamas, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT*, núm. 84, 1997, p. 524.

2. PARTICIPACIÓN EN LAS EMPRESAS INTERDEPENDIENTES. LA DISTINTA PROBLEMÁTICA DE LA FRANQUICIA Y LOS FENÓMENOS DE SUBCONTRATACIÓN

Los mecanismos de descentralización empresarial ponen en pie «fórmulas de colaboración para la producción y distribución de bienes y servicios» a través de la creación de redes de empresas de carácter piramidal en las que pequeños y medianos empresarios se vinculan contractualmente a la estrategia empresarial de la gran empresa principal mediante la conclusión de determinados contratos mercantiles. La traslación de una parte de la producción o de la distribución de bienes o de servicios a estos empresarios en las relaciones verticales de dependencia interempresarial adopta en muchas ocasiones la forma del contrato de franquicia, como fórmula prioritaria de creación de una red estable e integrada de distribución de bienes y servicios, con una clara dimensión transnacional [3]. En este contexto han ido surgiendo propuestas de articular unos órganos representativos que superen las fronteras del centro franquiciado, aglutinando a todos los trabajadores de las diferentes empresas subordinadas a una misma empresa matriz [4].

Por lo que respecta a las contratas, también se ha explorado la posibilidad de identificar al empresario indirecto (principal), como responsable inmediato de garantizar los derechos colectivos de los trabajadores descentralizados, si bien determinados impedimentos legales han imposibilitado esta opción, proponiéndose, en cambio, el fortalecimiento de otras vías de participación, como la sindical [5].

Pese a que en ambos fenómenos organizativos existen carencias representativas, las diferencias funcionales y estructurales entre franquicia y subcontratación son considerables y muchos de los problemas que aconsejan no defender una representación común de todos los trabajadores subcontratados coincidentes en un mismo espacio empresarial no aparecen en la franquicia. Así, como bien ha precisado cierto sector doctrinal, reclamar representaciones conjuntas en las contratas, tanto de trabajadores subcontratados, como de éstos junto a los trabajadores del principal, fragmentan aún más unos colectivos de trabajadores ya de por sí notablemente dispersos; en cambio, en la franquicia, proponer un

---

[3] Baylos Grau, A.: «Prólogo», a Olmo Gascón, A. M.: *La franquicia. Un procedimiento de descentralización productiva desregulado laboralmente,* Valencia, 2004, p. 12.

[4] Los trabajadores franquiciados ya tienen sus órganos de representación frente a su empresario directo o franquiciado, el problema es que no existen conductos de delegación frente al empresario indirecto, el franquiciador, ni la percepción de que sus intereses, derechos y deberes son idénticos a los de los trabajadores del resto de empresas periféricas. Olmo Gascón, A. M.: *La franquicia...*, cit., p. 155.

[5] Olmo Gascón, A. M.: *Los derechos laborales del trabajo en contratas,* Granada, 2002, pp. 272 y ss.

sistema que aglutine los intereses colectivos de todos los trabajadores de las empresas franquiciadas frente a la matriz sería viable y solventaría el desequilibrio actual entre las potestades empresariales que ejerce el franquiciado sin que exista ninguna obligación de garantizar derecho laboral alguno [6].

En la subcontratación existe el derecho garantizado legalmente y las dificultades de articular representaciones en los espacios físicos empresariales en los que se desarrolla la prestación son de orden práctico. En la franquicia, por contra, no existe normativa si bien en la práctica sería muy sencillo articular órganos representativos —salvando los límites empresariales inmediatos y visibles del franquiciado— aglutinando a todo el colectivo bajo la influencia de una misma empresa matriz pues no se olvide que, frente a la temporalidad con que se conciertan las contratas, la perdurabilidad de las franquicias es mayor, lo cual alimenta la posibilidad de introducir nuevos procedimientos de representación colectiva [7]. En cualquier caso, dado que la mayoría de las empresas franquiciadas son de carácter transnacional, las respuestas parciales de los ordenamientos nacionales siempre van a constituir soluciones incompletas y poco efectivas en la práctica si no son importadas por los demás Estados en los que la red tiene presencia [8].

En cualquier caso, el efecto inmediato derivado de las fórmulas de externalización es que éstas producen un resultado de desmembración empresarial y, con ella, de fragmentación de plantillas, con lo que se dificulta la aplicación de los sistemas de representación de los trabajadores en la empresa; particularmente, la institución de la representación unitaria que se basa como regla general en un número significativo de trabajadores para poder constituir la correspondiente unidad electoral [9].

---

[6] Ciertamente en los casos de externalización productiva y de creación de filiales se defraudan los derechos de los trabajadores al debilitar su capacidad de defensa y resistencia, dificultando la constitución de órganos de representación unitaria o interponiendo barreras a la actividad sindical. Barreiro González, G.: «Notas sobre la descentralización productiva en la empresa y su escisión interna», en *REDT,* núm. 94, 1999, p. 177.

[7] Olmo Gascón, A. M.: *La franquicia...*, cit., p. 156, cuya propuesta permite que el ámbito de representación seleccionado por el legislador sea variado: tanto una representación a nivel de sector como de empresa, nacional o transnacional, lo cual salvaría las deficiencias de los sistemas laborales de nuestro entorno en lo que a las empresas red se refiere.

[8] Olmo Gascón, A. M.: *La franquicia...*, cit., p. 157.

[9] Por extenso, Pradas Montilla, R.: «Nuevos avances del derecho a información y consulta de los representantes de los trabajadores», en *AL,* núm. 29, 2000, p. 503.

3. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Un derecho íntimamente ligado al de representación es el de información. La legislación estatal ha otorgado, con significativas carencias, derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores en estos casos, en concreto «sobre las previsiones del empresario... de los supuestos de subcontratación» (art. 64.1.1 ET), sin concretar en estos casos (hasta la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) qué datos o hechos debían darse a conocer a los representantes legales. De este modo, podía ser tan correcto leer el precepto afirmando que el objeto de la información hacía referencia a las actuaciones de futuro del empresario en materia de externalización productiva («previsiones») como igualmente que la misma trataba de los acuerdos de cooperación interempresarial ya celebrados o en curso de desarrollo («supuestos») [10]. Y no sólo respecto al contenido de la información, sino que la parca regulación del artículo 64.1.1 ET presenta otros interrogantes, entre los que cabe destacar si esta obligación se refiere tanto a las contratas como a las subcontratas, la forma de la misma y sus destinatarios. Interrogantes que, salvo que hayan sido resueltos por la negociación colectiva, no han sido solventados por la jurisprudencia porque no han dado lugar a la suficiente litigiosidad, probablemente, porque su ambigüedad permite un cumplimiento fácil de la obligación y un escaso interés por parte de los representantes de los trabajadores [11].

En cualquier caso, la información sobre «previsiones» de subcontratación no condiciona en modo alguno la actuación empresarial en el futuro, es decir, no tiene carácter vinculante, y además, no vulnera el artículo 38 CE por cuanto tal derecho no puede ser interpretado en términos tales que recorte los derechos de información de los representantes de los trabajadores [12]. Además, el contenido de tales informaciones queda protegido por el artículo 65.2 ET que establece un deber de sigilo profesional de los representantes respecto de las informaciones que puedan recibir por esta vía [13].

---

[10] CRUZ VILLALÓN, J.: «Outsourcing y relaciones laborales», en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* Madrid, 2000, p. 296, y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: «Los derechos de información en la Ley 2/1991: Sujetos y ámbito de aplicación», en *RT,* núm. 100, 1990, p. 64.

[11] GARCÍA VIÑA, J.: «Subcontratación. Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo», en *TS,* núm. 124, 2001, p. 27.

[12] SORIANO CORTÉS, D.: «El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación», en *TL,* núm. 56, 2000, p. 128.

[13] Por extenso, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «El deber de sigilo de los representantes del personal», en *AL,* núm. 9, 1992, pp. 131-132.

Por lo demás, el término «subcontratación» es utilizado aquí de una forma especialmente atécnica, incluyendo, parece, no sólo las contratas y subcontratas de la propia actividad [14], sino también otros fenómenos de descentralización productiva que seguramente ni tan siquiera tienen encaje en el artículo 42 ET [15]. La interpretación correcta pasa por primar una concepción económica (amplia [16]) del término [17], ligada al empleo y cercana al más extenso concepto de *outsourcing* [18]. Conectado con lo anterior, la reforma del artículo 42 ET operada por el mencionado Real Decreto-Ley 5/2001 y por la Ley 12/2001, de 9 de julio, trata de solventar dos cuestiones principales: a) Concretar el contenido de la información que cada empresa ha de dar a sus trabajadores, en concreto sobre la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento (la cual deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal). b) El cruce de información entre las diversas empresas incluidas en la relación interempresarial, así como respecto a la Administración Pública. En virtud de estos dos objetivos, surgen dos tipos de obligaciones, según aquélla que cada empresa da a sus trabajadores y la que las empresas contratistas o subcontratistas han de ofrecer a la TGSS.

En virtud del nuevo artículo 42.4 ET, y sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el artículo 64.1.1.º de esta Ley [19], cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos: a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista —información que será especialmente útil para los tra-

---

[14] En tal sentido, García Fernández, M.: «Los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación», en *RT,* núm. 100, 1990, p. 253.

[15] Calvo Gallego, F. J.: «La regulación laboral española sobre contratación y subcontratación de obras y servicios», en *TL,* núm. 56, 2000, p. 83.

[16] Entre otros, Pérez Amorós, F.: *Derechos de información sobre empleo y contratación,* Barcelona, 1993, p. 58; Sagardoy Bengoechea, J. A. y Gil y Gil, J. L.: «Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación», en *RT,* núm. 100, 1990, p. 45, o Albiol Montesinos, I.: «Derechos colectivos en materia de contratas y subcontratas», en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en homenaje a F. Blat Gimeno,* Valencia, 2000, p. 324.

[17] Monereo Pérez, J. L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos,* Madrid, 1994, p. 41 y ss.

[18] En este sentido Baylos Grau, A.: «La información trimestral sobre previsiones de contratación y supuestos de subcontratación. Algunas reflexiones», en *RT,* núm. 100, 1990, p. 358.

[19] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.ª E.: «La reforma del mercado de trabajo "para el incremento del empleo y la mejora de su calidad"», en *RL,* núm. 7, 2001, p. 20.

bajadores de las empresas contratistas o subcontratistas en el supuesto de que decidan reclamar frente a la empresa principal—; b) Objeto y duración de la contrata; c) Lugar de ejecución de la contrata; d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal; e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.

El robustecimiento de los derechos de información [20] puede contribuir a reducir, en alguna medida, la fuerte opacidad que, demasiadas veces, rodea este tipo de prácticas empresariales y la fortísima inseguridad jurídica que, muy a menudo, las acompaña.

4. MECANISMOS COLECTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Los medios colectivos de acción y de representación no son exclusivos del ámbito laboral, sino que constituye una característica propia de las sociedades democráticas y del Estado de Derecho el reconocimiento a los ciudadanos en general, y a colectivos específicos en particular, del derecho a participar en la vida política, económica, cultural y social, entre otros derechos y valores supremos en que se asienta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en contraste con este amplio y consolidado reconocimiento de medios colectivos de tutela, acción y representación a los trabajadores subordinados y sus representantes, a los empresarios y sus representantes, y a los ciudadanos en general, el Derecho positivo no reconoce expresamente a los trabajadores autónomos medios colectivos específicos, ni de acción ni de representación, a través de los cuales puedan defender sus diversos intereses relacionados con el desarrollo de su trabajo personal.

Ello no impide, sin embargo, que pueden hacer valer sus intereses profesionales, económicos o socio-políticos, a través de otras fórmu-

---

[20] Pues el incumplimiento de esta obligación empresarial de información a los representantes legales de sus trabajadores constituye una infracción laboral tipificada como grave en el artículo 7.7 LISOS. En cambio, el incumplimiento de la obligación de información a los restantes trabajadores (que no sean representantes legales) se tipifica como una infracción laboral leve en el artículo 6.5 de la citada norma. Muy posiblemente, el cambio de rótulo que preside el artículo 42 ET («Subcontratación de obras y servicios») en vez del que ha figurado durante casi veintiún años en su lugar («Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios») obedezca a que, ahora, el mismo ya no sólo regula cuestiones relacionadas con dicha responsabilidad sino que el grueso está dedicado a la concreción de los mencionados derechos de información. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001», en *RL*, núm. 10, 2001, pp. 133-134.

las colectivas, no expresamente previstas para este colectivo, sino para otros sujetos, de cuya misma condición puedan participar los trabajadores autónomos: como afiliados a un sindicato de trabajadores; profesionales titulados integrados en un colegio profesional; comerciantes adscritos a una cámara de comercio; agricultores integrados en cámaras agrarias; trabajadores del mar asociados a cofradías de pescadores; asociados a una asociación empresarial o, en fin, asociados a una asociación genérica, constituida *ad hoc* por los autónomos de un determinado sector o profesión —agrupados en razón del tipo de actividad que desarrollan—, o por autónomos de un determinado territorio, con independencia del tipo de actividad que desarrollen —atendiendo a un criterio geográfico—, o por autónomos que desarrollan cualquier actividad, pero de una forma económicamente dependiente [21].

El enriquecimiento del tejido asociativo, así como el desarrollo de una sociedad cada vez más participativa e involucrada en los asuntos públicos aconseja que esos fenómenos no se desenvuelvan en un contexto de anomia legislativa sino que se impulsen desde los propios poderes públicos. De ahí que el Estatuto del Trabajador Autónomo formule un catálogo de las facultades que se integran dentro del ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores autónomos, particularmente a efectos de diferenciar tres niveles en función de su titularidad [22].

En cualquier caso, el grado de colectivización de intereses entre los autónomos puede ser más o menos intenso, pero no es concebible una agrupación de intereses económicos comunes capaz de presentar al colectivo como un grupo homogéneo. Por tanto, la inexistencia de un régimen jurídico común en la colectivización de sus intereses no se debe tanto a una inercia o desidia por parte del legislador, cuanto a la inviabilidad de conformar instituciones únicas aplicables por igual a todos estos fenómenos [23].

---

[21] Sepúlveda Gómez, M.ª: «Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados», en *TL*, núm. 81, 2005, p. 188.

[22] La primera, individual, atribuible directamente a los trabajadores autónomos; la segunda, de carácter colectivo, referible al conjunto de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, y la tercera, en fin, también colectiva, pero cuya titularidad específica corresponde a las asociaciones representativas.

[23] Cruz Villalón, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», en *RL*, núm. 7/8, 2000, pp. 159-160.

4.1. Dificultades para materializar los mecanismos de representación

Como es sabido, la dimensión de la empresa influye en el modelo español de representación de los trabajadores desde un punto de vista organizativo, tanto en relación con su propia existencia y configuración (delegados, comités) como en relación con otras cuestiones relativas al número de representantes o al número de horas del crédito sindical. Por ello, la ausencia de representantes en las empresas de menos de diez trabajadores debe valorarse a la luz no sólo de la tradicional importancia de la empresa de pequeñas dimensiones en el tejido productivo sino también a la luz de los fenómenos de descentralización productiva.

En relación con los TRADE —trabajadores autónomos económicamente dependientes— la doctrina se ha planteado, sin embargo, si no sería posible su inserción en el modelo de representación existente —a la vista de algunas prácticas colectivas que han surgido espontáneamente entre el colectivo de transportistas [24]—, lo cual podría alcanzarse si se optase «por un modelo alternativo de presencia sindical directa a través de nuevos sujetos sindicales cuya representación y tutela se extendiera a las diversas formas de trabajo concurrente» [25]. No se olvide que, en definitiva, la aparente enfermedad senil del sindicalismo conecta con fenómenos modernos como la terciarización, el individualismo y la globalización, pero también con la llamada «huida del Derecho del Trabajo» que está provocando un auge rapidísimo del trabajo no sometido a las leyes laborales.

La falta de representación colectiva de los trabajadores autónomos es una carencia que impide, además, que los convenios colectivos puedan ofrecer soluciones ajustadas a las necesidades de estos colectivos.

---

[24] A título de ejemplo, los «Acuerdos sobre las condiciones de trabajo y económicas de los transportistas por cuenta propia o repartidores autónomos en el grupo PANRICO», firmado entre representantes de la empresa y los representantes de los repartidores autónomos en la empresa, el 20 de mayo de 2005, con el objetivo de equiparar en derechos y medios colectivos de tutela de estos autónomos con los trabajadores subordinados de la misma empresa.

[25] Como con acierto se ha dicho, «la definición del colectivo tutelado por los representantes sindicales debe evolucionar paralelamente a los cambios de las organizaciones productivas para que puedan seguir siendo funcionales al fin que llevaría a su reconocimiento y promoción legal: la tutela de los intereses del trabajo en la empresa desde el concepto legal de trabajador (contrato de trabajo) hasta el de prestador de servicios», SÁEZ LARA, C.: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», en *RMTAS,* núm. 58, 2005, p. 327. El declive del sindicalismo en sus ambientes naturales —los del obrero industrial— y el auge de los nuevos espacios laborales al margen del Derecho del Trabajo han planteado la cuestión de si no es una necesidad vital para la supervivencia del sindicato el entrar con decisión en esos ámbitos. OJEDA AVILÉS, A.: «La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos», en *AS,* T. V, 2000, pp. 705-706.

De ahí que, en términos amplios, las propuestas relativas a la protección del trabajo autónomo se refieran a fórmulas de tutela de sus intereses a través, básicamente, de asociaciones profesionales específicas de autónomos y de acuerdos colectivos también específicos —esto es, a través de un sistema de representación externa al modelo de representación colectiva de los trabajadores subordinados—.

4.2. El asociacionismo de los autónomos

El modelo de la LOLS, al igual que el de la Constitución en los artículos correspondientes a colegios, organizaciones profesionales y otros sujetos colectivos, es heredero de una visión de la sociedad en la cual el sindicalismo pertenecía a los sectores más desprotegidos del mundo laboral, con los cuales no podían equipararse plenamente ni los modestos autopatronos ni los profesionales, para los cuales ya existían los colegios profesionales y las asociaciones. La nueva realidad de masificación de los autónomos conduce, sin embargo, a su organización y ante las dificultades para encuadrarse en el sindicalismo adquiere otras expresiones.

4.2.1. La sindicalización

El artículo 3.1 LOLS permite a los trabajadores por cuenta propia —que no tengan trabajadores a su servicio [26]— afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en dicha Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica. El sentido de esta inclusión constitutiva dentro del derecho de libertad sindical no es otro, ciertamente, que la posición socioeconómica semejante (no así la jurídica, que es antitética) que exhiben trabajadores asalariados y autónomos no empleadores [27]. La permisividad legal de este derecho de afiliación a los sindicatos tradicionales obedece no sólo a la contemplación específica de la faceta laboral que tiene todo trabajo autónomo sino,

---

[26] Pues el asociacionismo empresarial queda al margen de la libertad sindical y dentro del genérico derecho de asociación que reconoce el artículo 22 CE, lo cual da cobertura legal a la compatibilidad entre asociaciones patronales, Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Detenidamente sobre el particular, García Piñeiro, N. P.: *Las asociaciones empresariales en el Derecho español,* Madrid, 2005, pp. 164 y ss., y Gallego Morales, A. J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones,* Granada, 1996.

[27] Palomeque López, M. C.: «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», en *RL*, núm. 7/8, 2000, p. 52.

sobre todo, a la plasmación expresa de una realidad social que ya se venía produciendo con anterioridad a la LOLS. Al amparo del reconocimiento general del derecho de afiliación de los trabajadores a las asociaciones de éstos, que hacía la parcialmente derogada Ley 19/1977, de 1 de abril, de Asociación Sindical (en adelante LAS), los trabajadores autónomos ya venían afiliándose a sindicatos, sin perjuicio de que otros, más identificados con la condición empresarial que con la laboral, viniesen asociándose a organizaciones empresariales (fundamentalmente de pequeños y medianos empresarios —PYMES—) [28]. En cualquier caso, pese a su dicción en positivo, el precepto tiene una amplia carga de exclusión de los derechos de libertad sindical, al marginar a los trabajadores autónomos de los aspectos más importantes de los mismos, otorgándoles un papel subalterno en el conjunto de la organización sindical dentro de la que se integren [29].

Para un sector de la doctrina, extender el sindicalismo a situaciones diferentes del trabajo subordinado desnaturalizaría la significación jurídica de la libertad sindical e incluso crearía un *dumping social* perjudicial para los trabajadores típicos —debido a que la ausencia de niveles protectores harían atractiva la contratación de autónomos [30]—. El principal peligro de la ampliación de los derechos colectivos de los autónomos es la expulsión de los trabajadores dependientes del mercado, pues un autónomo tiene mayor flexibilidad para negociar sus condiciones laborales que un trabajador subordinado e incluso «cuesta» menos, en cuanto a cotizaciones a la Seguridad Social, por lo que su mera existencia provoca una tendencia a prescindir de empleados para contratar a externos, sin vacaciones, sin jornada máxima y sin salario mínimo [31]. En otras palabras, extender a los autónomos unos derechos que en manos de los trabajadores dependientes les permite negociar en pie de igualdad

---

[28] Cruz Villalón, J.: «La tutela colectiva...», cit., pp. 172-173, diferenciando múltiples formas de actuación en el tráfico jurídico como trabajador autónomo, lo que hace que no se puedan agrupar en común sus intereses ni concebir a los autónomos como un grupo homogéneo.

[29] Sobre la posibilidad de que los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados a un sindicato puedan, además, integrarse en la sección sindical con que cuente dicho sindicato en la empresa para la que presta sus servicios, Sepúlveda Gómez, M.ª: «Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados», cit., p. 191, quien considera que de no entenderse así, no sólo el derecho de afiliación reconocido en el artículo 3.1 LOLS perdería gran parte de su significado, sino que también la misma naturalez orgánica y funcional de la sección sindical como órgano del sindicato quedaría en entredicho.

[30] En tal sentido, Cruz Villalón, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales», cit., p. 161, o Gottardi, D.: «Questioni aperte sulle strategie sindicale», en *Lavoro e Diritto,* núm. 4 (monográfico sobre «Lavoratori parasubordinati e rappresentanza sindacale»), 1999, p. 656.

[31] Gottardi, D.: *Questioni aperte sulle strategie sindacali,* cit., p. 657, y Scarponi, S. y Bano, F.: «Forum», en *Lavoro e Diritto,* núm. 4, 1999, 1999, p. 645.

con la contraparte, puede llevar a posiciones de preeminencia para esos autopatronos y profesionales libres o, al menos, a un sistema de relaciones interprofesionales en donde la actividad laboral se diluye en actividad empresarial [32].

Por contra, otros consideran que el efecto principal de su sindicación consistiría en elevar sus niveles mínimos hacia la equiparación con los trabajadores dependientes —por lo que el peligro no estaría en la competencia desleal con los subordinados [33]— a la vez que se sancionaría la licitud de la práctica de algunas organizaciones sindicales generales, que han llegado a constituir en su seno —en los límites de lo legalmente permitido— organizaciones menores que integran exclusivamente a trabajadores autónomos, después federadas a la gran Confederación estatal [34].

Sin olvidar aquella propuesta intermedia que considera que en un Estado social de Derecho que debe asegurar la igualdad real entre los individuos (art. 9.2 CE), el legislador puede tener en cuenta la situación de dependencia económica de los TRADE y dotar de peculiaridades al derecho de asociación de éstos, en cuanto a los derechos de actuación en el plano colectivo [35] se refiere, pues éstos sí tienen una contraparte empresarial y frente a la misma pueden exigir reivindicaciones de mejora en sus condiciones de trabajo, por lo que, en teoría, un sindicato de trabajadores económicamente dependientes podría ejercer frente a las empresas el mismo tipo de actividad sindical que un sindicato de trabajadores subordinados [36]. En definitiva, los de sindicación son derechos de los que no son titulares los empresarios, sino los trabajadores, lo que plantea la delicada cuestión de si dentro del concepto trabajador y, más ampliamente, de la referencia constitucional a «todos», cabría incluir a los trabajadores autónomos dependientes, descartando pues al autónomo en sentido estricto o por cuenta propia en el que no sólo prevalece la

---

[32] Giugni, G.: *Diritto Sindacale,* Bari, 1996, p. 233.

[33] Ojeda Avilés, A.: *op. cit.,* pp. 711-712.

[34] Así, por ejemplo, FS TRADE-CC.OO., como organización sindical, con personalidad jurídica propia, confederada a las Comisiones Obreras de Cataluña —organización que empezó a actuar en el año 2001 en todos los sectores de la industria y los servicios, y se estructura en sindicatos de sector o profesión—.

[35] Para esta propuesta, al mediar una relación laboral de carácter especial entre el trabajador autónomo dependiente y la empresa comitente, resulta ineludible atribuir a dicho trabajador los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva. Sagardoy Bengoechea, J. A.: *Los trabajadores auónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo,* Madrid, 2004, p. 140.

[36] En tal sentido, Sepúlveda Gómez, M.ª: «Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados», cit., p. 193, quien considera que la posibilidad de poder constituir sindicatos, sólo sería eficaz si a ello se le une como consecuencia, el que dicha organización pueda llevar a cabo sus objetivos y fines a través de los medios colectivos típicos de la actividad sindical.

condición de empresario, sino que, además, carece de contraparte empresarial frente a la que poder ejercer estos derechos colectivos.

4.2.2. Otras formas de asociación

Además de la anterior, existen otras posibles vías de representación de los trabajadores autónomos reconocidas a nivel constitucional. Principalmente, el derecho de asociación previsto en el artículo 22 CE, que no es específico de los autónomos, sino extensible a todos los ciudadanos. Sin embargo, desde la perspectiva constitucional, no cabe reconocer a las asociaciones de trabajadores autónomos idénticos derechos de actividad sindical que los atribuidos a los sindicatos, como tampoco el asociacionismo de los trabajadores autónomos puede ser tratado ni regulado jurídicamente como una asociación cualquiera, pues, a tenor del artículo 9 CE, ha de gozar de una intervención promocional de los poderes públicos que les capacite jurídicamente para defender colectivamente sus intereses profesionales —incluso a través de la negociación de convenios[37]— en clave colectiva [38].

Formalmente no existe diferencia entre la ubicación del asociacionismo de los autónomos en el artículo 22 CE o en el artículo 28 CE, ya que en ambos preceptos se regulan derechos fundamentales con la mayor protección jurídica posible reconocida en el artículo 53 CE (reserva de ley orgánica en su desarrollo legislativo, respeto obligado al contenido esencial del derecho, tutela ante los Tribunales ordinarios por vía de un procedimiento sumario y preferente, acceso al Tribunal Constitucional por medio de un recurso de amparo, etc.) [39]. Lo mismo cabría decir en relación con las cuestiones de autonomía y capacidad de constitución, organización interna y funcionamiento, donde tampoco existen diferencias sustanciales, ya que en lo esencial se podrían considerar estas facultades integrantes de la libertad sindical pero también del derecho de asociación. No obstante, desde la perspectiva de la acción colectiva, es decir, de los derechos colectivos de autotutela, sí aparecen importantes diferencias en la extensión de la protección que puedan otorgar uno y otro precepto. Si el derecho de asociación es un derecho genérico para que cualquier grupo de sujetos con intereses comunes se unan en la defensa de los mismos, dentro de su contenido esencial no pueden estar

---

[37] Al respecto, Gutiérrez-Solar Calvo, B.: «La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria», en *RL*, núm. 11, 2001, p. 9 y ss.

[38] Cruz Villalón, J.: «La tutela colectiva por los trabajadores autónomos...», cit., p. 168.

[39] Rayón Suárez, E.: «La inclusión del asociacionismo empresarial en el ámbito del artículo 28.1 de la Constitución (Notas a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 31 de enero de 1984)», en *REDT*, núm. 18, 1984, pp. 152-153.

comprendidos medios de actuación específicos que sólo tienen sentido en el ámbito concreto de las relaciones laborales. Por lo tanto, los derechos de negociación colectiva, huelga o conflicto colectivo en un sistema de autotutela ubicado en el artículo 22 CE quedarían relegados, desde una deseable posición de derechos fundamentales que sólo les otorga estar incluidos en el contenido esencial del artículo 28 CE, a un nivel de mera legalidad.

4.2.3. Propuestas de regulación en el futuro Estatuto del Trabajador Autónomo. *Especial referencia a la representatividad asociativa*

Respecto al ejercicio del derecho de asociación profesional las propuestas normativas han optado por aplicar el régimen común contemplado en la LODA, al considerar el *Estatuto del Trabajador Autónomo* (LETA), que su regulación se adapta sin ninguna dificultad a las características propias de las asociaciones de los trabajadores autónomos. Dicha propuesta se limita a definir lo que de particular tienen estas asociaciones desde el punto de vista subjetivo y de la finalidad con la que se constituyen. La única regla adicional digna de mención es que, con independencia de la regulación general que reconoce el derecho de inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones, al objeto de limitar la responsabilidad económica de las mismas se propone su inscripción en el registro establecido *ad hoc* para las asociaciones de autónomos en el MTAS o en el de la correspondiente Comunidad Autónoma, según el ámbito territorial de la misma.

Como expresaba el informe del Grupo de Expertos que elaboró la primera propuesta, este requisito formal se establece con la finalidad de que exista clara constancia pública de qué concretas asociaciones tienen el carácter de organizaciones de tutela y defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos a distintos efectos: clarificar el panorama asociativo, identificar las asociaciones a las que resulta de aplicación la regulación contenida en la LETA, distinguiéndose, por ello, de otras múltiples asociaciones que pueden estar legalmente constituidas y, sobre todo, singularizar las asociaciones que pueden ejercer los derechos colectivos reconocidos. Finalmente, el registro de estas asociaciones se configura también como el requisito procedimental de partida para declarar cuáles, de entre ellas, pueden ver reconocida su condición de asociaciones representativas [40] con base en su grado de implantación.

---

[40] La propuesta estatutaria opta por un criterio restrictivo en cuanto a la naturaleza y entidad de las facultades atribuidas en exclusividad a las asociaciones representativas, ex-

En el ámbito del trabajo autónomo no existe ningún tipo de mecanismo electoral de designación de representantes a organismos instituidos de antemano [41]. Por el contrario, la base de las asociaciones de autónomos tiene una naturaleza estricta de derecho privado, en el sentido de que, como regla general, estas asociaciones actúan en defensa y tutela de los intereses de sus afiliados, sin ostentar una capacidad representativa *erga omnes*. Por ello, y desde el instante en que la labor más incisiva que pudiera llegar a desplegarse en el ámbito de la acción colectiva sería la celebración de pactos de eficacia limitada, el informe que acompaña a la PLETA entiende que carece de sentido articular para ellas cualquier tipo de sistema electoral, que sería además enormemente complejo de materializar.

4.3. El derecho a negociar las condiciones de trabajo

El sistema de negociación colectiva del ET descansa en la representatividad, no en la afiliación, por lo que el trabajador autónomo queda, en principio, al margen del cauce negocial de eficacia general. No obstante, en un sistema de relaciones profesionales maduro, las divergencias de intereses colectivos deben desarrollarse por vías de diálogo social lo que a la postre supone necesariamente procesos de negociación colectiva, en el sentido amplio del término, con vistas a alcanzar acuerdos. De este *desideratum* cabría excluir, en principio, a los trabajadores autónomos puros, pues carecen de contraparte empresarial al trabajar para sí mismos. Sin embargo, dentro de la negociación colectiva laboral sí cabría plantear la posible regulación de condiciones de trabajo de los TRADE.

Como con gran acierto ha precisado la doctrina, es posible que los sindicatos, como forma de frenar cierto tipo de procesos acentuados de descentralización productiva y de «competencia desleal», comprometan al empresario a otorgar un tratamiento asimilado, por ejemplo, en lo que se refiere a ingresos económicos, de los autónomos con los que externaliza ciertos servicios, al objeto de «blindar» tanto el empleo como las

---

ponentes de la posición jurídica singular que les corresponde. En concreto, se propone atribuirles en exclusiva aquellas facultades cuyo material ejercicio sólo cabe atribuir a unas pocas y concretas asociaciones —ostentar la representación institucional ante las Administraciones Públicas, para actuar como interlocutores sociales cuando las mismas Administraciones pongan en marcha cualquier mecanismo de consulta previa a la adopción de cierto tipo de decisiones que pudieran influir sobre sus representados en el marco de sus competencias y gestionar, en su caso, programas públicos de formación profesional—.

[41] Una visión crítica sobre el proceso electoral como técnica de medición de la representatividad e interesantes planteamientos sobre otros criterios de selección en ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad,* Granada, 2006.

condiciones económicas de los que efectúan ya tales labores en régimen de subordinación [42].

De otro lado, al margen de la posibilidad anterior —ciertamente marginal, pues ni puede abarcar a todos los grupos de trabajadores autónomos afectados por la colectivización de sus intereses ni puede facilitar el protagonismo directo de estos trabajadores en la defensa colectiva de sus intereses— cabría mencionar la posibilidad de que las asociaciones profesionales específicas de los trabajadores autónomos logren acuerdos de alcance colectivo con quienes de ordinario suelen establecer relaciones contractuales civiles, mercantiles o administrativas, siendo precisamente contenido de tales acuerdos colectivos la fijación de las condiciones económicas y de otra índole que afectan individualmente a las relaciones entre esos autónomos y terceras empresas de las que dependen en la perspectiva económica. Estos acuerdos, al mantenerse en la esfera de las categorías jurídicas de la contratación civil, por sí solos, no podrían lograr el plus de eficacia jurídica otorgado por la legislación laboral a los convenios colectivos *strictu sensu*, ni sería viable otorgarles eficacia inderogable frente a sucesivos pactos individuales, ni mucho menos eficacia *erga omnes* [43]. Tales inconvenientes han llevado a postular una intervención legislativa en orden a garantizar la inderogabilidad *in peius* de lo pactado mediante este tipo de acuerdos colectivos por parte de las asociaciones profesionales de autónomos, lo cual exigirá controlar la legitimidad jurídica de tales negociadores, incorporando las oportunas reglas de representatividad de tales asociaciones profesionales.

En definitiva, es precisamente en materia de negociación colectiva donde adquiere virtualidad práctica el derecho de afiliación de los trabajadores autónomos sin empleados a su servicio, en especial de los que lo son por cuenta ajena o dependientes, pues frente a posibles objeciones técnicas, no pueden anteponerse a derechos fundamentales de tan alto valor y significación como son los que comprende la autonomía colectiva que, como otros derechos constitucionales, no son circunscritos por el texto constitucional a un determinado tipo de contrato, sino que van ligados al trabajador, en cuanto sujeto que presta su trabajo personal para y por cuenta de otro. Y esto es especialmente significativo en las prestaciones de servicios de los TRADE, en las cuales es posible localizar un desequilibrio de poder de negociación similar al que justi-

---

[42] Este tipo de cláusulas serían perfectamente lícitas y vinculantes en la medida en que se condiguran como cláusulas en favor de terceros. CRUZ VILLALÓN, J.: «Propuestas para una regulación del trabajo autónomo», en *TL,* núm. 73, 2005, p. 46.

[43] No obstante, vía contractual civil, no podría objetarse nada a que el acuerdo colectivo de autónomos fuera sucesivamente contradicho por cualquier tipo de contrato individual concertado por un trabajador autónomo con una empresa, aunque ambos hubieran estado representados en la mesa de negociación del acuerdo colectivo. CRUZ VILLALÓN, J.: «Propuestas para una regulación del trabajo autónomo», cit., pp. 46-47.

ficó el nacimiento del Derecho del Trabajo para los trabajadores dependientes y por cuenta ajena [44]. En un plano estrictamente teórico resulta polémico el alcance del derecho a la negociación colectiva de los autónomos económicamente dependientes pues, mientras unos opinan que la regulación colectiva de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos agravaría el problema de la competitividad a la baja del nivel de protección social disfrutado por los trabajadores, otros, por el contrario, opinan que la negociación colectiva, como vía eficaz de satisfacción de las reivindicaciones de mejora de las condiciones de trabajo de los autónomos, al posibilitar la reducción de la distancia entre niveles de protección entre éstos y los trabajadores subordinados, reduciría esa presión negativa sobre las conquistas sociales alcanzadas por los segundos [45].

Las asociaciones de autónomos entienden que debe avanzar la regulación del trabajo autónomo a través de ámbitos de negociación de carácter sectorial, territorial o de centro de trabajo, es decir, unidades de negociación con necesidades de protección homogéneas, en cuestiones que afectan al desarrollo de su actividad y que van desde las percepciones económicas a la prevención de riesgos [46] o a la formación, con el objeto de cubrir vacíos o de mejorar lo establecido a través del acuerdo de las partes, pues la experiencia ha perfilado este instrumento como el más eficaz en la adaptación a los cambios y a la diversidad social [47].

En este sentido, la LETA viene a corroborar la existencia de prácticas de negociación de numerosos convenios, de pretendida eficacia general, en los que se imponen una serie de exigencias a los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación en lo relativo a los contratos civiles o mercantiles que puedan negociar en la contratación de personal a su servicio. Esto es, convenios que regulan no sólo el contenido de los contratos de trabajo, sino también el contenido de los contratos civiles o mercantiles de los que sean parte los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación, extendiendo en algunos casos previsiones establecidas para los primeros a los segundos, incluyendo, a la hora de delimitar su ámbito de aplicación personal una referencia genérica a los autónomos «sin mayores aclaraciones» o, en fin, limitando la extensión de su eficacia a los autónomos a algunas previsiones concretas contenidas en su

---

[44] D'ANTONA, M.: «Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?», en AA.VV. (a cura di G HEZZI, G., Ed.): *Contrattazione, rappresentatività, coflitto. Scritti sul Diritto Sindacale,* Roma, 2000, pp. 283-284.

[45] OJEDA AVILÉS, A.: «La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos», en *AS,* 2000, T. V, p. 704.

[46] Ampliamente sobre el particular, *vid.* mi monografía, *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos,* Albacete, 2006.

[47] UPTA: «Posición de la UPTA sobre el Estatuto del Trabajador Autónomo», en *DL*, núm. 72, 2005, p. 138.

articulado —tablas salariales, clasificación profesional, acciones de formación continua, subrogación empresarial, etc. [48]

4.4. El paro reivindicativo

Las asociaciones de autónomos también han pedido la inclusión del «paro reivindicativo» [49] (terminología adoptada para hacer referencia a las acciones colectivas o huelgas que pueda llevar a cabo este colectivo) en el futuro *Estatuto del Trabajador Autónomo*, que alude entre los derechos colectivos básicos al ejercicio de «la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales». La circunstancia de que se haya realizado una interpretación restrictiva de este derecho constitucional impidiendo a los autónomos su ejercicio, no ha impedido en modo alguno la aparición de conflictos y de medidas de presión colectiva [50], de ahí que reivindiquen una regulación suficiente de este derecho que garantice su ejercicio por los trabajadores por cuenta propia y el respeto por su parte de los derechos de la comunidad en su conjunto [51].

Estas medidas, en cuanto afectan o pueden afectar a servicios esenciales para la comunidad (grúas, ambulancias, transportes de alimentos) pueden revestir notoria gravedad y hoy por hoy están ajenos a la intervención y al control público. Mientras la autoridad gubernativa reacciona sistemáticamente, con el oportuno control judicial, frente a toda huelga de trabajadores asalariados que pueda afectar a servicios esenciales para la comunidad, se aprecia una ausencia total de intervención cuando la paralización se lleva a cabo por parte de los trabajadores autónomos, por muchos perjuicios que provoquen a servicios esenciales.

---

[48] Ampliamente sobre el particular, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «La regulación de las condiciones de prestación de servicios de los autónomos por la negociación colectiva estatutaria», en *RL,* núm. 11, 2001, p. 9 y ss.

[49] La propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente presentado por UPTA eludía reconocer expresamente el derecho de huelga a los autónomos dependientes, prefiriendo la expresión de «paro reivindicativo» (art. 4.1) aunque, para mayor incertidumbre del intérprete, acabe remitiendo el régimen de tal paro al Real Decreto-ley 17/1977, de Relaciones de Trabajo.

[50] Entre los ejemplos más significativos de los últimos tiempos respecto a la trascendencia de este tipo de abstenciones colectivas de trabajadores autónomos cabe mencionar a la huelga de abogados en su actividad ante los tribunales —que si bien en España se ha reducido a negarse a efectuar el turno de oficio, en algún otro país ha llegado a impedir la actividad normal de los tribunales por largo tiempo—, el paro de los transportistas por carretera —presionando en diversos países europeos por la bajada del precio del carburante o por la jornada laboral e impidiendo con tal medida la distribución de bienes esenciales— o los protagonizados por agricultores y ganaderos.

[51] UPTA: «Posición de la UPTA sobre el Estatuto del Trabajador Autónomo», cit., p. 138.

Hasta el momento la jurisprudencia constitucional es concluyente en afirmar que se trata de fenómenos que no pueden articularse por la vía del ejercicio del derecho de huelga reconocido a los trabajadores dentro del artículo 28.2 CE, ni como medidas de conflictos colectivos del artículo 37.2 CE, quedando enmarcados dentro de la esfera de la libre iniciativa económica [52]. No obstante, pese a que no existe regulación al respecto, sería perfectamente posible una norma que, respetando el contenido esencial del derecho, estableciese limitaciones en el ejercicio de la libertad de empresa, por la razón de que ningún derecho es ilimitado, y su ejercicio se puede limitar cuando entre en colisión con otros derechos o principios constitucionalmente protegidos [53]. Por ello, su consideración como huelga legal implicaría la consideración de suspensión del contrato [54], pero también el sometimiento a un «iter» procedimental, la entrada en escena de una batería de organismos conciliadores y, sobre todo, las previsiones que garantizan el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad. En definitiva, el reconocimiento claro del derecho de huelga a los trabajadores autónomos —fundamentalmente a los económicamente dependientes— permitiría abordar el problema, hasta ahora no afrontado, de los límites de ese derecho.

Es más, respecto del colectivo de trabajadores autónomos económicamente dependientes, cierto sector doctrinal encuentra suficientes justificantes para hacerles extensivo el derecho de huelga laboral, tanto a partir de un previo fundamento constitucional —necesidad de equilibrar la debilidad contractual del trabajador frente al poder económico de la contraparte empresarial— como por los objetivos que se pueden perseguir con esta medida de presión —pues la huelga puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o, en general, en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos—. Precisamente cuando la STCo 11/1981 niega el derecho de huelga del artículo 28.2 CE a los autónomos lo hace en base a la inexistencia de esa contraparte empresarial frente a la que ejercer este medio de presión, ya que no son trabajadores por cuenta ajena, sino independientes, autopatronos o profesionales —alusión clara a los autónomos puros, pero que no es válida respecto

---

[52] La referencia a la libertad de empresa solventa el enfoque principal pero no afronta todas las cuestiones que se pueden suscitar en el plano de lo jurídico. Principalmente el hecho de que este tipo de paralizaciones de la actividad tiene una pura significación unilateral de quien deja de poner en marcha su negocio, pues además tienen inmediatamente una afectación a terceros, sean éstos privados o públicos. CRUZ VILLALÓN, J.: «Propuestas para una regulación del trabajo autónomo», cit., pp. 47-48.

[53] STCo de 24 de julio de 1984.

[54] Pues en la actualidad, uno de los problemas que presenta esta cesación de actividad es la posible consideración de incumplimiento contractual que puede tener en caso de que exista entre el autónomo y sus clientes relación contractual, SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.ª: «Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados», cit., p. 202.

a los TRADE— y, en fin, por el propio derecho de afiliación sindical reconocido en el artículo 3.1 LOLS, que debe conllevar la posibilidad de ejercicio de los derechos de actividad, entre los que se encuentra el derecho de huelga [55]. Según esta interpretación, incluso sin un marco normativo específico, el ejercicio del derecho de huelga de los TRADE podría canalizarse por el procedimiento establecido en el actual Real Decreto-Ley 17/1977, lo que evitaría que la interrupción de la actividad fuese considerada incumplimiento de contrato, además de quedar garantizado el mantenimiento de los servicios esenciales.

5. CONCLUSIÓN FINAL

En definitiva, es preciso acomodar el modelo estatutario de representación colectiva a la realidad empresarial, una realidad donde los procesos de descentralización productiva conviven con los de concentración empresarial, determinando a un mismo tiempo la creciente importancia de los grupos de empresas y la proliferación de microempresas y trabajadores autónomos, pues la regulación estatutaria y la de la LOLS responde a una realidad empresarial distinta.

La propia eficacia de la función representativa depende, en última instancia, de la superación de las tradicionales estructuras representativas que, aunque precisas, necesitan ser completadas por otras nuevas que exigen un «redimensionamiento funcional del modelo en su conjunto» [56], dedicando especial atención al fenómeno de expansión del trabajo autónomo, especialmente del económicamente dependiente.

---

[55] Sepúlveda Gómez, M.ª: «Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados», cit., p. 202, al entender que el hecho de ser titulares del derecho de sindicación les confiere el poder de secundar una huelga convocada sindicalmente en el sector o empresa para la que presta sus servicios pues, de lo contrario, no se entiende o quedaría vacío el contenido del derecho de sindicación.

[56] Sáez Lara, C.: «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», cit., p. 316.

Comunicación a la Ponencia Temática III

ARTÍCULO 81.2 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR EL PERSONAL DE LA EMPRESA. ¿ES RETRIBUCIÓN?

PATRICIA NIETO ROJAS
Becaria FPU
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.—2. ARTÍCULO 81 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES. 2.1. Asistencia financiera para la adquisición de acciones por el personal. 2.2. Ámbito de aplicación de la excepción. 2.2.1. Personal. 2.2.2. Sociedad intermedia. 2.2.3. Administradores sociales y personal de Alta Dirección. 2.2.4. Terceros. 2.3. La asistencia financiera ¿Es retribución?—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

En el ordenamiento español, el sistema de participación de los trabajadores en la empresa se asienta en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE) en una economía de libre mercado. El mandato constitucional de promover las diversas formas de participación en la empresa (art. 129.2 CE) impone un deber a los poderes públicos [1], que no ha sido materializado en pronunciamientos legislativos relevantes, ni en el ordenamiento laboral ni en el mercantil [2]. Uno de los escasos desarrollos normativos de este precepto se produjo con la modificación introducida en la ley de Sociedades Anónimas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 [3], que llevó a cabo la transposición de la **Segunda Directiva 77/91/CEE** [4] del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, en lo sucesivo segunda Directiva, recientemente modificada por la Directiva 2006/68/CEE, de 6 de septiembre de 2006 [5].

Esta Directiva impulsó dos mecanismos de participación de los trabajadores en el capital social. En primer lugar, legitimó la adquisición derivativa de acciones propias para distribuirlas entre el personal de la

---

[1] VIDA SORIA, J., PRADOS REYES, F. J.: «Artículo 129. Principios constitucionales sobre la participación social», en ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Edersa, 1996, p. 95.

[2] RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «El derecho a la participación en la empresa y la Seguridad Social», en AA.VV.: *Comentario a la constitución socioeconómica de España.* Granada: Comares, 2002, p. 701.

[3] Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. BOE de 27/12/1989.

[4] Diario Oficial núm. L 026 de 31/01/1977.

[5] En la materia objeto de esta comunicación no se han producido modificaciones significativas.

empresa o de una sociedad ligada a ésta (art. 19.3 Directiva) y, en segundo lugar, excepcionó del régimen general prohibitivo las operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones de la sociedad o de otra sociedad del grupo por los empleados (art. 23.2 Directiva).

La integración en la estructura societaria es una de las formas que puede adoptar la participación económica de los trabajadores en la empresa. La atención comunitaria sobre la participación financiera [6] y el uso creciente de estos mecanismos en empresas que están respondiendo de manera eficiente a los retos económicos confirman la relevancia adquirida por estos esquemas participativos. En el actual contexto económico, donde el capital humano de los empleados determina la ventaja competitiva de las empresas, la retención de los trabajadores se torna en un elemento definitorio para asegurar la permanencia en el mercado. La lógica empresarial vigente, imbuida por la búsqueda constante de eficiencia y calidad, ha constatado que la implicación de los trabajadores en el capital social aumenta el compromiso de los empleados con la empresa, que redunda en incrementos de productividad y rentabilidad.

En la práctica, la participación accionarial de los trabajadores ha sido instrumentada mediante diversas vías: distribución gratuita de acciones, entrega de opciones sobre acciones o a través de la asistencia financiera dirigida a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa. Este último mecanismo, regulado en el artículo 81.2 LSA, presenta numerosas implicaciones laborales, especialmente cuál es el ámbito de aplicación de la excepción y la posible naturaleza salarial de las atribuciones patrimoniales derivadas de estas operaciones.

El objetivo de la presente comunicación es analizar el régimen jurídico de la asistencia financiera prestada por la sociedad para la adquisición de acciones por los trabajadores. Para ello, identificaremos qué negocios pueden encuadrarse en esta operación, los requisitos que debe observar y el ámbito subjetivo de aplicación de este mecanismo societario.

2. ARTÍCULO 81 LSA. ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El artículo 81.1 LSA prohíbe, con carácter general, la prestación de asistencia financiera a terceros para la adquisición de acciones propias

[6] Como último exponente, la comunicación COM (2002) 364 final, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores.

o de una sociedad afín. Esta prohibición persigue suprimir prácticas empresariales consistentes en la concesión de préstamos a terceros que puedan suponer un riesgo patrimonial a la sociedad, bien alterando la estructura de poder o distrayendo recursos propios para financiar dichas operaciones. El objetivo natural de esta prohibición es impedir operaciones concertadas para la toma de control de la sociedad [7].

No obstante, el propio artículo 81 LSA exceptúa de este régimen general prohibitivo los negocios dirigidos a facilitar la adquisición de acciones por el personal de la empresa o de otra sociedad de grupo (art. 81.2 LSA) y las operaciones realizadas por bancos o entidades de créditos en el ámbito de operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad (art. 81.3 LSA). Estas excepciones se fundamentan en la especial calidad de las partes; en las entidades de crédito, la asistencia financiera forma parte de su actividad ordinaria y en las operaciones dirigidas a facilitar la integración de los trabajadores en el capital social, esta excepción responde a un objetivo de política social [8].

2.1. Asistencia financiera para la adquisición de acciones por el personal

Debemos calificar como asistencia financiera, a los efectos del artículo 81.2 LSA, cualquier operación que desde el punto de visto económico sea relevante y que tenga como efecto un anticipo de fondos que permita a los beneficiarios (trabajadores) adquirir acciones de la sociedad empleadora o de otra sociedad del grupo. La propia norma establece los tres negocios más utilizados —anticipos, préstamos o garantías— pero establece una cláusula de cierre en la que se incluye cualquier otra operación que tenga como resultado directo una atribución patrimonial a un tercero que posibilite la adquisición por éste de acciones de la compañía.

Para que opere la excepción prevista en el artículo 81.2 LSA debe existir un nexo causal entre el negocio de auxilio financiero y la adquisición de acciones, únicamente se podrá hablar de asistencia financiera cuando la finalidad de la norma sea facilitar la adquisición de acciones por un tercero; existe, en consecuencia, **una relación de causalidad de carácter netamente final** [9].

---

[7] Sobre los orígenes de esta prohibición, VAQUERIZO ALONSO, A.: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias.* Madrid: Civitas, 2003, p. 49 y ss.

[8] PAZ-ARES, C.: «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de las sociedades del capital.* Madrid: Civitas, 1987, p. 604.

[9] VAQUERIZO ALONSO, A.: «Asistencia», *op. cit.,* p. 126.

En la legislación societaria española, no existe una manifestación expresa sobre los requisitos que deben respetar las operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los trabajadores, pero la propia literalidad de la Segunda Directiva y una interpretación teleológica de la norma instan a defender que será necesario el uso de bienes libres de la sociedad y la dotación de **una reserva equivalente a los créditos anotados en el activo en concepto de asistencia financiera**[10]. El artículo 23 de la Segunda Directiva menciona dichas exigencias sin hacer ninguna distinción entre las dos excepciones legales (adquisición de acciones por los trabajadores y operaciones de entidades de crédito). En el anteproyecto de la LSA se contemplaba la obligatoria constitución de una reserva, por lo que la no inclusión de este extremo en el artículo 81.2 LSA ha sido calificada como un *«olvido del legislador»*[11].

Por último, nos debemos preguntar si la asistencia financiera está sujeta a algún límite cuantitativo. La ratio que excepciona de la prohibición general de auxilio financiero a aquellas operaciones que tengan como finalidad la adquisición de acciones por los trabajadores —fomentar su participación en el capital social— implica la no limitación cuantitativa de estas operaciones [12].

Existe una presunción *iuris tantum* sobre la licitud de estos negocios, que sólo podrá ser desvirtuada si se demuestra que el objetivo del auxilio financiero es defraudar a los acreedores o actuar en contra del interés social; en estos casos, la operación será afectada por la prohibición general[13].

2.2. Ámbito subjetivo

El artículo 23.2 de la Segunda Directiva en materia de sociedades establece que se exceptuarán del régimen general prohibitivo los negocios de auxilio financiero que tengan como objetivo la **adquisición de acciones por el «personal» de la sociedad o de una sociedad afín a ésta.**

---

[10] Fernández Fernández, M. C.: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias.* Granada: Comares, 2001, p. 341.

[11] Vázquez Cueto, J. C.: *El régimen jurídico de la autocartera.* Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 495; Vaquerizo Alonso, A.: «Asistencia», *op. cit.,* p. 530. En contra de esta tesis, Bayona Jiménez, R.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en *Aranzadi RDS,* núm. 19, 2002, p. 405.

[12] Paz-Ares, C., Perdices, A.: «Los negocios sobre las propias acciones», en Uría, R.; Menéndez, C., Olivencia, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.* Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 472.

[13] Vaquerizo Alonso, A.: *Op. cit.,* p. 519.

Esta imprecisión fue una auténtica « *carta blanca»* [14] para los legisladores nacionales; la fuerte tradición normativa sobre fórmulas de participación accionarial de los trabajadores en otros Estados miembros, especialmente en Inglaterra y Francia, forzó que la redacción comunitaria optase por un término ambiguo a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 23.2 de la Directiva.

2.2.1. Personal de la empresa o de una sociedad del grupo

En España, el artículo 81.2 LSA reprodujo el genérico término *«personal»*, terminología que no es utilizada en el ordenamiento laboral para encuadrar a los sujetos tutelados por el ET. No obstante, todos los trabajadores sujetos a una relación laboral común [15] pueden ser asistidos financieramente por la sociedad para la adquisición de acciones en el marco del régimen excepcional previsto en el artículo 81.2 LSA. Las recomendaciones comunitarias en materia de participación financiera instan a incluir al mayor número posible de trabajadores, evitando distinciones arbitrarias, así la Comunicación (2002) 364 final relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores insiste en la progresiva incorporación de todos los empleados con independencia del tipo de contrato que les una a la sociedad.

La finalidad de la norma **(facilitar la participación accionarial de los trabajadores en la *empresa* en sentido económico)** justifica que la Segunda Directiva **integre en la excepción los negocios de asistencia financiera para la adquisición de acciones por los trabajadores de cualquier sociedad de grupo y no exclusivamente de la sociedad empleadora.** La redacción de la norma comunitaria prevé que cualquier sociedad del grupo pueda facilitar cauces de financiación para la adquisición de acciones, propias o de otra sociedad, a todos los trabajadores del grupo.

La solución adoptada por el legislador español: *«Lo dispuesto en el apartado anterior* (prohibición general de asistencia financiera) *no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo»* se aparta de la Directiva, ya que el trabajador sólo podrá obtener la

---

[14] Fernández del Pozo, L.: «Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art. 81.2 LSA)», en *RDBB,* núm. 47, 1992, p. 834.

[15] Inclusión unánime en la doctrina mercantilista: Fernández del Pozo, L.: *Op. cit.,* p. 813; Vaquerizo Alonso, A.: *Op. cit.,* p. 525; Vázquez Cueto, J. C.: *Op. cit.,* p. 491; Paz-Ares, C., Perdices, A.: «Comentario», *op. cit.,* p. 409; Paz-Ares, C.: «Negocios», *op. cit.,* p. 677; Fernández Fernández, M. C.: «La asistencia», *op. cit.,* p. 336; Bayona Giménez, R.: *Op. cit.,* p. 358.

asistencia financiera de la sociedad donde presta sus servicios, no de cualquier sociedad del grupo [16].

2.2.2. Sociedad intermedia para la adquisición de acciones

El artículo 23.2 de la Directiva establece que se exceptuarán del régimen general prohibitivo *«las operaciones efectuadas para la adquisición de acciones por o para el personal de la sociedad o de una sociedad afín a ésta».* La transposición de este artículo al ordenamiento jurídico español [17], en la que no se incluyó la expresión *«para el personal»,* ha supuesto un primer elemento divergente entre la doctrina mercantilista. La dicción literal de este precepto no prohíbe la articulación de un mecanismo colectivo de ahorro para la adquisición de acciones para el personal de la empresa [18], por tanto, entiendo que sería posible la creación de una sociedad intermedia que tuviese como objeto social la adquisición de acciones de la sociedad empleadora o de alguna sociedad del grupo [19]. Una interpretación conforme con la Directiva y la propia finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil) deben forzar la admisión de estas sociedades en el marco de operaciones de asistencia financiera dirigidas a facilitar la adquisición de acciones por los empleados [20].

En otros Estados miembros, la creación de estas entidades colectivas ha sido un éxito para la adquisición y gestión de activos por los trabajadores. En Inglaterra, los fidecomisos (*trust)* y en Francia, los planes de ahorro colectivos (*plan d'epargne enterprise*) cuentan con una amplia tradición legislativa y empresarial. En principio, los trabajadores pueden ser reacios a concentrar su capital exclusivamente en su empresa pero si se crea un mecanismo colectivo que diversifique su inversión, los posibles riesgos se reducen.

La escasa tradición legislativa en España sobre fórmulas de participación de los trabajadores en el capital social y la inexistencia de me-

---

[16] Vázquez Cueto: *Op. cit.,* p. 492; Paz-Ares, C., Perdices, A.: «Comentarios», *op. cit.,* p. 475.

[17] Artículo 81.2 LSA: *«Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo».*

[18] Fernández del Pozo, L.: «Asistencia», *op. cit.,* p. 842. *Vid.*, del mismo autor *:* «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario», en *RDM*, núm. 234, 1999, p. 1407.

[19] En esta dirección, Bayona Giménez, R.: *Op. cit.,* p. 378; Vázquez Cueto, J. C.: *Op. cit.,* p. 491.

[20] En contra de esta tesis, García Cruces, J. C.: «Comentario al artículo 81 LSA», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 813; Fernández Fernández, M. C.: *Op. cit.,* p. 340.

canismos de representación colectiva de los trabajadores accionistas, a diferencia de lo que ocurre en Francia o en Italia, ha dificultado la creación de sociedades intermedias destinadas a la adquisición de acciones por los trabajadores.

2.2.3. Administradores sociales y personal de Alta Dirección

La inclusión o exclusión del personal de alta dirección y de los administradores sociales, en la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA, ha sido justificada por normas laborales. El Derecho del Trabajo diferencia entre los administradores, excluidos en el artículo 1.3 c) ET de la tutela del ordenamiento laboral, y la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección regulada en el artículo 2.1 a) ET y desarrollada por el Real Decreto 1382/1995, de 1 de agosto. Esta distinción laboral ha servido de base para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 81.2 LSA [21].

En consecuencia, la expresa exclusión de los administradores del ordenamiento laboral, motivada por la ausencia de dependencia en la prestación del trabajo, prohíbe el desarrollo de negocios de auxilio financiero para la adquisición de acciones por la sociedad [22]. Esta tendencia legislativa sigue la política iniciada en otros Estados miembros, con una fuerte tradición normativa sobre fórmulas de participación accionarial de los trabajadores; así, en Francia los artículos 106 y 145 de la Ley de Sociedades excluyen expresamente a los administradores de los negocios de asistencia financiera con independencia de la finalidad de esta operación. En Alemania, la legislación establece la prohibición de conceder créditos a los miembros de la dirección o del Consejo de Administración sin el consentimiento expreso de la Junta General y en Italia, el artículo 2.624 del Código Civil prohíbe que los administradores reciban dinero de la sociedad mediante operaciones de asistencia financiera.

El origen de la prohibición está en la facultad de intervención activa de los administradores en el órgano de administración y en los posibles conflictos de intereses entre la sociedad asistente y los administradores asistidos. No obstante, los administradores sí que podrán adquirir acciones u opciones sobre acciones de la compañía o de una sociedad del grupo en virtud de lo dispuesto en el artículo 130 LSA, que establece

---

[21] Por todos, PAZ-ARES, C.: «Negocios», *op. cit.,* p. 604.

[22] La exclusión de los administradores es, a juicio de FERNÁNDEZ DEL POZO, ***aventurada.*** «Revisión crítica a la prohibición de asistencia financiera», en *RDS,* núm. 234, *op. cit.,* p. 186. Por el contrario, se muestran a favor: PAZ-ARES, C.: «Comentario», *op. cit.,* p. 480; VAQUERIZO ALONSO, A.: *Op. cit.,* p. 525; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *Op. cit.,* p. 336; VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Op. cit.,* p. 496.

que si parte de la retribución de los administradores consiste en la entrega de acciones de la sociedad o de una sociedad de grupo, esta previsión debe estar consignada en los Estatutos de la sociedad y ser autorizada por la Junta General.

Respecto a los trabajadores de alta dirección, sujetos a una relación laboral de carácter especial, pueden quedar incluidos en el marco de la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA [23], en tanto, que esta relación basada en la recíproca confianza de las partes, lo que difumina la nota de dependencia, no les excluye del ordenamiento laboral.

2.2.4. Terceros

Algunos autores [24] van más allá y defienden que la propia racionalidad del artículo 129.2 CE y la finalidad social de esta norma mercantil podrían ser títulos habilitantes para incluir como beneficiarios a otras personas, excluidas del ordenamiento laboral, pero que mantienen una relación de dependencia respecto a un poder de dirección. Los falsos autónomos, los trabajadores «parasubordinados», o trabajadores que ya no presten servicios en la sociedad podrían ser incluidos en operaciones de asistencia financieras impulsadas por la sociedad.

Entiendo que, de la redacción actual del artículo 81.2 LSA, no es dable esta interpretación. No obstante y con el objetivo de favorecer la participación en la empresa, sería conveniente que, de *lege ferenda,* el ámbito subjetivo de aplicación se extendiese también a personas que mantienen o hayan mantenido una relación de dependencia respecto a un poder de dirección, con independencia del vínculo contractual que les una a la sociedad asistente.

Finalmente, nos debemos plantear si la excepción consignada en el artículo 81.2 LSA sólo puede arbitrarse de un modo colectivo, es decir, si la operación de asistencia financiera debe enmarcarse en un plan de participación colectiva, bien para la totalidad de la plantilla o para una colectividad de trabajadores, o sería posible integrar, en el marco de esta excepción, operaciones financieras dirigidas a un único trabajador.

Aunque los estudios económicos sobre participación accionarial de los trabajadores han establecido una correlación entre aumento de productividad y mayor número de beneficiarios, la empresa podría facilitar la entrada de un único empleado, valioso en términos empresariales, en

---

[23] Por todos, Flores Doña, M. S.: *Op. cit.,* p. 302.

[24] Paz-Ares, C., Perdices, A.: «Comentarios», *op. cit.,* p. 478; Bayona Giménez, R.: *Op. cit.,* p. 358.

el capital social, asistiendo financieramente dicha operación, y que este negocio se encuadre en la excepción del artículo 81.2 LSA [25]. No obstante, en la mayoría de los Estados miembros, para poder optar a los beneficios fiscales, será necesario que la oferta de asistencia financiera se realice dentro de la política retributiva general de la empresa, o en su caso, del grupo de sociedades.

2.3. La asistencia financiera, ¿es retribución?

La legislación societaria no establece nada sobre la naturaleza del beneficio obtenido en las operaciones de asistencia financiera. Esta ganancia será determinada por la diferencia entre el valor de la acción en el mercado bursátil y el precio de venta ofertado por la empresa. Esta anomia no elimina las claras implicaciones que la calificación de esta atribución tiene en el ordenamiento jurídico laboral.

El requisito fundamental para poder participar en las operaciones de asistencia financiera es mantener un vínculo laboral con la sociedad asistente u otra sociedad del grupo. Partiendo de esta tesis, **este descuento forma parte de la retribución de los trabajadores asistidos, en tanto, que esta operación tiene un valor económico cuantificable y trae causa en el contrato de trabajo,** que se configura como una condición para participar en la operación.

El artículo 141.2 TCE califica como retribución *el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.* Las operaciones de asistencia financiera generan una atribución patrimonial susceptible de valoración económica que podría ser, en consecuencia, calificada como retribución.

A sensu contrario es dable otra interpretación. El ámbito subjetivo de aplicación de los negocios exceptuados de la prohibición general de asistencia financiera están delimitados por las normas laborales, pero estas operaciones no retribuyen el trabajo y por tanto quedan fuera del ordenamiento laboral.

Esta es la postura adoptada por la doctrina mercantilista que califica la **asistencia financiera como un negocio jurídico mercantil** que nun-

---

[25] En contra de esta tesis, Vázquez Cueto, J. C.: *Op. cit.,* p. 165; Fernández Fernández, M. C.: *Op. cit.,* p. 339; Vaquerizo Alonso, A.: *Op. cit.,* p. 521. Defienden que la operación de asistencia financiera con un único trabajador desvirtúa el fundamento dogmático de la excepción (favorecer la participación accionarial de los trabajadores, entendidos éstos como una colectividad).

ca podrá tener naturaleza salarial. Si la operación tuviese naturaleza retributiva estaríamos ante un complemento del salario y, por tanto, debería excluirse del concepto de asistencia financiera. Los trabajadores pueden ser retribuidos mediante acciones, no por estar incluidos en la excepción societaria, sino porque en materia remuneratoria es posible esta atribución [26]; lo que el artículo 81.2 LSA permite es que, excluidos estos supuestos, los trabajadores puedan adquirir acciones mediante la asistencia financiera de la sociedad [27].

En cambio, otros autores [28], apartándose de la posición mayoritaria, califican este auxilio financiero como un complemento salarial específico a los que se refiere el artículo 26.3 ET, vinculado a la condición del trabajador ordinario y dependiente de la situación o resultados de la empresa.

En el ordenamiento laboral no existe ninguna mención a las ventajas patrimoniales derivadas de la concesión de un préstamo por el empresario para la adquisición de acciones por los empleados [29], pero en la medida que este préstamo puede traducirse en un ahorro para el trabajador cabría, en determinados supuestos, su calificación como salario.

El artículo 26 ET ofrece una definición amplia de salario: *«se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables por trabajo»*.

Esta redacción permite la calificación como salario de atribuciones patrimoniales que tengan una relación directa con la prestación de servicios, pero también la inclusión de partidas no directamente relacionadas pero que *influyen en el desarrollo de la misma* [30]. Desde una perspectiva jurídico-laboral el salario es la contraprestación empresarial al trabajo prestado. Existe un indisoluble nexo de causalidad entre las prestaciones de trabajador y empresario, por tanto, deben reputarse salario todas las atribuciones patrimoniales que tengan como causa mediata o inmediata la prestación laboral con independencia del *nomen iuris*.

---

[26] Fernández del Pozo, L.: «Participación», *op. cit.,* p. 388; Bayona Giménez, R.: *Op. cit.,* p. 466.

[27] Bayona Giménez, R.: *Op. cit.,* p. 386.

[28] Flores Doña, M. S.: *Op. cit.,* p. 301.

[29] Fernández Prol, F.: *El salario en especie.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 227.

[30] Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 44, 2002, p. 79.

Existe una presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido en concepto de salario [31] y quien alegue la extrasalariedad de una partida tendrá la carga de la prueba para demostrar que la causa es ajena a la prestación profesional [32]. A pesar de esta *vis atractiva,* **la calificación de una partida como salarial sólo será posible si esta atribución es la contraprestación empresarial del trabajo prestado.** Todas las partidas que *«respondan»* a un ánimo diverso al remuneratorio, ya sea compensatorio, indemnizatorio, aunque se reciban con ocasión de la vigencia de la relación laboral, quedarán fuera del concepto de salario.

Por tanto, sólo podrán ser calificadas como salario aquellas operaciones financieras que retribuyan el trabajo, por ejemplo, si una empresa oferta la asistencia financiera entre los elementos que conforman el paquete salarial y el trabajador acepta esta fórmula como retribución de sus servicios, parece clara la naturaleza salarial de este mecanismo. Del mismo modo, la ganancia obtenida por un negocio de auxilio financiero si la participación en dicha operación está condicionada al cumplimiento de determinados objetivos, previamente pactados en el contrato de trabajo, tendrá naturaleza salarial.

En cambio, el reconocimiento generalizado a todos los trabajadores constituye un indicio para calificar esta partida como extrasalarial, más cercana a los denominados beneficios accesorios, cuyo origen está en la relación laboral pero no en la retribución estricta del trabajo [33]. Estas atribuciones o utilidades, dinerarias o en especie [34], son un elemento de diferenciación empresarial. Tesis contraria es la mantenida en la STSJ de Galicia, de 7-5-2002 [35] que calificó como salario el beneficio obtenido por una trabajadora que había comprado acciones con descuento, en base a que esta ganancia tuvo su origen y causa en la relación de trabajo y se explica en cuanto remuneradora también de los servicios prestados.

3. CONCLUSIONES

La integración de los trabajadores en el capital social mediante operaciones de asistencia financiera para la adquisición de acciones de la sociedad o de una sociedad afín a ésta (art. 81.2 LSA) plantea numerosas implicaciones para el ordenamiento laboral.

---

[31] Por todas, STS de 19-6-1995 (Ar. 5204).

[32] Molero Manglano, C.: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción).* Madrid: Dykinsson, 1997, p. 311.

[33] STS de 9-2-1987 (As. 800).

[34] Mercader Uguina, J. (Dir.): *El contenido económico de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 2005, p. 101 y ss.

[35] STSJ de Galicia, de 7-5-2002 (AR 2253).

Las operaciones de asistencia financiera son atribuciones patrimoniales susceptibles de valoración económica. Este beneficio se determina por la diferencia entre el valor de la acción en el mercado y el precio ofertado por la empresa. Para poder participar en las operaciones de asistencia financiera, será necesario un vínculo laboral entre la sociedad asistente u otra sociedad del grupo y el trabajador.

Por tanto, **esta operación trae causa en el contrato de trabajo y genera una atribución patrimonial para el trabajador asistido.** Requisitos exigidos para calificar una partida como parte de la retribución de un trabajador. En cambio, sólo tendrá naturaleza salarial si la operación de asistencia financiera es la contraprestación empresarial al trabajo prestado.

La importancia creciente de estos mecanismos exige **un tratamiento expreso por el legislador laboral que se pronuncie sobre la naturaleza de estas atribuciones y los efectos de esta calificación.** La autonomía del Derecho del Trabajo respecto a otras ramas del ordenamiento implica la irrelevancia a efectos laborales de las disposiciones tributarias o mercantiles sobre estas fórmulas.

La inexistencia de un marco legislativo de fomento de la participación de los trabajadores en el capital social ha dificultado una implantación generalizada de estas fórmulas [36], limitándose, en la mayoría de los supuestos, a pactos individuales con trabajadores con un alto poder de negociación.

No obstante, no debemos admitir una interpretación reduccionista de la participación accionarial de los trabajadores, que establezca de manera incondicional la conveniencia o no de estos mecanismos. El fomento de estas fórmulas responde a objetivos diversos, un reciente estudio de la Comisión Europea [37] destaca entre los principales objetivos de la participación financiera la consecución de una mayor implicación de los trabajadores en la marcha de la empresa que tendrá una correlación positiva en los niveles de empleo o flexibilidad salarial.

En esta dirección, la Comunicación (2002) 364 final, relativa a un marco para la participación financiera en la empresa subraya que los efectos positivos de estas fórmulas se incrementarán si la participación financiera es el resultado de una estrategia corporativa empresarial que necesariamente incluya otras técnicas de recursos humanos (políticas de

---

[36] Los ordenamientos que han establecido un marco legislativo de fomento de estas fórmulas la implantación es mucho más elevada, veáse la COM 2002 (364) sobre las diferencias entre los Estados miembros.

[37] Van del Bulcke, F.: *Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE. Objetivos y obstáculos*. Bruselas: Comisión Europea, 2000.

conciliación de la vida laboral y personal, técnicas de compensación flexible, políticas de calidad total) que apuesten por una implicación real de los trabajadores en la empresa.

Bibliografía

ALZAGA, O. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

BAYONA GIMÉNEZ, R.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», en *Aranzadi RDS,* núm. 19, 2002.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La participación retributiva: evolución y tendencias», en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 29, 2003.

— *Configuración jurídica del salario*. Granada: Comares, 2001.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. C.: *La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias.* Granada: Comares, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Asistencia financiera apara la adquisición de acciones propias», en *RDBB*, núm. 47, 1992.

— «Participación de trabajadores y directivos en el capital de las sociedades anónimas. Examen de la cuestión en derecho societario», en *RDM*, núm. 234, 1999.

FERNÁNDEZ PROL, F.: *El salario en especie.* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

FLORES DOÑA, M. S.: *Adquisición de acciones financiada por la sociedad.* Madrid: Edersa, 2002.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.*: El salario en especie.* Navarra: Aranzadi, 2002.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA: *Las percepciones extrasalariales*. Madrid: McGraw Hill, 1997.

MERCADER UGUINA, J. (Dir.): *El contenido económico de la negociación colectiva.* Madrid: MTAS, 2005.

MOLERO MANGLANO, C.: *Estructura del contrato de trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción).* Madrid: Dykinsson, 1997.

PAZ-ARES, C.: «Negocios sobre las propias acciones», en AA.VV.: *La reforma del Derecho español de las sociedades del capital.* Madrid: Civitas, 1987.

—, PERDICES HUERTO, A.: «Los negocios sobre las propias acciones», en URÍA, R.; MENÉNDEZ, C., OLIVENCIA, M.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles.* Madrid: Thomson Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «El derecho a la participación a la empresa y la Seguridad Social», en MONEREO, J. L.; MOLINA, C., MORENO, N. (Coords.): *Comentario a la constitución socioeconómica de España.* Granada: Comares, 2002.

ROMERO BURILLO, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options»,* en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 44, 2002.

VAN DEL BULCKE, F.: *Una perspectiva empresarial de la participación financiera en la UE. Objetivos y obstáculos*. Bruselas: Comisión Europea, 2000.

VAQUERIZO ALONSO, A.: *Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias.* Madrid: Civitas, 2003.

VÁZQUEZ CUETO, J. C.: *Régimen jurídico de la autocartera*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

Comunicación a la Ponencia Temática III

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS *STOCK OPTIONS:* ¿PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA O MODALIDAD RETRIBUTIVA?

JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO
Profesor Colaborador de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

I. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.—II. LAS *STOCK OPTIONS* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 1. Naturaleza retributiva salarial. A. Implicaciones contractuales. B. Cotización a la Seguridad Social. 2. Participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa.

I. ALGUNOS APUNTES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Fomentar la participación de los trabajadores en la empresa [1]; tal era el reto lanzado al sistema laboral de relaciones laborales y, más en concreto, a los poderes públicos, por el artículo 129.2 CE. A pesar de la clara finalidad subyacente, el precepto —doblemente criticado por su inadecuada ubicación [2] y su carácter de «norma en blanco» [3]— no ha

---

[1] Junto a la finalidad inmediata del legislador constituyente, otros aparecían como objetivos indirectos [siguiendo las recomendaciones realizadas por la OIT: *Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Ginebra, 1981, p. 10 y ss.]: éticos, tendiendo a favorecer el desarrollo integral de la persona humana o la realización del individuo para convertirlos en verdaderos sujetos activos en cuanto al conocimiento y actuación en el ámbito laboral; político-sociales, en un intento de democratizar la empresa y con aspiración de mejorar el clima social en su interior, fomentando mejores relaciones entre la dirección y el personal; y económicos, para, directa o indirectamente, tratar de lograr mejoras en la eficiencia de la empresa por vía de la cooperación obrera, articulándola de manera tal que los trabajadores queden implicados en los objetivos de productividad, por cuanto éstos pueden aportar ideas sobre métodos de producción capaces de aumentar la eficiencia de la empresa y, sin duda, se mostrarán más receptivos a aceptar los cambios necesarios, incluidos los tecnológicos, si toman parte en tales decisiones del capital [ESTIVILL, J.; GARCÍA-NIETO, J. N., HOMS, O. y SÁNCHEZ, J. E.: *La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Barcelona, 1971, p. 23].

[2] Aparece encuadrado en el Título VII, de contenido público, donde encaja mal, o cuando menos de manera forzada por tratarse de una materia de condición eminentemente privada [PÉREZ AMORÓS, F.: «Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa. A propósito de la necesaria revalorización del artículo 129.2 de la Constitución», en *RL*, núm. 13, 1988, p. 27]. Su ubicación más adecuada sería dentro de los Derechos Fundamentales del Título I [MONTOYA MELGAR, A.: «Ejercicio y garantías de los derechos fundamentales en materia laboral», en *RPS*, núm. 121, 1979, p. 320]. Por lo tanto, aparece desprovisto del especial mecanismo de protección contenido en el Capítulo IV del propio Título I. No debe olvidarse cómo otro tipo de participación, cual es la pública, se encuentra prevista expresamente en este Título (art. 23.1).

[3] Pues formula vaga e insuficientemente [CASAS BAAMONDE, M.ª E. y ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Representación sindical en el sistema de relaciones laborales», en *REDT*,

supuesto «ningún compromiso efectivo de democracia en la empresa, puesto que las formas de participación que se enuncian con fórmula tan general no tienen por qué afectar de manera directa y eficaz al núcleo de poder ejercido por el empresario» [4]. No obstante, las fórmulas implementadas sí han constituido «un instrumento central de la actividad sindical» [5] y «de integración de los trabajadores en las actuales estructuras de la empresa y del sistema global» [6], quienes así «pueden influir sobre las decisiones que afectan a su trabajo o incluso a su vida fuera del trabajo» [7].

El contenido concreto otorgado a la institución aparece fuertemente influenciado por la «ambigüedad y pluralidad de acepciones» [8] presentes en la materia, que permite pensar en una amplísima gama de posibles modelos, incluyendo aquéllos históricos y otros más utópicos [9]. Pero, frente a los intentos doctrinales por implantar una definición general, la realidad de los hechos muestra cómo las diversas especies de participación de los trabajadores en la empresa, no siempre excluyentes, atienden

---

núm. 17, 1984, p. 59] un encargo dirigido a los poderes públicos sin aparecer dotado, empero, de un contenido mínimo sobre sus formas —minusvalorando tal derecho [PÉREZ AMORÓS, F.: *Garantías del derecho de participación de los trabajadores en la empresa...*, cit., p. 31]—; su determinación «queda remitida por el propio texto constitucional a la normativa legal… de modo que el legislador tiene un notable margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa» [STCo 142/1993, de 22 de abril].

[4] OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical*, Madrid, 1995, p. 289.

[5] DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Madrid, 1997, p. 15.

[6] ESTIVILL, J. y cols.: *La participación de los trabajadores...,* cit., p. 16.

[7] OIT: *La participación en la empresa, 1981-1985*, Ginebra, 1987, p. 9.

[8] CASAS BAAMONDE, M.ª E.: «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos», en *RL*, núm. 10, 1993, p. 6. Así, algunos entenderán por participación aquellos mecanismos a través de los cuales se intenta «que las direcciones y órdenes impartidas como consecuencia de la potestad de dirección o mando del empresario sean de algún modo controladas, intervenidas, meramente conocidas, quizá aconsejadas o consultadas, con carácter previo a su ejecutividad, por las personas de las que se va a exigir el cumplimiento o, aún más, que directamente emanen de un órgano o potestad compartida por quien dirige o sus representantes y por el dirigido y los suyos» [ALONSO OLEA, M.: «Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa», en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, p. 36]; para otros, en cambio, equivaldría «a cualquier forma de vigilancia y/o influencia efectuada por los trabajadores sobre la gestión, prescindiendo de la filosofía subyacente y de la instrumentalización utilizada» [CARINCI, F.: «La participación de los trabajadores en la gestión: la vía italiana», en *Revista de Treball*, núm. 16, 1991, p. 35]; no falta, tampoco, quien la refiera «a una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de representantes o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en el de la gestión de los centros de trabajo» [RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», en *REDT*, núm. 84, 1997, p. 493].

[9] PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho Sindical Español*, 5.ª ed., Madrid, 1994, p. 242.

al siguiente esquema: de un lado, aquellas fórmulas en virtud de las cuales va a tener lugar de forma directa, en tanto el trabajador contribuirá a la elaboración de las decisiones tomadas en la dirección o influirá sobre éstas asumiendo funciones antes reservadas a la cúpula directiva [10]; de otro, las de participación indirecta, a través de estructuras representativas, donde son los representantes de los subordinados quienes, en su nombre, intervendrán en la toma de decisiones por los órganos superiores de gestión [11].

A partir del diseño descrito, las formas de participación fundamentales pueden ser reconducidas a las siguientes: la corregulación, codirección o codeterminación (cuyas manifestaciones más significativas vienen dadas por la codecisión y la cogestión [12]); participación en la

---

[10] Se dice que la participación directa «es una llamada al trabajador y a su equipo de trabajo», puesto que el trabajador contribuye a la elaboración de las decisiones que toma la dirección e influye sobre las mismas, o bien asume unas funciones que con anterioridad estaban reservadas a la dirección. Ejemplos de la misma serían los siguientes: 1. Ampliación de la esfera de responsabilidad de los trabajadores por medio de una reorganización del trabajo, de la delegación de ciertas funciones de dirección y de la adopción de estructuras menos jerárquicas. Los trabajadores toman por sí mismos las decisiones relativas a su trabajo y a las condiciones de trabajo; 2. Creación de grupos de trabajo semiautónomos con responsabilidades considerables en la ejecución de tareas, encargos, materias primas, controles de calidad, etc.; 3. Adopción de estilos de mando más favorables a la participación. En otros términos, la dirección reserva un lugar al personal subalterno en la elaboración de las decisiones de tal suerte que le permite contribuir a la misma; 4. Organización de reuniones para los grupos de trabajo, a fin de que éstos puedan discutir no sólo sobre los problemas que se refieren directamente a la producción, sino asimismo de los concernientes, por ejemplo, a las condiciones de higiene y seguridad o de las vacaciones, VILLA GIL, L. E. (DE LA): *La participación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, 1980, p. 17.

[11] «Se trata, por tanto, de que los trabajadores no sean simples ejecutores de las decisiones empresariales y de que, por el contrario, participen en las decisiones que se tomen», AGUILERA IZQUIERDO, R.: «Instituciones de participación y, en especial, los delegados de personal», en *REDT*, núm. 1000, p. 1240. «Estas formas se está de acuerdo en que tienen un carácter más general y no influyen sobre las motivaciones de los trabajadores, sino que se dirigen a preservar sus intereses, por medio de la fijación de condiciones de trabajo y controlando en alguna medida las decisiones de la titularidad de la empresa susceptibles de afectar a aquellos intereses», VILLA GIL, L. E. (DE LA): *La participación de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 20. A su vez, permiten una subclasificación para distinguir, en primer lugar, entra las vías internas, cuando la presencia de los trabajadores tiene lugar en un órgano de gobierno de la empresa constituida en forma social (ya sea consejo de administración u órgano de gestión diferente de carácter también mixto); externas, en segundo término, mediante «instancias, sectores o niveles de programación y decisión exteriores a aquélla» [RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «Participación de los trabajadores en la empresa», en *RPS*, 1979, p. 417] en cuyo caso «las diversas formas de control se atribuyen bien a un órgano colectivo de los trabajadores que ostenta la representación de todo el personal, o bien a las asociaciones sindicales o a sus secciones constituidas en las empresas» [RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», cit., pp. 501-502].

[12] Al respecto, ALONSO OLEA, M.: «Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa», cit.; RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajado-

propiedad [13] y en los beneficios [14]; finalmente, y en un nivel inferior, el deber de información y consulta del empresario a los trabajadores o sus representantes [15].

Por cuanto al ordenamiento español hace, el desarrollo llevado a cabo por el legislador ordinario del artículo 129.2 CE encuentra su primer —y más significativo— referente en la representación unitaria articulada a través de los delegados de personal y comités de empresa, regulados en los artículos 61 y siguientes ET [16]; en segundo término, la LPRL procedió a acoger en su seno una representación específica en materia de seguridad y salud en el trabajo (delegados de prevención y comités de seguridad y salud), así como unos derechos de información y consulta tanto individuales como colectivos [17]; en fin, como último mecanismo participativo legal y expresamente admitido, el derecho de información individual de las condiciones de trabajo, articulado en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio [18]. Sea como fuere, el objeto de la presente comunicación pasa por sistematizar la regulación

---

res en la empresa», cit., p. 504 y ss.; OIT: «Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa», cit.; o CARINCI, F.: «La participación de los trabajadores en la gestión: la vía italiana», cit.

[13] Sobre la misma, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», cit., p. 415 y ss.; RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», cit., p. 507 y ss., o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas flexibilizadoras de la relación labora*l, Madrid, 1998, p. 129 y ss.

[14] Una completa visión de tal modalidad en SERRANO CARVAJAL, J.: «La participación en los beneficios en el Derecho Positivo español», en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa,* Madrid, 1967, o JUAN JUAN, A. (DE): «A vueltas con el Plan Pepper. El fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa», en *RMTAS,* núm. 17, 1999.

[15] SCHREGLE, J.: «Participación de los trabajadores en la adopción de decisiones», en *RIT*, vol. 95, núm. 1, 1976; MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, 1992; GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa*, Madrid, 1995, o RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», cit.

[16] Sobre la representación unitaria, ALBIOL MONTESINOS, I.: *Comités de empresa y delegados de personal*, Bilbao, 1992. Por otro lado, tampoco cabe olvidar la representación sindical, si bien ésta encuentra su razón de ser en el artículo 28 CE y no en el 129.2; al respecto, GONZÁLEZ MARTÍN, A.: *Representación y acción sindical de los trabajadores en la empresa*, Valencia, 1998, p. 207 y ss.

[17] *Vid.* MARTÍNEZ FENOLL, J. S.: «Prevención de Riesgos Laborales: derecho de consulta y participación de los trabajadores», en *RTSS (CEF),* núm. 154, 1996; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La participación de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en *TS*, núm. 73, 1997; o los comentarios a los artículos correspondientes en AA.VV. (CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., Coords.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales,* Granada, 1998.

[18] Un completo y minucioso estudio del mismo en GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *Los derechos de información en el contrato de trabajo*, Valencia, 2001.

legal y la doctrina existente sobre las denominadas *stock options* o «planes de acciones sobre acciones» para concluir si efectivamente suponen un mecanismo de participación en la propiedad de la empresa o si, por el contrario, han sido implantadas con exclusiva finalidad retributiva.

II. LAS *STOCK OPTIONS* EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Las *stock options* han sido definidas, *a grosso modo,* «como el derecho de opción que la empresa ofrece a sus empleados para la adquisición de un paquete de sus propias acciones, que debe ejercerse en un determinado tiempo y a un precio también determinado, normalmente inferior al de mercado» [19]. Obviando su variada tipología [20] y las distintas fases en las que se materializan [21], ha de constatarse la superación de un inicial ámbito subjetivo reducido y selecto (consejeros, administradores y directivos) para llegar a incluir como destinatarios al conjunto de la plantilla (con ejemplos típicos como Telepizza, BBVA, Telefónica y alguna de sus filiales), lo cual supera la exclusión contenida en el

---

[19] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las *stock options*», en *AL*, núm. 4, 2001, p. 57. O, con mayor precisión, como «un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho», SSTS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2362 y 2363).

[20] Siguiendo la clasificación ya clásica recogida en Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», en *RTSS (CEF)*, núms. 233-234, 2002, pp. 67-68, cabe diferenciar entre planes de opción sobre acciones en sentido estricto, planes de opción de suscripción de acciones y *phantom stock* o *stock appreciation rights*. Además, existen toda una serie de mecanismos adicionales que suponen en mayor o menor medida una atribución de la propiedad empresarial al conjunto de empleados mediante *Employee Stock Ownership Plans*, fondos de inversión, acciones por rendimiento, acciones sin voto, etc.; al respecto, Kahale Carrillo, D. T.: «Pasado y presente de las diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en *RTSS (CEF)*, núm. 26, 2005, p. 30 y ss.

[21] «En primer lugar, el momento de otorgamiento o concesión de la opción (*grant*); en segundo término la consolidación del derecho por cumplimiento de los requisitos que permite el ejercicio (*vesting date*); en tercer lugar, el momento del ejercicio de la opción por parte del trabajador y la consiguiente adquisición de la titularidad jurídica de las acciones (*exercise* o *strike*); y, en cuarto y último lugar, el momento en el que se procede a la venta o enajenación de las acciones adquiridas en base al plan a un tercero (*transfer*)», Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «La naturaleza jurídica de las *stock options:* a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001», en *AL*, núm. 31, 2001, pp. 641 y 642.

artículo 1.3.c ET [22] para «constituir una condición de trabajo o empleo que interesa al Derecho del Trabajo» [23].

A pesar de su generalización, el ordenamiento no ha ofrecido soluciones legales rápidas y apropiadas al nuevo fenómeno, pues aún existiendo algún referente normativo en el acervo comunitario, las menciones legislativas nacionales son escasas y de prácticamente nula incidencia en el ámbito laboral [24]. Por tal motivo, cabe afirmar cómo, en relación con el artículo 129.2 CE, «pasados más de veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución nada se ha hecho sobre el particular y falta siquiera un marco jurídico que consienta a las empresas y a la negociación colectiva avanzar en esta línea. La cuestión, por tanto, se encuentra entre nosotros desregulada, lo que significa, primero, que presenta amplios márgenes de inseguridad jurídica y, segundo, que los operadores jurídicos van a tener que responder a las cuestiones que se planteen desde las categorías generales, no siempre adecuadas a las características del nuevo fenómeno» [25].

A partir de las premisas anteriores será preciso ahondar en la exacta calificación jurídica que merecen las opciones, oscilando entre un mecanismo de participación de los trabajadores en la empresa o un novedoso instrumento utilizado casi exclusivamente con finalidades retributivas. Sin perjuicio de avanzar conclusiones posteriores, no puede ser negada la unanimidad doctrinal reconociendo una doble y manifiesta finalidad: «por un lado, contar con un sistema de retribución más flexible e individualizado, acorde con el actual sistema de organización empresarial y, por otro, contar con un mecanismo capaz de incrementar la motivación y fidelización de los trabajadores, apareciendo como un mecanismo alternativo a los instrumentos utilizados tradicionalmente con esta finalidad —como por ejemplo los pactos de perma-

---

[22] Castro Conte, M.: «Percepciones que presentan controversias en relación con el artículo 26.1 ET: las *stock options*», en *AS*, núm. 11, 2003, p. 71.

[23] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 60.

[24] La más significativa viene dada por la reforma incorporada en la Ley 55/1999, de Acompañamiento, la cual «desde el punto de vista mercantil, pretendió acotar y, sobre todo, hacer más transparente el uso de los *stock options* para los directivos de las sociedades, sobre todo de las cotizadas. Por su parte, la legislación fiscal se ocupó asimismo de desactivar las principales ventajas que implicaba el uso de las *stock options*. Estas reformas no incidieron sin embargo, en el ámbito laboral, a salvo de alguna tímida reforma en el ámbito de la Seguridad Social, que pretendió equiparar su tratamiento con el existente en el ámbito fiscal», Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las *stock options* como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», en *AS*, núm. 5, 2002, pp. 53 y 54.

[25] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 61, y Castro Conte, M.: «Percepciones que presentan controversias en relación con el artículo 26.1 ET: las stock options», cit., p. 72.

nencia—, los cuales han resultado ineficaces para alcanzar estas pretensiones» [26].

1. Naturaleza retributiva salarial

Atendiendo a la primera de las vertientes posibles, el mayor debate —hoy aparentemente zanjado— radicó en considerar los beneficios derivados del ejercicio de la opción como salario o como percepción extrasalarial [27], lo cual determinaría lógicamente el régimen jurídico aplicable. Aun cuando unos primeros pronunciamientos le otorgaron el segundo de los calificativos [28], la doctrina unificada [29] y consolidada del Tribunal Supremo [30] (con algunos pronunciamientos dictados en Sala General y con votos particulares) determinó su naturaleza salarial en base a los siguientes argumentos:

— En primer lugar, porque tal modalidad retributiva no tiene cabida en el artículo 26.2 ET, el cual niega la condición salarial

---

[26] Por todos, Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., p. 64.

[27] Pues «se hace difícil conceder un ámbito de disponibilidad a las partes de determinar los conceptos que integran el salario a efectos laborales», Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «La naturaleza jurídica de las stocks options», cit., p. 658.

[28] Tal vez porque ninguna ganancia directa e inmediata hay en el contrato de opción, conforme defiende Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 58. En concreto, y entre otras, SSTSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 (AS 2133); Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (AS 3134), o Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029); comentada esta última enMatorras Díaz-Caneja, A.: «Las enigmáticas *stock options*. Comentario a la STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999», en *AL*, núm. 43, p. 4399 y ss. También alguna sentencia de los Juzgados de lo Social mereció especial atención, como la SJS núm. 30 de Madrid, de 5 de junio de 2000, comentada en García-Perrote Escartín, I. y Martín Flórez, L.: «La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*)», en *RL*, núms. 15 y 16, 2000, p. 65 y ss.

[29] Pues junto a la tendencia inicial reflejada en las sentencias mencionadas en la cita anterior, algún Tribunal de Justicia comenzó a alcanzar solución contraria. La primera de ellas fue la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779), comentada en Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «La naturaleza jurídica de las *stock options:* a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de febrero de 2001», en *AL*, núm. 31, 2001, p. 637 y ss., y en Zarza, R.: «*Stock options* (Comentarios a la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica)», en *RL*, T. I, 2001, p. 1043 y ss.

[30] SSTS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2362 y 2363), 4 de febrero de 2002 (RJ 3276) u 11 de abril de 2002 (RJ 6471), entre otras. Un comentario a las mismas en Garrigues Jiménez, A.: «La retribución del trabajador mediante *stock options:* la cuestión de la naturaleza salarial de las opciones sobre acciones en las sentencias del Tribunal Supremo de 24-10-2001 y 1-10-2002», en TS, núm. 148, 2003, pp. 55-62; Gutiérrez Solar Calvo, B.: «Las *stock options:* naturaleza, estructura y cómputo a efectos de la indemnización po despido», en *RL*, T. I, 2003, p. 787 y ss., o Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las *stock options* como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», en *AS*, núm. 5, 2002, p. 51 y ss.

únicamente a «las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones a la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos» [31]. A ello no obsta que el listado hubiera sido apreciado anteriormente por el Alto Tribunal como un *numerus apertus* [32], por cuanto las opciones tienen un contenido económico atribuido a los trabajadores a cargo de la empresa y no son en absoluto ajenas a la prestación profesional de servicios laborales [33].

— En segundo término, porque si bien el artículo 26 de la norma estatutaria no podía tener en mente fórmulas posteriores a su promulgación, su párrafo primero utiliza un concepto amplio e introduce una presunción de salario [34] cuya *vis attractiva* permite «afrontar la reconducción de numerosas zonas grises» [35]; tal conclusión vendría avalada, además, por la propia finalidad —antes citada— de las opciones [36], por la Recomendación 1992/443/CEE, de 27 de julio de 1992, sobre el fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa [37], así como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [38]. Más en concreto, la doctrina sentada por el Alto Tribu-

---

[31] «En ninguno de tales conceptos tiene cabida el devengo que examinamos, pues no se trata de compensaciones por gastos que haya tenido el empleado a causa de la relación de trabajo, ni indemnizaciones, ni mucho menos prestaciones de Seguridad Social», STS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2363).

[32] Entre otras, en STS de 10 de noviembre de 1986 (RJ 6306).

[33] Como defendía Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 67.

[34] Como corroboran las SSTS de 12 de mayo de 1984 (RJ 3025), 12 de febrero de 1985 (RJ 636), 9 de febrero de 1987 (RJ 800), 25 de octubre de 1988 (RJ 8152), 31 de mayo de 1990 (RJ 4527) ó 13 de diciembre de 1990 (RJ 9783).

[35] Castro Conte, M.: «Percepciones que presentan controversias en relación con el artículo 26.1 ET: las stock options», cit., p. 73. «De esta manera, la consideración de una percepción económica del trabajador como extrasalarial pasa por destruir previamente la presunción de su carácter salarial», Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., p. 74.

[36] Como expresamente recuerda la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779).

[37] «Cuando, entre otros pasajes, afirma cómo los acuerdos sobre nuevas disposiciones en materia de participación financiera de los trabajadores puede integrarse en las negociaciones normales sobre salarios y condiciones de trabajo, sin sustituir a éstas»; motivo por el cual «no existe obstáculo legal que impida la calificación como salario», Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las enigmáticas stock options» , cit., p. 4404.

[38] El cual, «en base al artículo 119.2 TCE (141.2 tras la aprobación del Tratado de Amsterdam), considera retribución todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea de modo indirecto, por el empresario en razón de su trabajo»; al respecto, Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., p. 79.

nal considera las opciones salario en metálico [39], desechando su calificación como en especie [40]. Por otra parte, mayor aceptación provoca su encaje como complemento salarial[41], ya sea fijado en función de «la situación y los resultados de la empresa» (art. 26.3 ET) [42], elemento habitual en la experiencia negocial española aun cuando en muchos casos ninguna relación guarde con los mismos y signifique simplemente una partida retributiva adicional con la finalidad de justificar el incremento de la masa salarial; ya, incluso, como un complemento personal [43].

Los pronunciamientos judiciales citados, completados con muchos otros y con los comentarios de la doctrina científica, solventan igualmente con extensos argumentos aquellas otras objeciones predicadas de

---

[39] De igual opinión en la doctrina, IGLESIAS CABERO, M.: «Nuevas fórmulas de compensación del trabajo: referencias a las *stock options*», en *RMTAS*, núm. 38, 2002, pp. 133 y 134. *Contra*, DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., p. 76, o CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Aspectos jurídico-laborales de las *stock options*. Comentario a las SSTS, Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2001)», en *AS*, núm. 2, 2002, p. 21.

[40] Sin importar que la normativa tributaria considere la entrega de acciones como una renta en especie y sujetándola al IRPF a partir de determinada cuantía (art. 46 RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas). Si así fuera, aun cuando ambas disciplinas constituyen disciplinas autónomas, su importe habría de quedar limitado al 30% del total de las percepciones salariales, aun cuando ello fuera fuente de nuevos problemas: en primer lugar, «dado que las prestaciones en especie recibidas son las opciones y no las acciones, el tope debería calcularse tomando como base el margen de beneficio-ahorro que el trabajador disfruta al adquirir efectivamente las acciones (diferencia entre el precio "preferencial" convenido y el valor de mercado de las acciones)» [MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: «Las enigmáticas stock options», cit., p. 4408, aun cuando reconoce la autonomía entre el Derecho del Trabajo con el de la Seguridad Social y el Tributario]; en segundo término, «la superación o no de dicho límite sólo se conocería *a posteriori,* una vez ejercitada la acción y, en ese supuesto, ¿cuáles serían las consecuencias de la superación de dicho límite?» [PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 64].

[41] «Son las circunstancias personales de los trabajadores de la empresa, su vinculación con ella en el tiempo y la perspectiva de mejora de los resultados empresariales con ello las que determinan en el presente supuesto que se establezcan esos devengos, que cabe calificar, en la terminología del precepto, como complementos salariales», SSTS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2362 y 2363).

[42] Habida cuenta la tipología del salario del artículo 26.3 es indicativa y no está cerrada, por lo que las opciones sobre acciones estarían dentro de lo que se ha llamado «la liberalización de los criterios de cálculo», MERCADER UGUINA, R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*, Pamplona (Aranzadi), 1996, p. 107 y ss. Oponiéndose a tal consideración, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 66.

[43] Puesto que guarda relación con una conducta personal del trabajador como es la voluntad de permanencia en la empresa, siendo eso precisamente «lo mismo que retribuye el complemento de antigüedad, pero visto desde una perspectiva temporal distinta», DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., p. 71.

las opciones a partir de la peculiaridad que presentan en relación con algunos de los caracteres inherentes al salario (o por su propia inexistencia), tales como constituir una contraprestación directa y garantizada del trabajo realizado, caracterizada además por su determinabilidad y continuidad, pero nunca por la aleatoriedad [44]; ajenidad en los riesgos, siendo posible que quien ejercita la acción haya de asumir una eventual depreciación del valor de las acciones [45]; obligación personalísima del empresario en el pago, no trasladable a un tercero [46]; o, en fin, irrenunciabilidad [47].

Sea como fuere, los supuestos acaecidos hasta la fecha presentan unos rasgos similares desencadenantes de las tesis expuestas, pero no impiden al propio Tribunal Supremo afirmar que «no cabe hacer un

---

[44] De tal manera que, en primer lugar, «la indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante no priva al beneficio del carácter salarial que se viene sosteniendo, pues lo decisivo, lo determinante, el núcleo básico y esencial para tal calificación no viene dado por la posibilidad de cuantificar con precisión anticipada el salario, sino por la constatación de que la percepción a la que se tiene derecho trae causa, deriva de la relación de trabajo, de la prestación profesional de servicios laborales por cuenta ajena, tal y como exige el artículo 26.1 ET» y, en segundo término, las opciones tienen una naturaleza jurídica compleja que no cabe calificar de obligación condicional sino sometida a término, SSTS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2363 y 2363) ó 4 de febrero de 2002 (RJ 3276); en la doctrina, defendiendo la perfecta compatibilidad entre aleatoriedad y carácter salarial por similitud con otros complementos fijados en función de los resultados o de la situación de la empresa, Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «La naturaleza jurídica de las stock options», cit., pp. 649 y 650.

[45] Pues ello supone una cuestión extralaboral similar a cuanto ocurriría si el trabajador invirtiera su salario en productos financieros de alto riesgo o en bienes inmuebles que se deprecien, máxime cuando «la atribución patrimonial ya se produjo al aplicar un precio inferior al de mercado», Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las enigmáticas stock options», cit., p. 4407.

[46] Es habitual que la opción de compra tenga por objeto acciones de otra compañía, normalmente perteneciente al grupo empresarial, y ello no impide apreciar «unos mismos intereses y una misma empresa global, por lo que el esfuerzo y dedicación del trabajador repercute en todo el grupo y la patronal le incentiva de la misma forma con la obtención de beneficios derivados de unas u otras», e incluso con las de terceras empresas autónomas en las cuales tenga determinados intereses, STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779). No obstante, se cuestiona dicho pronunciamiento qué ocurriría si los títulos pertenecieran a sociedades absolutamente extrañas a la marcha de la empleadora, «por cuanto en este caso su atribución no podría nunca retribuir ese mayor esfuerzo del trabajador»; la cuestión ha sido superada con valiosos argumentos (por ejemplo, aplicando la teoría del coste de oportunidad) en Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «La naturaleza jurídica de las stock options» , cit., pp. 653-656.

[47] Pues, al igual que los complementos salariales, no se trata de mínimos de derecho necesario, sino que su obtención final queda a la exclusiva voluntad del trabajador, «sin perjuicio de señalar que nadie en su sano juicio va a hacer dejación de tal derecho si del mismo va a obtener un claro beneficio e igualmente que no lo ejercitará si las acciones nada valen, salvo, en ambos casos, que concurran circunstancias especiales que pudieran determinarle a ello y que escapan a la generalidad de los supuestos», STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779); en la literatura científica, Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las enigmáticas stock options», cit., p. 4405.

tratamiento jurídico único e indiferenciado para la gran diversidad de situaciones y un entramado de derechos y obligaciones que pueden surgir entre las partes con motivo de la suscripción de tales planes de opción sobre acciones… En la práctica, los distintos planes que las empresas ofrecen a sus empleados tienen características muy distintas, que pueden hacer por ello imposible desde el punto de vista jurídico laboral un tratamiento único, una respuesta universal para todos ellos» [48]. Tal consideración conlleva necesariamente, como se advirtió, unas determinadas consecuencias en los ámbitos contractual y de Seguridad Social, debiendo precisarse, además, que lo calificado como salario viene dado únicamente por la cuantía correspondiente a la diferencia entre el precio de otorgamiento y el de venta o el del día en el cual se ejerce la opción, pero no la ganancia obtenida por la posterior enajenación de las acciones a un tercero [49].

A. Implicaciones contractuales

Afirmado el carácter salarial de las *stock options,* consecuencia pareja e irremediable será atribuir la competencia para conocer de eventuales litigios al orden social de la Jurisdicción [50]; junto a lo anterior, aplicar el régimen de protección privilegiada inherente a aquél o, como cuestión con mayor enjundia, tenerlo en cuenta para calcular el importe de la indemnización por despido, todo lo cual (unido a su cotización) puede desincentivar su utilización en el futuro, habida cuenta encarece los costes empresariales, cerrando o limitando «de forma importante su

---

[48] SSTS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2002/2362 y 2363); de igual opinión, Blasco Rasero, C.: «La extinción del contrato y el ejercicio de las *stock options*», en *TL*, núm. 64, 2002, p. 202.

[49] Citando otras sentencias anteriores, STS de 1 de octubre de 2002 (RJ 10666).

[50] En virtud del artículo 2.a) LPL y como hasta ahora había ocurrido en la mayoría de los supuestos, incluso para modalidades realmente particulares [A lzaga Ruiz, I.: «Orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios surgidos en aplicación de un plan de *stock options sui generis*», en *AS*, T. I, 2005, p. 3069 y ss., comentando la STSJ de Madrid, de 1 de febrero de 2005 (AS 32)]; sobre el asunto, Zarza, R.: «Stock options (Comentarios a la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001: una sentencia para la polémica)», cit., p. 1048. Los mayores problemas han venido dados hasta la fecha por las opciones concedidas por una compañía domiciliada en el extranjero, concluyendo algunos autores que si el contrato de opción no se incluye en un convenio colectivo ni en el propio contrato de trabajo sino que responde a una mera liberalidad de la sociedad emisora, no presenta una verdadera conexión con el contrato de trabajo, motivo por el cual, si lo concedió la empresa matriz con domicilio en un país extranjero, el tribunal competente sería aquel que pacten las partes o, en su defecto, en el que la sociedad emisora está domiciliada, Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «Nuevas cuestiones en materia de *stock options*: el ejercicio de las *stock options* en los supuestos de despido improcedente y los efectos del componente internacional en la concesión de *stock options*», en *AL*, núm. 3, 2005, p. 279 y ss.

juego como mecanismo de flexibilización retributiva y eliminando así uno de sus atractivos fundamentales» [51].

En principio, resulta meridianamente claro que en la cuantía de las indemnizaciones por despido han de computarse las cantidades ingresadas en el patrimonio del trabajador por haber ejercitado la opción en momento anterior al cese, pues se trata de retribuciones salariales devengadas y abonadas. El problema se plantea cuando al momento de la extinción la opción no había sido ejecutada por su destinatario, requisito fijado precisamente por el plan como condición para obtener el beneficio. De nuevo, frente a pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia considerando improcedente su cómputo por apreciarlas como una simple expectativa de derecho no actualizada con posterioridad [52], el Tribunal Supremo residenció en el artículo 1.256 CC —según el cual no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los contratos— la clave para solucionar tales diputas y tomar en consideración el comportamiento empresarial fraudulento [53]. No obstante, no falta quien afirma que ello supone entrar a valorar la efectiva existencia de conductas maliciosas —algo que no contempla la norma estatutaria—, así como una intención de superar «cláusulas oscuras de contratos de adhesión» [54] y, en consecuencia, propone respetar la libertad de las partes y atenerse a los términos exactos del documento de concesión [55].

---

[51] Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., p. 83. En el mismo sentido, Pradas Montilla, R.: «Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo», en *DL*, núm. 66, 2001, p. 5, o Gómez Fernández, E.: «Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (*stock options*)», en *La Ley*, vol. 1/2000, p. 1521.

[52] STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029), la cual no consideró procedente computarlas a efectos de calcular la indemnización por despido.

[53] Corrigiendo el criterio mantenido en otros pronunciamientos anteriores de Tribunales autonómicos que aludían al artículo 1.119 CC al considerar el vínculo —erróneamente, como se ha visto— como condicional, STS de 4 de febrero de 2002 (RJ 3276). En concreto, los casos resueltos hacían referencia a planes donde nada se preveía respecto a la extinción involuntaria o sin causa, pero con mención expresa de los ceses derivados de invalidez, jubilación o fallecimiento. En resumen, «cabe diferenciar dos supuestos: cuando la relación se extingue por causas no imputables al empresario o por decisión empresarial amparada en causas probadas lícitas; cuando el despido es improcedente y cabe presumirse una motivación fraudulenta de impedir el ejercicio del derecho de opción sobre acciones. En el primer supuesto no surgen dudas notorias. Si el plan de acciones sobre acciones establece como condición para el ejercicio del derecho de opción que el trabajador esté en activo en la empresa en dicho momento, éste no podrá ejercitar su derecho. En el segundo supuesto es cuando se plantea el conflicto relevante», Gutiérrez Solar Calvo, B.: «Las stock options: naturaleza, estructura y cómputo a efectos de la indemnización por despido», cit., p. 793.

[54] Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., pp. 77 y 79.

[55] Por los motivos aludidos en Del Rey Guanter, S. y Bonilla Blasco, J.: «Nuevas cuestiones en materia de stock options: el ejercicio de las stock options en los supuestos

Aceptando con las reservas aludidas la necesidad de incluir las opciones no ejercitadas mediando extinción contractual, y avanzando un paso más, surge la duda de cómo computarlas para hallar el montante de la indemnización. Las soluciones ofrecidas por los Tribunales han sido dos; de un lado, realizar el cálculo de la indemnización teniendo en cuenta la cantidad total a la que asciende el valor de las acciones objeto de ejercicio en el último año, con independencia de que correspondan a un plazo de tiempo superior; de otro, computar únicamente el valor/plusvalía generado en el último año, de tal forma que el sistema propuesto supone repartir el valor obtenido por el ejercicio de la opción en el período que media desde la ofertas hasta la materialización de las opciones, siendo ésta última la de mayor agrado para quien mejor ha estudiado el asunto[56].

B. Cotización a la Seguridad Social

Consideradas las *stock options* como salario, parecería necesario y lógico aplicar el artículo 109.1 LGSS, el cual integra en la base de cotización «la remuneración total, cualquiera que sea su forma y denominación». Sin embargo, sabido es que los conceptos retributivos incluidos en la cotización no equivalen idealmente a las percepciones efectivamente percibidas, habida cuenta la autonomía existente entre el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social y el que regla las relaciones laborales[57]. Por tal motivo, resulta procedente determinar si los beneficios o lo ingresado por el ejercicio de la opción está sujeto a cotización y en qué términos [58].

---

de despido improcedente y los efectos del componente internacional en la concesión de stock options», cit., pp. 275-277.

[56] «En relación a esta cuestión, entendemos que la mejor solución sería la segunda, es decir, computar únicamente la parte del valor de las *stock options* devengadas como consecuencia de la prestación de servicios durante el año inmediatamente anterior a la extinción del contrato, ya que este criterio es el que responde con mayor coherencia a la finalidad de este sistema retributivo, que es fidelizar al trabajador y hacerle partícipe de la buena marcha de la empresa en un período de tiempo, de modo que, como la plusvalía responde a los beneficios generados en el transcurso completo de la operación, lo más razonable es que se tenga en cuenta la parte proporcional del beneficio que se ha generado en el último años que el trabajador se encuentra en la empresa, criterio que además es el utilizado en otras percepciones similares como podría ser un complemento de participación en beneficios», Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., p. 90.

[57] Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., pp. 86 y 87, citando SSTS, Cont-Admtivo., de 2 de noviembre de 1989 (RJ 7791) y 30 de diciembre de 1991 (RJ 9625).

[58] Cabe recordar que, en su caso, los beneficios derivados de las opciones se computarán en la base de cotización por la diferencia entre el precio de ejercicio y el de adquisición de las acciones, Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., p. 82.

Así las cosas, el artículo 109.2.f) LGSS determina la no inclusión en las bases de cotización de «las prestaciones de la Seguridad Social, así como sus mejoras y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas, estas dos últimas en los términos que reglamentariamente se establezcan», debiendo presentar «la mayor homogeneidad posible con lo establecido al efecto en materia de rendimientos de trabajo personal por el ordenamiento tributario». Como con razón se ha afirmado, «puede discutirse si los beneficios derivados de las opciones sobre acciones son o no salario, pero lo que está claro es que no son asignaciones asistenciales, si por éstas entendemos, en acepción común, los beneficios concedidos por el empresario para atender situaciones de necesidad del trabajador que no han sido plenamente cubiertas a través de las prestaciones de Seguridad Social o de sus mejoras» [59]. Aún así, el actual artículo 23.2.F.b.1.º del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social, incluye bajo tal denominación (al igual que el art. 46.2.a RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas) «la entrega a los trabajadores en activo, de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, de acciones o participaciones de la propia empresa o de otras empresas del grupo de sociedades», para excluir de la base «la parte que no exceda, para el conjunto de las entregadas a cada trabajador, de 12.000 euros anuales», en las demás condiciones establecidas en el artículo 41 del Real Decreto 1775/2004, por el cual se aprueba el Reglamento IRPF.

No obstante, y conforme ocurría al amparo de la normativa tributaria hoy derogada, el precepto al que reenvía parece entrar en contradicción con los anteriores cuando establece que «no tendrán la consideración de rendimientos del trabajo en especie, e efectos de lo previsto en el artículo 46.2.a) de la Ley del Impuesto, la entrega de acciones o participaciones… de una sociedad a sus trabajadores», sin hacer distinción alguna en función de la cuantía. La patente contradicción, habrá de ser resuelta concluyendo «que las opciones sobre acciones integrarán la base de cotización si superan los límites cuantitativos reseñados, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos reglamentarios, señaladamente "que la oferta se realice dentro de la política retributiva general de la empresa o, en su caso, del grupo de sociedades y que contribuya a la participación de los trabajadores en la empresa"» [60].

---

[59] Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral...», cit., p. 82.

[60] Como ya señalaba conforme a la legislación anterior, argumentando que la remisión legal no puede ser considerada en blanco o ilimitada, Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 71.

Por último, al tratarse de percepciones de vencimiento superior al mes, y de acuerdo al artículo 109.1.2.º LGSS, «se prorratearán a lo largo de los doce meses del año». Sin embargo, difícilmente podrá ser realizada tal operación, pues el importe de la ganancia resulta desconocida hasta el momento justo de ejercer la opción. Para solucionar la cuestión, la DA 1.ª de la Orden de 18 de enero de 2006, establece el ingreso mediante liquidaciones complementarias en los plazos fijados por el artículo 56.1.c) del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

2. Participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa

La facultad empresarial de atribuir a la plantilla un determinado número de títulos societarios supone hacer participar a los trabajadores en el capital de la empleadora. Tal fórmula puede, en principio, ser considerada como una modalidad adicional de participación a incluir en las posibles manifestaciones del artículo 129.2 CE [61]. Sin embargo, probablemente el hecho de «presentarlas más como un sistema de participación de los trabajadores en el capital de la empresa, al estilo francés, que como un sistema retributivo para directivos» [62] mediante su generalización a todo o gran parte del personal, no es suficiente para asignar tal carta de naturaleza. En primer lugar, porque en muchos casos ni siquiera se llega a ostentar realmente esa propiedad, limitándose a percibir la diferencia de precio entre el momento del otorgamiento y el del ejercicio de la opción. En segundo término, por cuanto la verdadera e intrínseca finalidad es meramente retributiva, sin aspiraciones de integrar en la toma de decisiones empresariales al conjunto de trabajadores; de hecho, el número de acciones en manos obreras nunca será lo bastante elevado como para llegar a influir de algún modo en la gestión y, con ello, participar [63].

---

[61] «La participación de los trabajadores en la empresa también se manifiesta en la atribución a aquellos de derechos de carácter económico-financiero sobre el capital, sobre fondos de inversión, en los beneficios o en los resultados», Rivero Lamas, J.: «Participación y representación en la empresa», cit., pp. 493-494. «Con la participación en la propiedad lo que se persigue es que los trabajadores se conviertan en propietarios de parte de la empresa, lo que se articula para las empresas en que la propiedad adopta la forma jurídica de sociedad por acciones», Kahale Carrillo, D. T.: «Pasado y presente de las diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa», cit., p. 18.

[62] Desdentado Bonete, A. y Limón Luque, M. A.: «Las stock options como retribución laboral. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001», cit., p. 53.

[63] «En estos casos, el sistema de distribución de poder y contrapoder no se altera en nada: la posición de los trabajadores, convertidos en propietarios de una parte del capital, no se modifica, siguen siendo trabajadores por cuenta ajena y su titularidad parcial no

En definitiva, «aunque en esta clase de concesiones confluyan finalidades de carácter participativo, éstas no tienen suficiente fuerza como para desplazar o contrarrestar la presumible causa remuneratoria que subyace a toda atribución patrimonial proveniente del empresario» [64]. Incluso quienes defendieron su carácter no salarial tampoco las calificaban sin ambages como fórmulas participativas, sino como una forma «de interesamiento de los trabajadores en la situación y funcionamiento de la empresa» [65]; tal configuración acerca esta figura más a los *fringe benefits,* a los cuales no cabe considerar en absoluto como una fórmula alternativa de participación [66]. A la par, cuantos lo conciben como salario real, adicionan a sus típicas funciones cambiaria y social aquélla otra relativa a la «gestión», pero no ejercida precisamente por la clase asalariada [67].

En ese sentido, quizá sea el momento oportuno para proceder a una regulación legal más exhaustiva y acometer una nueva modernización del régimen retributivo, separando «claramente del salario los mecanismos de participación de los trabajadores en los beneficios y, en todo caso, de los de participación en el capital de la empresa, estableciendo un marco jurídico solvente que desarrolle el artículo 129.2 CE y permita el desarrollo de estas prácticas participativas, que interesan a los trabajadores, a las empresas y a la estabilidad del propio sistema econó-

---

supone en ningún momento una influencia decisiva sobre la gestión de la sociedad o de la empresa», Baylos Grau, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid (Trotta), 1992, p. 167. *Contra*, asegurando que «la participación de los trabajadores en el capital de la actividad de la empresa constituye una forma de implicarlos en su funcionamiento y progreso, lo que no significa que participen en las decisiones de la misma», Kahale Carrillo, D. T.: «Pasado y presente de las diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa», cit., p. 24.

[64] Matorras Díaz-Caneja, A.: «Las enigmáticas stock options», cit., p. 4405.

[65] «De hecho, cuando el derecho de opción se condiciona a la consecución de objetivos, éstos son objetivos colectivos, relativos a la situación de la empresa y no al rendimiento o la productividad del trabajador», Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options», cit., p. 65.

[66] Pueden ser definidos como el «conjunto de prestaciones heterogéneas que tienen como finalidad proporcionar al personal de una empresa, o a un amplio sector del mismo, ventajas económicas o servicios diversos que no se encuentran conectados causalmente con el trabajo prestado y que tienen como finalidad interesar a los trabajadores en la buena marcha de la empresa e incentivar su colaboración para la consecución de dicho fin», Romero Burillo, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las stock options», cit., p. 78. Sobre los mismos, Kahale Carrillo, D. T.: «Pasado y presente de las diversas formas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa», cit., pp. 42-46.

[67] «Que hace referencia a los objetivos que se va a perseguir mediante el salario desde una perspectiva de dirección de la organización empresarial», Castro Conte, M.: «Percepciones que presentan controversias en relación con el artículo 26.1 ET: las stock options», cit., p. 77.

mico»[68]. Sólo así se desembocaría en una verdadera participación en la gestión empresarial de carácter «eminentemente ofensivo», buscando un conocimiento de las causas de los problemas e intentando orientar la unidad productiva en el sentido más útil y eficiente para los distintos intereses implicados[69].

[68] Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales de las stock options» , cit., p. 65.

[69] Rodríguez Escanciano, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva: la implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», *RTSS (CEF),* núm. 235, 2002, p. 60.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN COLECTIVA: LA AMPLIACIÓN DE LAS FUNCIONES NEGOCIALES

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO:

1. LA CRISIS DEL MODELO CONFLICTUAL Y LA RENOVACIÓN DE LOS CAUCES DE PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA.—2. EL NUEVO PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FÓRMULA NO INSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.—3. LA DENOMINADA NEGOCIACIÓN COLECTIVA «DE GESTIÓN» Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS SUJETOS NEGOCIADORES.—4. LA «CODECISIÓN NEGOCIAL» EN LA EMPRESA FLEXIBLE Y PARTICIPATIVA.—5. LA INCLUSIÓN DE FORMAS DE «MICROPARTICIPACIÓN» EN LA PARTE OBLIGACIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO.—6. EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES MEDIANTE LOS ACUERDOS DE EMPRESA.—7. LA OPCIÓN POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CON INSUFICIENCIA DE REPRESENTACIÓN.—8. CONCLUSIÓN.

1. LA CRISIS DEL MODELO CONFLICTUAL Y LA RENOVACIÓN DE LOS CAUCES DE PARTICIPACIÓN EN LA EMPRESA

Las profundas transformaciones habidas en la organización del trabajo y de las empresas, derivadas del tránsito de una economía productiva a otra predominantemente de servicios, del progreso tecnológico y de la globalización de los mercados, influyen decisivamente en la organización colectiva de las relaciones de trabajo y —cómo no— en los mecanismos jurídicos de representación, acción y negociación [1]. En el nuevo milenio, los problemas de la dimensión colectiva del trabajo exigen un novedoso enfoque, que tome en consideración los mentados factores de cambio y sus repercusiones en el seno de los diferentes ámbitos de las relaciones productivas y laborales [2], máxime cuando los cauces y fórmulas de representación de los trabajadores cobran un protagonismo renovado y se encuentran frente a retos nuevos en el ejercicio de su función [3], que ha de compaginar la representación «frente a» la empresa, con la participación «en» los órganos de decisión de la misma [4]. Una producción de calidad que permita soportar elevados niveles de competitividad casa mal con la confrontación y la oposición, no en vano lo que se busca y se

---

[1] Casas Baamonde, M. E.: «Nuevas tendencias de la negociación colectiva en Europa», en AA.VV.: *Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1999, p. 69. En el mismo sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «La contractualización del convenio colectivo», en *RL*, 1998, T. I, p. 3, o Baylos Grau, A.: «Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto», en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 15, 1999, p. 251 y ss.

[2] Rodríguez Escanciano, S.: «Nuevos marcos para la acción colectiva. La implantación de un sistema de relaciones laborales más dinámico y participativo», en *RTSS (CEF)*, núm. 235, 2002, p. 3 y ss.

[3] Iglesias Cabero, M.: *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, Madrid, 1996, p. 22.

[4] Quintanilla Navarro, B.: *Dimensión de la empresa y órganos de representación*, Valencia, 1999, p. 13.

fomenta (desde todos los ángulos) es la negociación, el diálogo y el acuerdo, en la medida en que contrarrestan posiciones de ventaja de las que puedan disfrutar los empresarios [5]. El sistema negocial actual desarrolla, pues, una cultura del consenso, conforme a la cual las partes van asumiendo que están abocadas a entenderse y que el acuerdo les beneficia mutuamente, mientras que las expresiones duras de confrontación les empobrece en sus posiciones respectivas [6].

La base sobre la que ha de estructurarse el conjunto de esta transformación reside en la flexibilidad y adaptación no sólo de la estructura y de los niveles de negociación sino también de los contenidos y dinámica de la propia negociación colectiva. La variedad de empresas, los problemas específicos de cada uno de los sectores, el mayor o menor grado de innovación y dependencia tecnológica, el nivel de creatividad y participación de los trabajadores en el trabajo desarrollado y de los representantes en las decisiones y devenir de la empresa, la dimensión de la misma, etc., constituyen elementos de imprescindible valoración por los agentes negociadores para poder hacer del convenio colectivo y de otras variadas expresiones de la autonomía colectiva un verdadero instrumento de gestión, que permita a los representantes a seguir teniendo el protagonismo y la participación que les corresponde [7]. De nuevo, «la negociación colectiva aparece como la institución socioeconómica y jurídica que presenta los factores más novedosos y las mayores líneas de cambio» [8] y que, a su vez, posee la «mayor capacidad para introducir innovaciones y exigir modificaciones en las organizaciones y estructuras de representación de trabajadores y empresarios» [9].

2. EL NUEVO PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FÓRMULA NO INSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

La consolidación de la negociación colectiva, mediante el afianzamiento de su carácter inderogable y su extensión a la casi totalidad de los aspectos de la relación de trabajo, ha dado paso, en los sistemas

---

[5] Ramos Quintana, M. I.: «Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo», en *JL*, núm. 10, 2002, p. 49.

[6] Cruz Villalón, J.: «El marco normativo de la negociación colectiva en España», en *TL*, núm. 76, 2004, p. 13.

[7] Nogueira Guastavino, M.: *La negociación colectiva franja*, Valencia, 2001, p. 64.

[8] Molina Navarrete, C.: «La experiencia singular en la práctica española de negociación colectiva: el "Acuerdo-Marco" del Grupo Repsol», en *TL*, núm. 49, 1998, p. 37.

[9] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», en *RL*, núm. 23, 1997, p. 6.

de relaciones laborales maduros, a una «creciente homogeneización» o «uniformización» del régimen jurídico de las condiciones laborales [10], de tal suerte que las funciones básicas de la denominada negociación colectiva «industrialista» han consistido, por un lado, en la fijación de mínimos y máximos respecto de las condiciones laborales nuclerares —función de «compraventa»—, y, por otro, en el establecimiento de reglas capaces de regir las relaciones entre asociaciones empresariales y sindicales —función «gubernamental»— [11]. Este desarrollo unidireccional de la negociación colectiva ha sido objeto, sin embargo, de una profunda «reconfiguración» [12], pasando de una negociación colectiva distributiva de los resultados alcanzados a una negociación de las condiciones de producción, cuyo objetivo principal consiste ahora en la regulación del ejercicio de las prerrogativas del empresario (*technicité gestionnaire*) [13]. Es más, «no sólo entre nosotros se está revisando el modelo heredado de contratación colectiva y se están transformando profundamente las reglas y el papel del convenio» [14]; experiencias recientes de otros países ponen de manifiesto también «la tendencia a potenciar el papel del convenio colectivo en las relaciones laborales dotándolo de nuevas funciones, así como una clara voluntad de ensanchamiento de los contenidos negociables y un intento de reestructuración de los ámbitos de negociación, acompasado —lógicamente— del acomodo de los sistemas de representación que lo hagan posible» [15].

La negociación colectiva se ha convertido en un factor esencial de organización del trabajo, «funcionando como un instrumento de colaboración en los cambios y en la organización de las relaciones laborales, planeando nuevas formas de interlocución social» [16]. El convenio ha dejado de ser únicamente un instrumento «unilateral» de introducción de mejoras a nivel colectivo que los trabajadores no podían conseguir individualmente, ni sirve sólo para preservar y mejorar las condiciones salariales y de trabajo de los trabajadores, sino que a través del convenio colectivo también los empresarios consiguen resultados que no habrían

---

[10] Ortiz Lallana, M. C.: «La supervivencia del Derecho del Trabajo», en *AL*, núm. 42, 1999, p. 831.

[11] Del Rey Guanter, S.: «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en *RL*, 1996, T. I, p. 183 y ss.

[12] Supiot, A.: «Transformation du travail et devenir du Droit du Travail en Europe», en *DS*, núm. 5, 1999, p. 435.

[13] Lyon-Caen, A.: «L'emploi comme objet de la négociation colletive», en *DS*, núm. 4, 1998, p. 317.

[14] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «La contractualización del convenio colectivo», cit., p. 3.

[15] Ortiz Lallana, M. C.: «La supervivencia del Derecho del Trabajo», cit., p. 832.

[16] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., p. 7.

podido lograr por la vía de la contratación individual o por el ejercicio unilateral del poder de dirección. Cada vez es más frecuente que los convenios colectivos entren a regular la política de la empresa, teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización o de decisión conjunta en la adopción de determinadas medidas relativas al funcionamiento empresarial [17]. Ahora los empresarios aparecen como sujetos activos protagonistas, utilizando la negociación colectiva para conseguir con ella unas reglas más adecuadas a sus propias necesidades o un apoyo o legitimación para sus decisiones organizativas o de gestión [18]. La negociación colectiva «tiende a sobrepasar su objetivo principal de regulación colectiva de las relaciones laborales individuales de trabajo para entrar también en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto: desde la organización del trabajo hasta la ordenación del proceso decisional en la empresa» [19].

El derecho extralegislativo de origen autónomo, en cuanto producto de una codecisión negocial o decisión conjunta sobre aspectos de gestión de la empresa, puede ser contemplado, por ende, como una fórmula incisiva de participación no institucional de los trabajadores en la organización empresarial, superando otras más débiles como la mera información o incluso la simple consulta, ya que de por sí la consulta-negociación (consulta cualificada, del tipo de la prevista en los arts. 41 y 51.4 ET) es una fórmula típicamente participativa que abre un proceso de negociación colectiva propiamente dicha sobre ciertos ámbitos de poder empresarial [20].

3. LA DENOMINADA NEGOCIACION COLECTIVA «DE GESTIÓN» Y SU INCIDENCIA SOBRE LOS SUJETOS NEGOCIADORES

El convenio colectivo asume, junto a su tradicional papel reglamentario propiamente dicho, otro de contenido «gestional, dispositivo, administrativo, concesivo o recesivo, que va más allá de la regulación de

---

[17] Borrajo Dacruz, E.: «Convenios colectivos de trabajo: de los contenidos tradicionales a las nuevas materias», en *AL*, núm. 5, 2001, p. 85 y ss.

[18] Weyand, J.: «Il caso della Reppublica Federale di Germania», en *Contrattazione collettiva/contrattazione individuale*, *LD*, núm. 3, 1987, p. 557.

[19] Monereo Pérez, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo (una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo)*, Valencia, 1996, p. 272.

[20] Monereo Pérez, J. L.: «El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada», en AA.VV.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000. XI Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 2001, p. 117.

las obligaciones y deberes mutuos de las partes del contrato de trabajo»[21]. De este modo, «irá abandonándose como instrumento únicamente de reivindicación de mayores cotas de beneficios para sus destinatarios y como lugar de negociación de posiciones dirigidas a la consecución de intereses contrapuestos, para ir asumiendo cada vez mayor protagonismo en lo que se ha dado en llamar negociación colectiva de gestión»[22]. O lo que es lo mismo, la negociación colectiva aparece como instrumento óptimo «para la gestión flexible de los recursos humanos de la empresa, adaptada a la nueva organización del trabajo, menos uniformizadora y jerárquica, más participativa y dinámica»[23], «en el marco de un proceso de fortalecimiento de la función organizativa y *managerial* en perjuicio de su función de compraventa»[24].

Es más, «la función gestional de la negociación colectiva debe ser realzada todavía hoy más ante el fenómeno de difuminación de la empresa postfordista (empresa-red y empresas descentralizadas), acompañado de su desmaterialización, y del vaciamiento del concepto de personal como colectividad integrada en una organización productiva plenamente definida y localizada en un ámbito espacial determinado»[25]. Hoy en día, la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos productivos, la exteriorización de la actividad empresarial, la globalidad e internacionalización a todos los niveles, la emergencia de nuevas formas de trabajo y las demandas de flexibilidad en la ordenación del mismo diluyen los perfiles de producción estrechamente enlazados «con las ideas de continuidad y uniformidad de los medios y en los tipos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales»[26]. Dicho con simplicidad, la reducción de la escala de las empresas (*downsizing*), el rediseño de la ingeniería de los procesos de producción (*lean production*), los sistemas flexibles de distribución de suministros y productos (*just in time*), los múltiples sistemas de mejora de la calidad y la externalización de la fabricación (*outsourcing*)..., han obligado a buscar un nuevo equilibrio entre la lógica empresarial y la

---

[21] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «La contractualización del convenio colectivo», cit., p. 4.

[22] Escribano Gutiérrez, J.: *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000, p. 28. Asimismo, Alarcón Caracuel, M. R.: «El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo», en *RL*, 1984, T. I, p. 87.

[23] Pérez de los Cobos, F.: «Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo», en *DL*, núm. 60, 1999, p. 32.

[24] Del Rey Guanter, S.: «La transformación del sistema de negociación colectiva y refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en AA.VV.: *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, 1995, p. 26.

[25] Monereo Pérez, J. L.: «El tratamiento de la relación postcontractual en el marco de una negociación colectiva renovada», cit., p. 118.

[26] D'Antona, M.: «Los cambios en el Derecho del Trabajo y el problema de la subordinación en el Derecho Italiano», en *Debate Laboral*, núm. 4, 1989, p. 68.

lógica social, sin perder nunca de vista los valores de seguridad y protección inherentes a todo convenio colectivo [27].

Las circunstancias actuales en las que se ve envuelto el sistema «postindustrial» o «postfordista» provocan, al tiempo, una acusada tendencia a la implantación de fórmulas descentralizadas de contratación colectiva, lo cual tropieza, en principio, con la ausencia de instituciones de representación del personal capaces de emprender y concluir el proceso contractual. Para sortear este obstáculo, es necesario proceder a la constitución de nuevas estructuras negociales de carácter sindical (los delegados de zona o las comisiones paritarias de zona, en la experiencia italiana), habilitar a los sindicatos a conceder un mandato de negociación *ad hoc* a los trabajadores de las empresas (Ley francesa de 12 de noviembre de 1996) o atribuir capacidad convencional a las representaciones electivas de los trabajadores (delegados de personal, en el caso de España) [28]. Con ello se produciría una lógica contestación o restricción del poder de las «cúpulas» sindicales y empresariales en favor de organizaciones representativas correspondientes a ámbitos territoriales y funcionales más reducidos [29].

4. LA «CODECISIÓN NEGOCIAL» EN LA EMPRESA FLEXIBLE Y PARTICIPATIVA

Las modificaciones recientes de la negociación colectiva no sólo afectan a sus funciones sino también a sus objetos. Anteriormente, «la negociación colectiva rica se correspondía con objetos pobres. La negociación colectiva actual dispone de contenidos materiales más completos. No es sólo que sus objetos tradicionales reciban tratamientos nuevos (por ejemplo, los salarios, sus estructuras variables y su vinculación a objetivos productivos y al empleo), es que se ocupa de cuestiones nuevas, antes desconocidas o marginales, introduciendo mayores dosis de disponiblidad sobre el bloque de materias laborales y de protección conexas» [30]. Consecuentemente, en parte, con el amplio espacio dejado por la ley a la negociación colectiva en aspectos fundamentales de la relación laboral, se viene produciendo un replantea-

---

[27] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «El Derecho del trabajo a fin de siglo», en *RL*, núm. 24, 1999, p. 1.

[28] Román de la Torre, M. D.: *La composición de la representación social en la negociación colectiva estatutaria*, Valencia, 1999, p. 118 y ss.

[29] Molina Navarrete, C.: «La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y 1997», en *RL*, núm. 5, 1999, p. 400.

[30] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., p. 7.

miento del contenido negocial en una serie de materias directamente relacionadas con los aspectos más afectados por las últimas reformas. No hace falta insistir que el apoderamiendo legal a la negociación colectiva, atribuyendo a ésta la regulación de materias hasta el momento regidas por las leyes consituye, sin duda, una de las innovaciones más importantes [31]. El ET y, por extensión, la legislación laboral han perdido en contenidos sustantivos y se han llenado de remisiones a la negociación colectiva [32]. «El convenio regula entonces en el lugar de la ley (ley supletoria y dispositiva), desarrolla la ley (ley incompleta) y ejecuta o aplica la ley (ley inefectiva o precisada de concreción aplicativa)», todo ello en el marco de un movimiento hacia una mayor autonomía [33].

Nuestra negociación colectiva va abandonando progresivamente las reivindicaciones económicas como reivindicaciones con carácter exclusivo para pasar a asumir un papel más dinámico y participativo [34], bien aprovechando los espacios cedidos por la ley y el incremento de relaciones de supletoriedad en favor del convenio colectivo, bien, incluso, al incorporar las más difíciles reivindicaciones de inversión o gestión, permitiendo, en consecuencia, esa *«funzione livellatrice* y *liberatice»* por la que tanto clamara la doctrina [35]. En paradigmático ejemplo, políticas de fomento del empleo, y del empleo estable en particular, política de formación profesional, política de prevención de riesgos laborales, políticas de igualdad de oportunidades entre sexos, desarrollo de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, políticas de protección social complementarias, etc., constituyen hoy otros tantos contenidos nuevos del convenio colectivo no exentos, sin duda, de problemática, que sitúan a la negociación colectiva ante uno de sus desafíos más importantes [36]. La inclusión de estas cuestiones en el ámbito de la negociación colectiva hace que se traten de forma distinta, transformándolas en objeto de un intercambio colectivo: «reducciones salariales como contrapartida de contrataciones; reducciones salariales y de tiempo de trabajo a cambio de compromisios empresariales de estabilidad en el empleo; interconexiones entre las garantías de empleo para los trabajadores en formación y las jubilaciones anticipadas para los trabajadores

---

[31] Rivero Lamas, J.: «Estructuras y contenidos de la negociación colectiva en la Ley 11/1994 (una aproximación interpretativa)», en *DL*, núm. 43, 1994, p. 66.

[32] AA.VV. (Supiot, A., Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia, 1999, p. 154.

[33] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., p. 13.

[34] Escudero Rodríguez, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, 1994, p. 47.

[35] Tursi, A.: *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, cit., p. 156 y ss.

[36] Para una visión panorámica, AA.VV. (Alarcón Caracuel, M. R. y Del Rey Guanter, S., Coords.): *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, 1995.

de edad; creación de "fondos de garantía" para facilitar las reinserciones, etc.» [37].

Con mayor detalle, contrariamente a lo que sucedía antaño, ahora la estructura salarial y su propia cuantía son más sensibles a la situación, expectativas y necesidades concretas de la empresa. Al incluirse partidas más adaptables, la empresa puede adecuar su política salarial a las circunstancias sobrevenidas. En tal sentido, la introducción y desarrollo de la cláusula de descuelgue constituye una muestra muy admisible dentro de su ámbito de aplicación para los casos de empresas en crisis económica. Ello sin olvidar la posibilidad nada despreciable de que en los convenios se incluyan tablas salariales a la baja o de que se utilice el cauce de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo para introducir variaciones en el sistema de remuneración. Además y por si fuera poco, «la estructura salarial se flexibiliza de forma muy significativa, al desaparecer o congelarse los complementos personales más estables, como es el caso de la antigüedad, en favor de otros más variables (*gain sharing*, *profit sharing* o *goalsharing*) que priman el mayor o el mejor rendimiento del trabajador» [38].

Otro tanto puede decirse de la ordenación del tiempo de trabajo, donde la negociación colectiva utiliza como herramienta fundamental la flexibilidad horaria, no en vano la jornada y su reducción han dejado de ser el centro de las negociaciones en esta materia para ocupar mayor protagonismo las modalidades de gestión flexible del tiempo de actividad. En esta línea, cabe apreciar como tendencia muy habitual en la negociación colectiva el establecimiento de jornadas irregulares, sin motivación o exigencia de concurrencia de causa justificativa alguna y sin previsión de compensaciones específicas [39], lo cual trae como consecuencia, en la mayoría de las ocasiones, el incrementeo de situaciones de disponibilidad del trabajador, que tiene que sacrificar la organización y el control de su tiempo de descanso y supeditarlo a las necesidades empresariales sin que de ello se deriven sustanciales compensaciones en tiempo neto y útil de ocio [40].

---

[37] AA.VV. (Supiot, A., Coord.): *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, cit., pp. 157-158.

[38] Martínez Moreno, C.: «Ordenación del salario», en AA.VV.: *Condiciones de empleo y de trabajo en la negociación colectiva*, Madrid, 1998, p. 231 y ss. Asimismo, Mercader Uguina, J. R.: «Nuevos rumbos en materia salarial», en AA.VV. (E scudero Rodríguez, R., Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, 2004, p. 349.

[39] Así, cabe citar, por ejemplo, el Convenio Colectivo de la empresa Pansfood, S. A. (BOE de 2 de agosto de 2005), el Convenio Colectivo de la empresa Mercadona, S. A. (BOE de 9 de enero de 2006) o el Convenio Colectivo de Alcatel Integración de Redes, S. A. (BOE de 26 de febrero de 2004).

[40] Morón Prieto, R., y cols.: «Tiempo de trabajo», en AA.VV. (E scudero Rodríguez, R., Coord.): *Observatorio de la negociación colectiva*, Madrid, 2002, p. 111.

Igualmente, en la negociación colectiva se establecen en la actualidad sistemas de clasificación profesional más abiertos, facilitando así una mayor movilidad del trabajador y la intercambiabilidad de funciones entre más de un grupo o la posibilidad de desarrollar tareas correspondientes a dos o más. La negociación no trata ahora de acoger el grupo profesional en los términos tradicionales sino de agrupar funciones amplias, a modo de categorías de mayores dimensiones y contenido bajo las cuales se reúnen un conjunto de tareas que muestran una equivalencia profesional clara [41]. Sin olvidar tampoco cómo la evolución de los negocios conduce, casi de manera irremediable, a un proceso de traspaso de las fronteras nacionales para convertir a aquéllos en internacionales o transnacionales. Los procesos de deslocalización demandan planteamientos que hacen de la movilidad geográfica un instrumento básico de la estrategia empresarial. La expatriación, el traslado internacional, los «*commuters*» —trabajo transfronterizo semanal— o la asignación virtual, son algunas de las formas de movilidad geográfica que se dan en la práctica empresarial y que tienen trascendencia sobre la negociación colectiva [42].

En fin —y por no hacer más tediosa la enumeración—, una última muestra de las muchas que cabría citar respecto de la nueva función gestional y participativa del convenio colectivo no es otra que la adopción de decisiones especialmente traumáticas sobre despidos y suspensiones colectivas y sobre «*transferts*» empresariales, no en vano los criterios de selección y el orden de los despidos, los planes sociales, las indemnizaciones y las medidas de reclasificación (interna o externa) de los trabajadores despedidos son objeto de negociación y, en su caso, acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa [43]. La determinación de las causas que justifican el recurso a fórmulas extintivas, el reforzamiento de las garantías procedimentales establecidas legalmente o el establecimiento de medidas alternativas a la extinción, son algunos de los núcleos en los que viene centrándose la negociación colectiva principalmente en las grandes empresas [44]. De esta forma, no sólo se consigue rebajar los niveles potenciales de conflicto en la empresa, por cuanto se gana en una mayor seguridad jurídica, sino que,

---

[41] Buena muestra de ello puede encontrarse en los Convenios Colectivos de las empresas Iberdrola Grupo (BOE de 26 de octubre de 2004), Allianz, S. A. (BOE de 8 de octubre de 2001) o Saint Gobain Cristalería, S. A. (BOE de 7 de mayo de 2004).

[42] Importantes a estos efectos son los Convenios Colectivos de BP Oil, S. A. (BOE de 10 de marzo de 2006) o Thyssen Boetticher, S. A. (BOE de 12 de julio de 2002).

[43] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., p. 7.

[44] Sirvan de ejemplo los Convenios para las empresas de Fabricación de Automóviles Renault España, S. A. (BOE de 27 de junio de 2000), Neumáticos Michelín, S. A. (BOE de 13 de agosto de 2003) o Equipos Nucleares (BOE de 26 de diciembre de 2002).

además, supone una importante desjudicialización de tales procesos de reestructuración [45].

Todos estos ejemplos indican, a la postre, cómo en el convenio colectivo se acentúan los elementos de gestión y de bilateralidad, y el paso paulatino de un modelo «de mercado» a un modelo «gestional», que trata de incidir y limitar el poder empresarial, ya sea mediante reglas abiertas sobre la organización de los puestos de trabajo y las categorías profesionales, ya mediante controles específicos en relación con determinadas decisiones (traslados, suspensiones, despidos), ya mediante la prohibición de determinadas prácticas empresariales. No es que la negociación colectiva se transforme en un método de dirección, ni suponga una asociación de los sindicatos a la gestión de la empresa, asumiendo responsabilidades al respecto, pero el convenio colectivo intenta hacer compatible una gestión de la organización productiva menos sometida a reglamentaciones cerradas y más abierta a condiciones, contrapesos y controles establecidos en los propios convenios colectivos. Con ello, se acentúa esa ya aludida tendencia de la negociación colectiva contemporánea a habilitar canales de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y en la definición del propio proyecto empresarial. Como con acierto se ha dicho, «la negociación colectiva opera como un instrumento de participación en la empresa (especialmente, en la "nueva empresa flexible", eficiente y competitiva, rompiedo los tradicionales esquemas de separación entre los conceptos de negociación y participación, vinculado este último únicamente a las facultades de información y consulta) y de legitimación de las decisiones empresariales, económicas y organizativas» [46].

Se consolida, en definitiva, «un modelo de negociación más atento a las exigencias específicas de las empresas y unidades de trabajo, que pretende ser un instrumento de regulación y de gestión flexible y adaptable de las relaciones laborales» [47], aspecto éste que introduce en el sistema de negociación olectiva una lógica de implicación con la racionalidad económica de las empresas y un compromiso con la productividad y mayor competitividad de las mismas [48]. No es de extrañar que la nueva negociación colectiva gestional (por no decir gerencial) trate de individualizar en la dinámica de todas decisiones directivas de la empresa los ámbitos convergentes, extendiendo entre los sujetos implicados

---

[45] AA.VV. (Del Rey Guanter, S., Dir.): *El estado actual de la negociación colectiva en España*, Madrid, 2003, p. 31.

[46] Casas Baamonde, M. E.: «Nuevas tendencias de la negociación colectiva en la Unión Europea», cit., p. 104.

[47] Jeammaud, A.: «Reformas laborales y democracia industrial en Francia», en *RL*, 1985, T. I, p. 834.

[48] Durán López, F.: «El futuro del Derecho del Trabajo», en *REDT*, núm. 78, 1996, p. 616.

un sentido de responsabilidad social sobre el rumbo del complejo productivo y su adaptación permanente a las variables del mercado. «En cierto modo se instaura una suerte de "micro-neocorporativismo" procedimiental y decisiorio. Estas formas de "micro-concertación" desembocan en acuerdos colectivos "microcorporativos" (expresados, de modo harto frecuente, en acuerdos de reorganización o reestructuración productiva, de relevancia siempre creciente), que propician una interacción descentralizada, flexible, eficiente y de gran rapidez entre los actores socioeconómicos. Ello contribuye a generar una potenciación de la capacidad general de las empresas para adaptarse y reestructurarse en respuesta a las fluctuaciones del mercado» [49]. En tanto en cuanto el nivel sectorial ha dejado de jugar el papel hegemónico y de cierre del sistema que hasta fechas recientes había venido desempeñando, asumiendo —en gran medida— la empresa y el centro de trabajo el protagonismo negociador, la consecuencia inmediata no puede ser otra que una tendencia paralela a la diversificación de condiciones de trabajo o, si se quiere, a la devaluación de la uniformidad de estas últimas. Se produce una auténtica «ruptura de la homogeneidad del estatuto del trabajador subordinado» [50] como consecuencia de la «desvertebración» que el nuevo sistema provoca en la estructura negocial [51]. La negociación colectiva «gestional» hace posible una apreciación más inteligible y rápida en términos de cálculo de los ámbitos o espacios de disenso y acuerdo en el interior de las organizaciones productivas, pero sobre todo en la búsqueda de soluciones de compromiso y consenso en la realización de los procesos de reorganización permanente de las empresas, lo cual se combina o integra, lógicamente, con la atribución de nuevos «derechos de participación» [52].

5. LA INCLUSIÓN DE FORMAS DE «MICROPARTICIPACIÓN» EN LA PARTE OBLIGACIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

Dentro de este esquema convencional basado en los principios de gestión participativa es menester recordar también cómo en las últimas reformas el enriquecimiento de contenidos convencionales no va diri-

---

[49] Monereo Pérez, J. L.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, Valencia, 2005, p. 13.

[50] Rivero Lamas, J.: «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el Derecho del Trabajo», en *DL*, núm. 56, 1998, p. 60.

[51] Del Rey Guanter, S.: «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en *RL*, núms. 1-2, 1996, pp. 109-110.

[52] Monereo Pérez, J. L.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*, cit., p. 14.

gido sólo a los aspectos sustantivos de las condiciones de trabajo sino también a normas que deleguen en los firmantes la capacidad de complementación del pacto, lo cual supone una «contractualización» del mismo, que condiciona y dinamiza el proceso negociador y su fase de vigencia, al determinar y configurar la capacidad de actuación de los firmantes sobre la totalidad del convenio, fortaleciendo y ampliando su margen de disponibilidad. Así, el carácter estático del convenio colectivo y la centralidad casi exclusiva de su parte normativa tienden a modificarse: el convenio recupera su carácter contractual frente a su valor normativo [53].

Por un lado, porque la estabilidad del contenido del convenio colectivo, su indisponibilidad por las partes que lo establecieron —defendida, como consecuencia de su contenido normativo, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria— [54] tiende a someterse a revisión, y se tiende a admitir que el propio convenio colectivo pueda incluir instrumentos de adaptación de su contenido originario durante su vigencia, sin olvidar tampoco cómo «nada impide a las partes negociadoras del convenio pactar inicialmente una terminación anticipada del mismo, con la finalidad revisora o sustitutiva, para el caso de que extraordinarias circunstancias sobrevenidas conduzcan a la desaparición objetiva de la base del negocio» [55].

Por otro lado, porque se destaca y revitaliza la naturaleza contractual del convenio colectivo, superando el desinterés por los aspectos de autocomposición, autoorganización y autodecisión que se caracterizan por establecer compromisos colectivos entre las partes [56]. Se toma conciencia ahora de que la puesta en práctica del convenio colectivo, su «administración» y su contenido obligacional son también expresión de la autonomía colectiva, que ha de ser adecuadamente tutelada. Los negociadores dedican más esfuerzos a obligarse recíprocamente que antes y utilizan el convenio como instrumento para comprometer su actuación más allá del momento en que la comisión negociadora da por concluidos sus trabajos. Así, a través del contenido obligacional, las partes del convenio colectivo crean entre ellas una red de vínculos jurídicos que

---

[53] Rivero Lamas, J.: «Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo», en AA.VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* ejemplar multicopiado, p. 10.

[54] Por extenso, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «Vigencia de los convenios colectivos de trabajo», en AA.VV. (Borrajo Dacruz, E., Dir.): *El Estatuto de los Trabajadores. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos*, T. XII, Vol. 2.º, Madrid, 1995, p. 138 y ss.

[55] Martínez Abascal, V. A.: «La vigencia del convenio colectivo estatutario», en *REDT*, núm. 100, 2000, p. 1506.

[56] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Autonomía colectiva y sistema constitucional», en *RL*, núm. 18, 1998, p. 2.

no persiguen regular las condiciones de trabajo aplicables a los contratos de trabajo individuales, sino determinar las relaciones mutuas entre las propias partes del convenio aunque, al mismo tiempo, son instrumentales a la efectiva aplicación y puesta en práctica del instrumento negociado [57].

A este respecto, la revalorización de la parte obligatoria del convenio colectivo no sólo tiende a condicionar la conducta de las partes en la aplicación del pacto, sino también a establecer procedimientos para asegurar una aplicación razonable y flexible del mismo, permitiendo la adaptación de las normas colectivas a las diversas circunstancias crónicas y tópicas obrantes en las organizaciones productivas [58]. Los nuevos contenidos asignados al convenio colectivo no son viables sin esa revalorización de la base contractual del convenio, en la cual se deben «incluir formas de microparticipación, ya sea de una participación directa de los trabajadores, ya sea en conjunción con las representaciones organizativas —sindicales o electivas— para gestionar la organización del trabajo en las empresas» [59]. Ahora bien, la parte obligacional del convenio se dirige únicamente a ordenar la actividad negociadora de la que trae causa el pacto colectivo, concebida como un *continuum* para el presente o para el futuro, de ahí que constituya un verdadero código de conducta —y como tal hay que tomarlo— que las partes firmantes se dan a sí mismas para continuar desarrollando durante la vigencia del convenio colectivo la serie de contactos e intercambios que están en la base del propio pacto [60]. En definitiva, aun cuando parece que se refuerza lo que últimamente se viene a calificar como *soft law* (derecho suave) en detrimento del denominado *hard law* (derecho duro), lo cierto es que la eficacia real de lo propuesto no supone un incremento en la realidad de la participación de los representantes de los trabajadores, pues en la mayoría de las ocasiones la aplicación práctica de estas cláusulas es inexistente o nula [61].

---

[57] Sobre el contenido del convenio colectivo, AA.VV.: *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y contenido obligacional. II Jornadas de estudio sobre la negociación colectiva*, Madrid, 1990. Sobre la difusa distinción entre el contenido obligacional y el normativo del convenio colectivo, García Murcia, J.: «Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales», en *AL*, núm. 23, 1988, p. 1291 y ss., o García-Perrote Escartín, I.: «Cláusulas normativas y claúsulas obligacionales en los convenios coelctivos», en *DL*, núm. 25, 1988, T. II, p. 35 y ss.

[58] Goerlich Peset, J. M.: «Concepto y eficacia del convenio colectivo», en *REDT*, núm. 100, 2000, p. 1438 y ss.

[59] Rivero Lamas, J.: «Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997», en *REDT*, núm. 89, 1998, p. 403.

[60] Fernández López, M. F.: «El alcance material de la ultraactividad de los convenios denunciados», *RL*, núm. 13, 1999, p. 20.

[61] Cruz Villalón, J.: «Introducción», en AA.VV. (E scudero Rodríguez, R., Coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, 2006, p. 154.

6. EL FORTALECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES MEDIANTE LOS ACUERDOS DE EMPRESA

Cierto es que de la función de la negociación colectiva como instrumento de gestión empresarial dan cuenta no sólo los grandes convenios colectivos con cláusulas y procedimientos gestionales, sino también la proliferación contemporánea de otros productos jurídico-negociales, como son los acuerdos colectivos de empresa, los cuales presentan un rasgo cada vez más acusado y significativo de normalización jurídica en el desempeño de su función de racionalización de la organización productiva [62]. No menos cierto resulta tampoco cómo a resultas de la crisis económica y de la evolución tecnológica se inicia un proceso simultáneo de desregulación y de descentralización de la negociación como cauce más idóneo para dar correcto cumplimiento al objetivo de conseguir un derecho adaptable, flexible y elástico ante las necesidades concretas de cada proceso productivo [63]. Poco a poco se han ido abriendo paso en la negociación a este nivel inferior técnicas de articulación orientadas, bien a salvar prohibiciones de negociar condiciones de trabajo colectivamente, bien a complementar la negociación típica, bien, en fin, a mitigar la rigidez de los cauces habilitados por la ley [64], incluidos los derivados de la mayor representatividad [65].

En este contexto no puede extrañar que junto al convenio colectivo estándar hayan aparecido manifestaciones varias de autonomía colectiva de carácter más informal, difuminando a menudo las fronteras entre negociación y consulta, con el fin de abordar los problemas habituales de las organizaciones productivas [66]: la regulación de cuestiones relativas

---

[62] Monereo Pérez, J. L.: «El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada», cit., p. 117. Por extenso, Fernández Domínguez, J. J.: «La eficacia del acuerdo de empresa en la regulación de las relaciones laborales» (I y II), *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núms. 21 y 22, 2000, p. 5 y ss.

[63] Lyon-Caen, G.: «La bataille truquée de la flexibilité», en *DS*, núm. 12, 1985, p. 801.

[64] Alonso Olea, M.: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1995, p. 138 y ss.

[65] Así, la burocratización del sindicato [Navarro Nieto, F.: *La representatividad sindical*, Madrid, 1993, p. 59 y ss., especialmente p. 54] o el distanciamiento de sus bases [Correa Carrasco, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, 1997, pp. 161-162, en especial, la nota 447].

[66] Pactos derogatorios, pactos de descuelgue salarial, pactos de reorganización productiva, convenios informales, etc., son manifestaciones distintas que pueden convivir regulando las condiciones de trabajo en una misma empresa. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Sobre la globalización y el futuro del Derecho del Trabajo», en *DL*, núm. 60, 1999, p. 33, o Teyssie, B.: «Les aspects juridiques de la négociation collective dans l'entreprise», en *Cahiers de Droit de l'entreprise*, núm. 1, 1985, p. 7.

a las condiciones de trabajo, la organización del trabajo y de las relaciones laborales en la empresa, la plasmación de las conclusiones alcanzadas en procesos de consulta o participación de los trabajadores, la adopción de decisiones atinentes a la composición, estructura o adscripción de la plantilla, la transacción respecto de determinadas propuestas empresariales o, en fin, la pacificación de situaciones conflictivas o la conclusión de una huelga [67]. El acuerdo de empresa es, por lo tanto, clara manifestación de las nuevas formas de participación de los trabajadores en la organización y gestión de la empresa. Con carácter general supone la apertura de nuevos cauces de diálogo y de consulta entre la dirección empresarial y la representación de la plantilla. Pero además entraña la contractualización de medidas o decisiones que de otro modo pertenecerían al ámbito de facultades propio de la titularidad o la dirección de la entidad productiva. El acuerdo de empresa, en realidad, conjuga la típica función negociadora, presente en todo convenio o acuerdo colectivo, con los objetivos de participación en la toma de decisiones, más propia de los mecanismos de representación del personal y, concretamente, de los instrumentos de codecisión o codeterminación. El acuerdo vale desde luego para la creación de reglas pero también sirve, a veces mediante una misma operación, o respecto de un mismo asunto, para dar entrada a los trabajadores en la elaboración e implantación de medidas atinentes a la gestión de la empresa, especialmente cuando se refieren a la ordenación de los recursos humanos. Bien puede decirse, así, que los acuerdos de empresa constituyen un importante factor de limitación y modulación del poder de dirección empresarial [68].

Uno de los objetivos más importantes de los acuerdos de empresa es naturalmente el de facilitar la participación del personal en la dirección y gestión de la entidad empresarial [69]. Ciertamente, todo proceso de negociación colectiva abre o entraña posibilidades de participación de los trabajadores en el ámbito correspondiente, pero no cabe duda de que esta dimensión cobra singular relevancia en la negociación de empresa, sobre todo cuando las partes tienen que enfrentarse de manera inmediata a situaciones o problemas concretos de gestión u organización del personal, que son justamente las circunstancias presentes en el acuerdo de empresa. Desde luego, esa dimensión participativa no alcanza la misma temperatura en todos los supuestos de negociación empresarial, pero aflora en todo su esplendor en algunas de sus modalidades, precisamente en los acuerdos llamados de «reorganización productiva», que justamente tienen por objeto la preparación o adopción de decisiones empresariales de

---

[67] García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, 1998, p. 15.

[68] García Murcia, J.: «Los acuerdos de empresa», en *TL*, núm. 76, 2004, p. 88.

[69] Sáez Lara, C.: «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», en *RL*, 1995, Tomo I, p. 547 y ss.

repercusión directa en la plantilla. En este sentido, el acuerdo de empresa hace una vez más de metáfora de las nuevas orientaciones de la legislación laboral, en la medida en que propicia y permite mayores posibilidades de participación del personal en un contexto caracterizado por la progresiva relajación de los límites legales al poder empresarial. El acuerdo de empresa, por decirlo de alguna forma, es el punto de encuentro de dos corrientes de distinto signo: la que empuja hacia una progresiva liberalización de las decisiones de gestión empresarial, y la que se empeña en ampliar los derechos de participación de los representantes de los trabajadores. Como resultado de ese equilibrio, en la actual situación normativa, el acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores ha pasado a convertirse en una institución típica y de uso sistemático en las tareas de ordenación de las relaciones laborales[70], unas veces como cauce de regulación de las condiciones de trabajo, y otras —la mayoría— como instrumento de organización y gestión de los recursos humanos en la empresa, exigiendo —como contrapartida— un reforzamiento en la participación del personal [71].

Ahora bien, aun cuando en el marco de un modelo participativo es necesario garantizar y potenciar la implantación de estructuras representantivas fuertes y realmente operativas en el sistema de la empresa para controlar y modalizar el ejercicio del poder de dirección del empresario, lo cierto es que las posibilidades abiertas en nuestro ordenamiento jurídico-laboral a la negociación colectiva de empresa para abordar aspectos relativos a los derechos de representación y defensa de los intereses de los trabajadores en todas sus manifestaciones así como a los mecanismos de participación más allá de las prescripciones legales al respecto no son utilizadas con asiduidad en la práctica diaria [72]. Pese a que tal carencia podría explicarse por el hecho de que la protección constitucional y legal del derecho de libertad sindical y de sus múltiples manifestaciones no hacen imprescindible su desarrollo a nivel convencional, la verdad es que la negociación colectiva puede constituir un marco privilegiado —hasta ahora no aprovechado— de actualización de las previsiones legales sobre estas materias, dotándolas de efectividad.

---

[70] Escudero Rodríguez, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en AA.VV. (Valdés Dal-Ré, F., Dir.): *La reforma del mercado laboral,* Valladolid, 1994, p. 47 y ss.; Montoya Melgar, A.: «Convenios, acuerdos colectivos y contratos individuales tras la reforma laboral», en *DL*, núm. 49, 1996, p. 27 y ss., o Correa Carrasco, M.: *Convenios y acuerdos colectivos de trabajo*, Pamplona, 1997, p. 165 y ss.

[71] Quintanilla Navarro, R. Y.: *Los acuerdos de empresa, naturaleza, función y contenido*, Madrid, 2003. En la doctrina extranjera, por todos, Napoli, M.: «Potere sindacale e Diritti individuali nella gestione dei processi di riorganizzazione dell'impresa», en *Politica di Diritto*, 1983, p. 27 y ss.

[72] Monereo Pérez, J. L.: «La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos», en *TL*, núm. 76, 2004, p. 263.

7. LA OPCIÓN POR LA NEGOCIACION COLECTIVA CON INSUFICIENCIA DE REPRESENTACIÓN

Con todos los matices que se quiera, no cabe soslayar la posibilidad de que el empresario prefiera materializar el derecho a la negociación colectiva y fijar las condiciones de trabajo en su empresa a través de un convenio de eficacia personal limitada, a celebrar con una representación sindical carente de legitimación, pues, en principio, los convenios extraestatutarios *per se* no son contrarios al derecho de libertad sindical, ni al parámetro de no discriminación «por razón de adhesión a sindicatos... y a sus acuerdos» [arts. 12 LOLS y 4.2 c) y 17.1 ET], ni tampoco al derecho de los sindicatos con legitimación a negociar convenios de eficacia general en el cauce del ET [73].

Ahora bien, el riesgo que conlleva tal proceder no es en absoluto despreciable [74]: la negociación y firma de un convenio colectivo extraestatutario puede constituir un cauce a partir del cual el empresario seleccione o elija como interlocutor —presciendiendo de niveles de representatividad— a un sindicato de su preferencia con la posibilidad añadida de ampliar su campo de aplicación más allá del ámbito inicial a través de las cláusulas de adhesión [75]. Tal ejercicio del poder empresarial excede en estos casos de la licitud al intentar alcanzar por vía obligacional la eficacia general no lograda a través de la negociación colectiva conforme a las reglas del ET, no en vano en estos casos quedaría condicionada la percepción de los posibles incrementos retributivos o del resto de mejoras incorporados al pacto de eficacia limitada a su aceptación por los trabajadores no representados en la mesa, quienes con toda seguridad mostrarán su aquiescencia para evitar quedar privados de tales situaciones de ventaja [76].

---

[73] Por todas, STCo 108/1989, de 8 de junio, y SSTS de 14 de julio de 1995 (Ar. 6254) y 16 de mayo de 2002 (Ar. 7651). En la doctrina, García Viña, J.: «Los convenios colectivos extraestatutarios. Régimen jurídico y relación con los convenios colectivos estatutarios», en *TS*, núm. 118, 2000, p. 14 y ss., o Rodríguez Hidalgo, J. G. y Álvarez Cuesta, H.: «Los convenios colectivos extraestatutarios: del origen de tales pactos y de la inobservancia de los requisitos exigidos por el Título III ET», en *TS*, núm. 148, 2003, p. 42 y ss.

[74] Una profunda reflexión al respecto en Fernández Domínguez, J. J.: «Los convenios colectivos extraestatutarios», en AA.VV.: *XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2003, p. 735 y ss.

[75] Fernández Domínguez, J. J. y Agra Viforcos, B.: «Adhesión individual tácita a convenio colectivo extraestatutario: sobre la eficacia general *de facto* de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia», en *REDT*, núm. 1994, p. 385.

[76] Rodríguez Escanciano, S.: «El convenio colectivo de eficacia limitada como potencial conducta antisindical (STSJ de Cataluña, de 7 de junio de 1999)», en *AS*, núm. 12, 1999, p. 21.

Es más, según se ha encargado de precisar una discutible doctrina jurisdiccional, la ampliación de la eficacia del acuerdo extraestatutario podría producirse, bien por solicitud expresa del trabajador afectado, bien de manera tácita, cuando no se oponga a la aplicación generalizada por el empresario sobre todos los trabajadores [77]. Desde semejante perspectiva, parecería cómo si evitar cualquier género de discriminación tuviera que pasar, no ya por permitir la adhesión individual de los operarios inicialmente no vinculados por el acuerdo, sino tamién, incluso, por la aplicación generalizada a todos los trabajadores de la empresa, salvo expresa oposición individual de alguno de ellos, pues, según tal posición, un hipotético acuerdo individual entre empresario y trabajador no debiera encontrar problema alguno —por más que a juicio del sindicato constituyera ejemplo paradigmático de atentado contra su libertad sindical— [78], convirtiendo la medida, de modo paradójico [79], en máxima virtualidad del derecho fundamental recogido por el artículo 28 CE [80].

La anterior tesis constituye, empero, una visión sesgada sobre la articulación entre autonomía individual y colectiva, y olvida la posibilidad de un atentado más difuso y difícil de detectar [81]. En efecto, piénsese en cómo bajo tal actitud empresarial de extensión generalizada de un pacto de eficacia limitada puede esconderse soterradamente una intención perversa, cual es la de alejar a los trabajadores de la sindicación y, algo no menos grave, sustituir la negociación colectiva estatutaria por la de eficacia limitada, la cual las más de las veces se concierta —como consta— con sindicatos afines —o al menos no especialmente combativos— con el empresario [82]. Por tanto, la extensión generalizada del convenio extraestatutario, lejos de servir a los intereses de los trabajadores, atiende al de los sindicatos firmantes (quienes, a costa de otros más representativos, ven incrementada su influencia), al de la empresa (que logrará la tan

---

[77] SSTS de 10 de junio de 1998 (Ar. 4105) o 30 de marzo de 1999 (Ar. 3779). Mostrando su oposición a la adhesión tácita, Marín Correa, J. M.: «La extensión del pacto colectivo de eficacia limitada», en *AL*, núm. 36, 1998, p. 360.

[78] Sagardoy Bengoechea, J. A.: «La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada», en *DL*, núm. 24, 1998, p. 30.

[79] García Murcia, J.: «Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y la eficacia de los pactos colectivos atípicos (II)», en *AL*, 1992, Tomo II, pp. 422-423.

[80] SSTCT de 21 de febrero de 1986 (Ar. 1333) y 9 de julio de 1987 (Ar. 17700).

[81] Valdeolivas García, Y.: *Antisindicalidad y relaciones de trabajo*, Madrid, 1994, p. 335.

[82] Desdentado Bonete, A. y García-Perrote Escartín, I.: «En torno a los problemas del convenio de eficacia limitada en el Derecho español (sentencia de la Magistratura del Trabajo, núm. 10, de Madrid, de 20 de octubre de 1980)», en *REDT*, núm. 4, 1980, p. 533; García-Perrote Escartín, I.: «El acuerdo individual "en masa" como vía de eludir la negociación colectiva con los representantes de los trabajadores», en *RL*, núm. 5, 1988, p. 55, o Casas Baamonde, M. E.; Baylos Grau, A. y Escudero Rodríguez, R.: «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el Derecho del Trabajo Español», en *RL*, 1987, Tomo II, p. 315 y ss.

deseada uniformidad de condiciones de trabajo y lo hará negociando con un sindicato previsiblemente afín) y, en fin, al del poder público (temeroso de posibles vacíos o lagunas normativas) [83]. Frente a tantos «beneficiarios» del convenio extraestatutario, el trabajador individualmente considerado ve cómo, bajo el presunto deseo de salvaguardar su autonomía individual [84], la proliferación de la negociación «informal» vendrá a imponerle condiciones de trabajo no negociadas por representantes legitimados al amparo de la voluntariedad de la adhesión, olvidando que la libertad en este ámbito es una mera ficción, pues cabe prever la asunción por el trabajador de las ventajas disfrutadas por sus compañeros, más aún si el rechazo requiere una declaración expresa [85].

8. CONCLUSIÓN

Bajo la triple influencia de la elevación del nivel de competencia y de cualificación (con el incremento de los estándares de autonomía profesional de los trabajadores), de la presión creciente de la competencia en mercados más abiertos y de la aceleración del progreso técnico (en particular, en el ámbito de la informática y de la comunicación), el modelo clásico de relaciones laborales que asigna al convenio una función complementaria y exclusiva de mejora de la situación del trabajador empieza, lenta pero continuamente, a perder sus señas de identidad, para pasar a asumir un importante papel como instrumento de fácil adaptación a las circunstancias y exigencias de la organización productiva [86]. Una de las principales novedades es la que afecta «a la transformación de la tradicional función de la negociación colectiva de mejora de las condiciones de trabajo legales (mínimas o de "orden público social") en una función de adaptación o ajuste de tales condiciones a las necesidades de competitividad y flexibilidad empresariales» [87]. El convenio colectivo ya

---

[83] Diéguez Cuervo, G.: «Nueva lección sobre negociación colectiva informal», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, p. 252.

[84] Lahera Forteza, J.: «La disposición condicionada de derechos reconocidos en el convenio colectivo: una preocupante ampliación del espacio de la autonomía individual (Comentario a la STS 4.ª de 27 de abril de 1999)», en *RL*, núm. 13, 1999, p. 60.

[85] Fernández Domínguez, J. J. y Agra Viforcos, B.: «Adhesión individual tácita al convenio colectivo extraestatutario: sobre la eficacia general *de facto* de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia», cit., pp. 288-289.

[86] Rodríguez-Piñero, M. y Del Rey Guanter, S.: «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la Ley», o Alarcón Caracuel, M. R.: «Un concepto clásico de la relación entre ley y convenio colectivo», ambos en AA.VV.: *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Córdoba, 1983, p. 27 y ss. y 47 y ss., respectivamente.

[87] Casas Baamonde, M. E.: «Las transformaciones del trabajo y de las relaciones colectivas», cit., p. 7.

no cumple únicamente una función de suplemento y mejora del carácter mínimo legal; antes al contrario, «aparecen fórmulas muy diversas y variadas de relaciones entre regulación legal y regulación colectiva, que no sólo hacen más complejas las relaciones entre una y otra, sino que también implican una ampliación de las funciones del convenio colectivo, que no son ya sólo reguladoras en sentido propio, sino también instrumentales a la reorganización de las relaciones de trabajo en la empresa» [88]. Ello supone que en el escenario de la negociación colectiva («codecisión negocial» como fórmula específica de participación gestional) se discute y decide sobre materias que en muchos casos eran competencia exclusiva de la dirección empresarial, de modo que la reorganización de la empresa flexible puede realizarse incrementando la implicación, la participación y, en suma, la corrresponsabilidad de los agentes sociales en la dinámica de funcionamiento de la entidad productiva [89].

Ahora bien, y como contrapartida, no hay que olvidar tampoco cómo, en el seno de la negociación colectiva de gestión, los representantes de los trabajadores vienen a aceptar determinados sacrificios con el fin de evitar males mayores, llegando a asumir perfiles de gestores en el seno de la organización empresarial con el riesgo de plegarse en sus reivindicaciones y de aquietarse a las específicas condiciones económicas de la empresa así como a las exigencias de las magnitudes económicas en general [90]. En este sentido, aun cuando no cabe negar que la participación «mejora la eficiencia industrial» [91], lo cierto es que la función de la representación de los trabajadores no puede quedar reducida a la mera defensa de la competitividad y rentabilidad de la empresa. La representación del personal está llamada a tutelar los intereses de los trabajadores en cuanto grupo social determinado y, ante los nuevos perfiles que presenta el capitalismo avanzado —en el que la mano de obra es móvil, cambiante, susceptible de reducción, desplazamiento, supresión para acudir a otro lugar con otros trabajadores para desplegar actividades más rentables y competitivas—, la función de los representantes de los trabajadores no puede limitarse a poner los medios necesarios para proporcionar mayores niveles de producción y riqueza empresarial [92].

---

[88] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «La contractualización del convenio colectivo», cit., p. 3.

[89] Monereo Pérez, J. L.: *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo,* cit., p. 10.

[90] Buena muestra de lo cual son los acuerdos « *donants-donants»*, esto es, de concesiones mutuas. Lyon-Caen, A.: «La négociation collective: nouveaux horizons?, nouveaux problèmes?», en *RL*, núm. 12, 1997, p. 1004 y ss., o Antonmattei, P. H.: «A propos du développement de la négociation collective», en *DS*, núm. 1, 1997, p. 164 y ss.

[91] Poole, M.: *Hacia una democracia industrial*, Madrid, 1996, p. 66.

[92] Ramos Quintana, M. I.: «Globalización de la economía y transformaciones del Derecho del Trabajo», cit., p. 50, o Rodríguez Escanciano, S.: «Hacia una negociación colectiva "post-industrial": apunte de problemas», en *RTSS (CEF)*, núm. 262, 2005, p. 86.

Comunicación a la Ponencia Temática III

FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS MICROEMPRESAS

ESTEFANÍA RODRÍGUEZ SANTOS
Profesora Doctora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ROSA PÉREZ ANAYA
Profesora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO:

I. JUSTIFICACIÓN.—II. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA.—III. CONDICIONANTES DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA PEQUEÑA EMPRESA ESPAÑOLA.—IV. FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN EN LA MICROEMPRESA. A. Fórmulas indirectas de participación. B. Fórmulas directas de participación. ¿Cómo se puede favorecer actualmente un avance en la participación en las empresas de reducida dimensión?

I. JUSTIFICACIÓN

La participación de los trabajadores en las empresas en la que prestan servicios constituye un objetivo siempre perseguido desde el nacimiento del movimiento obrero. Aunque se ha manifestado de forma variable según el contexto histórico en el que se ha reconocido [1], responde a la traslación de la idea de la democracia en la sociedad moderna al ámbito económico y laboral, que forma parte de ella. Actualmente se plantea como una necesidad para lograr el equilibrio de los intereses de las partes, por lo que se constituye como uno de los objetivos de la evolución de las relaciones laborales de la empresa.

Si bien el ordenamiento jurídico español ha reconocido este derecho en el artículo 129.2 CE y ha sido desarrollado por el legislador ordinario, su insuficiente configuración en las actuales circunstancias exige un replanteamiento de sus reglas de aplicación, pues no alcanza a todas las empresas por igual. La elección del legislador por la vía representativa para cumplir con el derecho de participación deja fuera, al menos formalmente, a aquellas empresas que por su reducida dimensión no tienen reconocido el derecho de representación, y que sin embargo, tienen un peso importante en el contexto económico y social español.

Centramos pues nuestra investigación en el ámbito de las microempresas, es decir, aquéllas que cuentan con un censo laboral de menos de diez trabajadores, ámbito en el que la participación encuentra especiales dificultades de implantación. Partiremos para ello del estudio del contenido e instrumentos desarrollados por la normativa aplicable, para centrarnos posteriormente en la consideración de la idoneidad de las distintas formas de participación existentes en el marco de las empresas de reducida dimensión.

---

[1] Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F.: «La participación de los trabajadores en la empresa», en *RPS,* núm. 121/1979, p. 415.

II. RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA NORMATIVA COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

La promoción de la participación de los trabajadores constituye uno de los objetivos prioritarios de la Unión Europea para la democratización de las empresas. Esta posición determina que los países miembros deban adoptar medidas para este fin, aunque adaptándolas a su situación particular, debido a la diversidad de sus sistemas de relaciones laborales [2].

Desde la pasada década las instituciones comunitarias han intentado que los Estados miembros armonicen sus legislaciones en esta materia y se ha impulsado la participación de los trabajadores en la empresa, aunque básicamente refiriéndose a los derechos de información y consulta a los trabajadores [3]. La Unión Europea, se marca como objetivo el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas, reconociendo su tratamiento diferencial, porque son las que más contribuyen a la realización de las políticas comunitarias de empleo y al crecimiento económico que abarca entre otros muchos aspectos, el derecho de participación de los trabajadores [4]. En este sentido, y entre otros fines, se intenta promover y regular estrategias de participación que se pongan en prácticas en estas empresas [5]. Asimismo, la Carta Europea de la Pequeña Empresa, aprobada en la Cumbre de Lisboa en diciembre de 2000, quiere poten-

---

[2] En Europa se aprecian dos modelos de participación diferenciados: el modelo de los países del norte (Alemania, Austria, Suecia), o denominado de «cogestión», en el que la implicación de los trabajadores en los órganos de la empresa es importante; y el modelo de los países mediterráneos, en el que la participación la asumen principalmente los órganos representativos de la empresa (Francia, Italia, España).

[3] La Comisión Europea, constante en su intento, se marca como objetivo fomentar la participación de los trabajadores en las empresas: Informes «Pepper I» (1991) y «Pepper II» (1996); más concretamente, algunas de sus Recomendaciones promueven la participación en determinadas esferas, como la Recomendación 92/443 CEE, de 27 de julio, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa. Igualmente, el Parlamento establece las directrices para la democratización de las Relaciones Laborales y la participación. *Vid.* Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores asalariados en la Unión Europea (DOCE de 22 de marzo de 2002). Otras también contemplan previsiones en esta materia: *vid.* entre otras, Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294, de 10 de noviembre de 2001); Directiva 94/45, sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (DOCE de 30 de septiembre de 1994).

[4] Tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997).

[5] El Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas de 18 de julio de 2001. Se indica que la asunción de la responsabilidad social requiere una mayor participación del personal y sus representantes en un diálogo bilateral que permita estructurar las reacciones y los ajustes, y que debe no sólo aplicarse a la gran, sino también a las PYMES.

ciar y hacer más eficaz la representación de los intereses de la pequeña empresa a escala nacional y de la Unión, por lo que indirectamente se está aludiendo a los derechos de los trabajadores, entre los que sin duda se encuentra el de participación [6]. Incluso se avanza en el conocimiento de las organizaciones empresariales en función de su dimensión, para aplicar posteriormente políticas adaptadas a sus necesidades. En esta línea, la Recomendación de la Comisión 2003/361/CE, de 6 de mayo, recoge una clasificación de las empresas en función de su censo laboral y el volumen de negocio [7].

En nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento y alcance del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa encuentra su fundamento en el artículo 129.2 del Texto Constitucional. El mandato participativo dirigido a los poderes públicos constituye una legislación de mínimos, que si bien no es desarrollado suficientemente por la norma ordinaria, permite la promoción de un amplio abanico de fórmulas participativas cualesquiera que sea su esfera de actuación [8].

Por su parte, el ET en el artículo 4.1.g) se limita a reconocer el derecho de participación como básico, dejando su contenido y alcance a la norma específica. No obstante, el legislador en el artículo 61 ET opta por una forma de participación a través de la vía representativa, «sin perjuicio de otras formas de participación». Esta opción legislativa no debe llevar pues a la confusión entre los derechos de participación y los cauces de representación, razón por la que tendrían cabida en nuestro ordenamiento jurídico otras fórmulas participativas, entre las que pueden encontrar acogida las ejercitadas a través de representantes, pero que no están previstas legalmente, y las ejercitadas directamente por los trabajadores, individual o colectivamente.

---

[6] Como refleja el informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Carta, de 8 de febrero de 2005 (SEC 2005/167-170), la pequeña empresa desempeña un papel central en la economía europea. Unos 25 millones de pequeñas empresas, que suponen el 99% de la totalidad de las empresas, dan empleo a casi 95 millones de personas, es decir, el 55% de los empleos del sector privado.

[7] Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003 (DOCE L 124, de 20 de mayo), sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas, que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2005. Se define a las microempresas como aquéllas con un censo laboral de menos de diez trabajadores y con un volumen de negocios y balance general de 2 millones de euros.

[8] 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. 99 y ss.

III. CONDICIONANTES DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA PEQUEÑA EMPRESA ESPAÑOLA

No podemos desconocer la importancia de las microempresas en España: el noventa por ciento del volumen empresarial español está constituido por empresas que cuentan con menos de diez empleados, teniendo en cuenta que el setenta y cinco por ciento, tiene una plantilla que no supera los seis trabajadores [9]. Asimismo, la diversificación de estas pequeñas unidades de producción es destacable: la mayoría ejercen la actividad en el sector de los servicios, principalmente se dedican a las actividades inmobiliarias, a la hostelería, al comercio al por menor de alimentos y bebidas, a la enseñanza, a la salud y servicios sociales, y en los últimos años a la construcción [10]. Igualmente, cabe mencionar que la forma jurídica que adoptan principalmente es la sociedad limitada (43,9 por ciento) y el empresario individual (38,9 por ciento). La conjunción de todos estos datos nos demuestra la importancia de esta categoría de empresa en España, no sólo desde el punto de vista económico sino también desde el punto de vista social y laboral [11].

A pesar de su importante peso cuantitativo en el tejido empresarial español, el ordenamiento jurídico laboral en general tiende a regular los derechos y obligaciones de los trabajadores sin contar en el contexto en el que prestan sus servicios, lo que en algunos casos supone ignorar la verdadera trascendencia de la problemática de la pequeña empresa. En muchos aspectos, la aplicación de reglas de igualdad en los distintos ámbitos empresariales significa desconocer que las circunstancias de las pequeñas empresas no son las mismas que la mediana empresa y no digamos ya si nos referimos a las empresas de grandes dimensiones. De este modo, frente al resto, las microempresas comparten un rasgo característi-

---

[9] Datos extraídos del estudio elaborado por la Subdirección General de Estadísticas Sociales y Laborales del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales (fecha del análisis estadístico: 17 de marzo de 2006). www.mtas.es

[10] Un mayor desglose de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE-93) muestra que, en la actualidad (1 de enero de 2005), la mayor concentración sectorial de las PYMES se produce en el comercio al por menor, seguido de otras actividades empresariales y de la construcción. En torno al 9,2% de las empresas se encuentran en el sector de la hostelería.

[11] En el año 2003 (Observatorio Europeo de las PYMES, 2003/núm. 7), el empleo en las empresas sigue siendo generado por las microempresas, que agrupan al 50,5% del total de empleos, cifras lejanas al 39,7% de la media de la Unión Europea (UE-15). Cruz Villalón, J.: «Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas», en VV.AA.: *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 27. El autor apunta dos diferencias básicas que justifican las diferencias de trato en función de su tamaño: «primera, las necesidades de superior flexibilidad laboral en el seno de las pequeñas empresas respecto y, segunda, la menor capacidad de resistencia económica frente a los costes sociales».

co común, con independencia de la actividad a la que se dediquen: la personalización de las relaciones laborales, lo que destaca la importancia de las relaciones directas e informales entre empresario y trabajadores [12].

No obstante, en otros aspectos de las relaciones laborales, el legislador sí establece diferencias de fondo en el tratamiento de algunos derechos, en función de la dimensión de la empresa. Es lo que ocurre con el derecho de participación de los trabajadores: en materia de representación el legislador establece una clara diferencia de trato en las empresas en función a su plantilla, reconociendo expresamente en el artículo 62 ET la posibilidad de elegir representantes en empresas con diez o más trabajadores, flexibilizando este criterio con la permisión de dicha posibilidad mediante acuerdo, en empresas con seis o más trabajadores, de lo que cabe deducir que los trabajadores de aquellas empresas que no superan estos umbrales no tienen derecho legalmente a ver defendidos sus intereses a través de la vía representativa [13].

Así pues, si el legislador ha optado preferentemente por desarrollar este derecho a través de los representantes de los trabajadores, con esta opción está excluyendo de esta vía de participación a los trabajadores que prestan servicios en las empresas que no cuentan con representación. En definitiva, la omnipresencia de la dimensión colectiva del derecho de participación en la empresa lleva a la atribución de los diferentes derechos concretos derivados a los representantes de los trabajadores y no a los trabajadores *uti singuli* [14]. Esta afirmación no significa que no debe existir participación de los trabajadores en la microempresa, sino que quizás en el entendimiento del legislador de que la interlocución entre empresario y un número muy limitado de trabajadores resulta más fácil, la participación informal y directa resulta la más aconsejable, sin que sea necesaria la intermediación.

Al contemplar la realidad socio-laboral española, podemos afirmar que a pesar de la insuficiente regulación del derecho de participación en el ET, que se limita al establecimiento de las obligaciones empresariales de información y consulta, en general, la práctica participativa se ha ido desarrollando en el día a día de las empresas, plasmándose en los convenios colectivos o en los grandes acuerdos institucionales. En dichas

---

[12] Pérez de Guzmán Padrón, S.: «Una aproximación sociológica a las relaciones laborales en la pequeña empresa», en VV.AA.: *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003, p. 54.

[13] El TCO no ha entrado concretamente en esta materia, pero en otras diferencias de trato entre empresas en función del número de trabajadores, ha resuelto que las mismas encuentran una justificación objetiva (STCO 6/1984, de 24 de enero. BOE de 18 de febrero, sobre la cuantía de la indemnización por despido disciplinario).

[14] Prieto Juárez, J. A.: «Nuevas formas de participación de los trabajadores en las empresas desde la perspectiva española», en VV.AA.: *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa.* Bomarzo, 2004, p. 166.

prácticas se ha constatado que los trabajadores que forman parte de organizaciones en las que se ponen en marcha mecanismos de participación, se muestran generalmente más satisfechos con el trabajo que desempeñan y más identificados con los objetivos de las empresas en las que prestan su actividad laboral. Y esta satisfacción se manifiesta tanto en el plano individual como en el colectivo. Así, por un lado, el trabajador incrementa su grado de implicación en la buena marcha de la empresa, controla mejor su trabajo, y por ello aumenta su satisfacción laboral y personal. Por otro lado, contribuye al incremento de la productividad, se crea un mejor ambiente de trabajo, mejorando la eficiencia organizativa y disminuyendo la conflictividad laboral.

Aunque queda claro el beneficio que reporta en general la incorporación de mecanismos participativos, de cualquier índole, para empresarios y trabajadores, la participación de los trabajadores en las pequeñas empresas es muy reducida y su manifestación sigue dependiendo de la sensibilidad empresarial en esta materia, sin que existan mecanismos de exigencia real y de control sobre su aplicación y cumplimiento. La patente dificultad de su implantación en la microempresa no sólo está condicionada por el marco regulador, que limita en mucho sus posibilidades de concreción, sino que además contribuyen otros factores. Sin perjuicio de los inconvenientes propios que afectan en general a la implantación de un modelo participativo más eficaz en nuestro ordenamiento jurídico, hacemos referencia seguidamente a aquéllos que afectan directamente a las empresas de pequeña dimensión.

En primer término, la estructura fuertemente jerarquizada de estas empresas tradicionalmente ha ido unida a la escasa cualificación de sus trabajadores, de manera que la subordinación en el sentido más estricto frecuentemente se asume por éstos de manera natural, sin cuestionar las órdenes empresariales. Sin embargo, actualmente existen pequeñas empresas, generalmente relacionadas con nuevas tecnologías, cuyos empleados son altamente cualificados.

En segundo término, desde la perspectiva de la dirección de la organización, la concepción paternalista de la pequeña empresa suele conducir a la consideración negativa de la participación de los empleados, porque ello conlleva a una cesión de mando que no entra en los esquemas tradicionales.

En tercer término, se alude a la escasa afiliación sindical en estas empresas, ya que un importante número no superan los umbrales que obligan a la elección a representantes, y otras, a pesar de superarlo, no llegan a convocar elecciones por sus pequeñas dimensiones; o en aquéllas en las que pueden celebrarse, no puede ejercer el representante sindical las funciones correspondientes por no cumplir los requisitos de

representatividad sindical [15]. Su reducida capacidad de penetración impide así que a través de la negociación colectiva, se puedan introducir reivindicaciones en materia participativa.

Otros factores han sido apuntados, pero entendemos que no pueden ser considerados en un sentido absoluto. En este orden, se ha manifestado en alguna ocasión que la reacción de los propios trabajadores puede dificultar la implantación de la participación (más concretamente, en la gestión) en la pequeña empresa, en el sentido de que éstos pueden ver en la participación una mayor implicación en los asuntos de la empresa, lo que supone un recorte en su libertad como personas, en cuanto se les invita a la colaboración con los intereses empresariales. A nuestro juicio, no parece que éste sea un hecho generalizable, sino que dependerá en todo caso, del sector, del tipo de empresa, y de las relaciones que mantengan empresario y trabajadores.

En similares términos, tampoco pensamos que la imposibilidad de aplicar un sistema participativo en la pequeña empresa se deba a la falta de capacidad de la mayor parte de los trabajadores para llevar a cabo una gestión eficaz de las tareas, ya que, en nuestra opinión, esta falta de capacidad resulta achacable a la imposibilidad de su acceso a la información sobre la marcha de la organización, y no tanto a la ausencia de cualificación profesional. Se considera que si éstos reciben la información adecuada y periódica sobre los asuntos de la empresa, estarían en disposición de plantear propuestas e intervenir activamente en la toma de decisiones, como ocurre de manera eficaz en las cooperativas o en las sociedades laborales, formas jurídicas que suelen acoger a pequeñas empresas. Esta afirmación no contradice la idea de que en aquellas empresas en las que exige una alta cualificación a sus empleados (a pesar de su dimensión), puede ser más fácil la implantación de modos de participación, ya que puede contribuir a que la confianza de la dirección sea mayor y los trabajadores tendrán posiblemente mayor interés en implicarse en los asuntos de la empresa.

IV. FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN EN LA MICROEMPRESA

El punto de partida se encuentra en la propia delimitación conceptual del derecho de participación. No existe un concepto unívoco; su contenido complejo permite entenderla desde diversas perspectivas [16]. A partir de las numerosas opiniones doctrinales vertidas sobre su defi-

---

[15] Cruz Villalón, J.: *op. cit.,* p. 43.

[16] Tradicionalmente los autores han definido el derecho de participación, entre ellos, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., *op. cit.,* p. 417 y ss. Palomeque López, M. C.: *Derecho sindical español*. Tecnos. Quinta edición. Madrid, 1994, p. 242.

nición se puede llegar a la consideración de que unas y otras pueden reconducirse hacia dos concepciones: una más estricta, que la identifica como una vía de intervención de los trabajadores o sus representantes en la gestión y en la toma de decisiones de la empresa [17]; y una más amplia que abarcaría tanto la intervención de los trabajadores en la gestión y decisiones de la empresa [18], así como el acceso a la propiedad y a los resultados de la empresa [19].

Desde la perspectiva jurídico-laboral entendemos que debe manejarse actualmente un concepto amplio y general de participación, siempre reconociendo como titulares del derecho a los trabajadores [20]. Siguiendo esta opción, la participación se configuraría como el derecho de «tomar parte» y «tener parte» en la empresa. Así entendido el primer aspecto como la posibilidad de desempeñar un papel activo en el proceso de gestión y de adopción de decisiones; y el segundo aspecto, como la obtención de beneficios por la contribución del trabajador a la competitividad de la empresa. Implicaría en última instancia, involucrar al trabajador en la mayoría los aspectos de la empresa con el objetivo final de mejorar su funcionamiento, su productividad, y lograr la satisfacción de los empleados.

Partiendo de este concepto, podemos diferenciar distintos grados de intensidad en la participación: en primer lugar, la información y la consulta, como el primer grado y más débil, ya que no vincula a la dirección de la empresa en la adopción de decisiones; y como manifestación más auténtica del derecho participativo, la codecisión o cogestión, que en sus diversos niveles, influyen en el momento en que el empresario debe adoptar decisiones que afectan a los trabajadores a través de su incorporación en los órganos de gestión (facultades de recusación, veto, control de las decisiones y de la gestión empresarial) [21].

---

[17] Sáez Lara, C.: *Representación y acción sindical en la empresa*. MTSS. Madrid, 1992, p. 125. Valdés Dal-Ré, F.: «Los derechos de participación en la Ley de prevención de riesgos laborales», en VV.AA.: *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales. La Ley-Actualidad.* Madrid, 1997, p. 70. Es la idea que se recoge en OIT: *La participación en la empresa 1981-1985.* Informes MTSS. Madrid, 1987, p. 9 y ss.

[18] Aunque se ha querido ver en esta forma de participación una división, parece que la gestión se funde con la toma de decisiones, pues en caso contrario, la operatividad de la intervención de los trabajadores se ve mermada al no contemplar que su implicación no tiene eficacia en la estructura del poder empresarial. *Vid.* Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., *op. cit.* p. 419.

[19] Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*. Tecnos. Sexta edición. Madrid, 1992, p. 294.

[20] El artículo 129.2 CE no establece expresamente quiénes son los titulares genéricos del derecho de participación; sin embargo, a continuación reconoce como titulares directos a los trabajadores cuando se refiere a su acceso a la propiedad de los medios de producción.

[21] Este nivel de participación, en nuestro país, se practica fundamentalmente en las cooperativas, sociedades laborales y sociedades agrarias de transformación. VV.AA.: *La*

En las microempresas la dificultad de la implantación de la participación resulta patente en cualquiera de los niveles indicados, pero queda claro que se alejará de las fórmulas de cogestión si tenemos en cuenta que ni la negociación colectiva potencia estos sistemas, ni el empresario voluntariamente quiere ceder parte de poder a favor del trabajador.

No obstante, las distintas formas de participación de los trabajadores deben contemplarse conjuntamente atendiendo al criterio del sujeto que ejercita el derecho. En este sentido, se puede distinguir entre participación «indirecta», es decir, aquélla cuyo ejercicio no se lleva a cabo directamente por los titulares del derecho, los trabajadores, sino a través de intermediarios, elegidos democráticamente por los trabajadores o designados libremente entre estos últimos; y participación «directa» aquélla en la que el trabajador como individuo o como grupo tiene reconocida la facultad para ejercer influencia en su entorno.

A. Fórmulas indirectas de participación

Como hemos anticipado, el legislador español ha optado por un modelo legal de participación indirecta que va a ser desarrollado únicamente en los grados más débiles de intervención de los sujetos colectivos: los derechos de información y de consulta de los trabajadores, sin que exista mención expresa a otras formas que permitan su inserción en los órganos decisorios de la empresa (codecisión o cogestión), salvo la competencia reconocida, pero no desarrollada legalmente para los representantes unitarios, sobre la participación en la gestión de las obras sociales de la empresa (art. 64.1.10.ª ET).

Si bien genéricamente el ejercicio de la participación se encuentra ciertamente limitado dentro de sus posibilidades, en las microempresas este nivel mínimo de participación indirecta es aún más reducido, ya que la propia norma legal les limita o excluye indirectamente. Así pues, si la empresa tiene un censo laboral de seis a diez trabajadores únicamente contará con un delegado de personal siempre que los propios trabajadores decidan elegirlo (art. 62.1 ET); y además, se les va a exigir los mismos requisitos que al resto de empresas, sin ningún tipo de adaptación o simplificación en los trámites (convocatoria de una asamblea con este orden del día, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 77 y ss. ET; y tras esta decisión, la convocatoria de unas elecciones en toda regla, cumpliendo los requisitos de los artículos 69 y ss. ET, desarrollado en el Real Decreto 1844/1994, que regula el procedi-

---

participación de los trabajadores en la empresa. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria, 1998, p. 121.

miento electoral)[22]; con lo cual se dificulta enormemente activar esta forma de participación.

En el supuesto de las empresas cuyo volumen de trabajadores es inferior a seis, ni siquiera se podrá optar a esta posibilidad, quedando únicamente abierto su ejercicio por sus propios trabajadores. No obstante, en nuestra opinión, esta forma de participación indirecta puede ser desarrollada vía convencional, ya que el legislador no prohíbe expresamente que se articulen otros mecanismos de participación, dejando abierta otras opciones no contrarias a Derecho. En la práctica, algunos convenios colectivos de aquellos sectores en el que predominan las pequeñas y las microempresas rebajan los requisitos censales para poder tener derecho a esta forma indirecta de participación [23].

En el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales, aunque la LPRL no contempla expresamente la posibilidad que el ET concede a las microempresas de contar con un delegado de personal potestativo; sin embargo, se puede deducir del tenor del artículo 35.2, párrafo 2.º, ya que sólo señala un límite máximo de treinta trabajadores para elegir a un Delegado de Prevención «que será el delegado de personal». Por ello, si los trabajadores han decidido elegir un Delegado de Personal potestativo, este mismo ejercerá la participación en materia preventiva. En cambio, no se puede extender automáticamente esta regla a las empresas con menos de seis trabajadores. Si en este supuesto, el convenio colectivo permite la elección de un Delegado, la coincidencia en la misma persona de la función preventiva debería establecerla expresamente el propio convenio colectivo.

Lo anteriormente expuesto se entiende sin perjuicio de las posibilidades que concede expresamente la Ley: el artículo 35.3 permite la elección por parte de todos los trabajadores de la empresa de Delegados de Prevención que no tengan la condición de Delegados de Personal (en empresas con menos de cincuenta trabajadores); y el artículo 35.4, párrafo 2.º permite la elección de un sujeto u órgano en materia preventiva creado por vía negociación colectiva (convenio colectivo o acuerdo del

---

[22] Entre las numerosas opiniones vertidas al respecto, una de las más recientes en relación a las empresas con una dimensión laboral de seis a diez trabajadores en relación al proceso electoral, Guerrero Pavón, T.: «La doctrina jurisprudencial sobre elecciones sindicales en las microempresas», en *TL*, núm. 79/2005, p. 124 y ss.

[23] CC. Estatal de Estaciones de Servicio 2003-2005 (Resolución de 30 de junio de 2004, de la D. G. de Trabajo. En el artículo 43 las partes permiten elegir un representante por Estación de Servicio, siempre que la plantilla de ésta sea superior a cuatro trabajadores, con los derechos reconocidos a los Delegados de Personal en la legislación vigente. Y, en el IX C.C. Estatal de centros de asistencia y educación infantil (Resolución de 14 de abril de 2005, de la D. G. de Trabajo. En el artículo 72 se permite que los centros con menos de seis trabajadores se puedan celebrar elecciones sindicales siguiendo el procedimiento establecido en la legislación vigente para empresas entre seis y diez trabajadores.

art. 83.3 ET), opción que se utilizará principalmente para cubrir vacíos legales en el ejercicio del derecho de participación en materia preventiva en las empresas con menos de seis trabajadores [24].

Quizá lo más recomendable sería que el convenio de sector prevea el mecanismo de representación en estos casos; incluso se proponen fórmulas como la de la creación de un Comité de Prevención Intercentros que aúne a los Delegados de Prevención de aquellas empresas con más de seis trabajadores y los delegados específicos elegidos en las empresas de menor dimensión [25].

En estos supuestos, el contenido de la participación en materia preventiva, más amplio que en el ET, queda precisado en el artículo 36.2 LPRL, sin distinción en función de la dimensión de la empresa: facultades de información (sobre los riesgos, medidas de protección, obligaciones de documentación, sobre los daños sufridos por los trabajadores, y otra información obtenida por el empresario); de actuación (acompañamiento en las visitas a los técnicos de prevención y a los Inspectores de Trabajo, visitas para la vigilancia y control de las condiciones de trabajo); y de propuesta (de medidas preventivas y de mejora de la salud y seguridad en el trabajo al empresario).

Sentado lo anterior, y conociendo las limitaciones, al menos en la mayoría de los casos, de la implantación de un sistema eficaz de participación representativa en las microempresas, entendemos que el verdadero espacio para la participación en este ámbito es el de las fórmulas directas. Al contrario que la anterior, la participación directa ha sido escasamente desarrollada por el legislador, más preocupado en dar contenido a las funciones de los representantes legales de los trabajadores. No existen referencias en el ET que permitan cubrir la carencia de reconocimiento, al menos, de los derechos de información y consulta de aquellos trabajadores que no tienen representación [26]. En cambio, la LPRL sí garantiza el derecho de participación directa en materia preventiva en algunos preceptos: artículos 18, 19 y 33.1. Se reconocen derechos de información, formación y consulta, que serán ejercidos, en defecto de la existencia de Delegados de Prevención o de representantes específicos directamente por los trabajadores. Como se deriva del pro-

---

[24] A modo de ejemplo se propone la denominación de «Delegado de Seguridad». *Vid.* VV.AA.: *La prevención en la pequeña empresa* (coord.: González Ortega, S.). La Ley-Actualidad. Madrid, 1999, p. 73.

[25] *Ibídem.*

[26] Ni siquiera en el supuesto contemplado en el artículo 40.2 en materia de traslado, en el que alude a las empresas a partir de seis trabajadores, se garantiza el derecho de consulta a los trabajadores directamente cuando no han elegido un delegado, ya que se establece expresamente «período de consultas con los representantes legales de los trabajadores… siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores…».

pio texto legal, el derecho de participación se regula como una necesidad al margen de la dimensión de la empresa, porque se parte de la idea de que la implantación de los sistemas preventivos debe ser asumida no sólo por el empresario, sino también por los trabajadores: si los trabajadores se implican de una u otra forma en la dirección de la empresa mejoran las condiciones de trabajo y con ello se reducen los índices de siniestralidad. En este sentido, la eficacia de la participación se garantiza siempre que se adapte a las características propias de la pequeña empresa, para lo que resulta necesario utilizar instrumentos como la información y formación adecuadas.

Esta necesidad no se plantea en los mismos términos en el ámbito laboral, por lo que actualmente, con la insuficiente regulación de la participación de los trabajadores en el ET, se deja a la negociación colectiva y a la voluntad unilateral del empresario la posibilidad de ejercicio de este derecho u otras formas de participación no mencionadas en el propio texto legal. De ahí la casi nula implantación de estas formas de intervención en las empresas de reducida dimensión, pues a pesar de que el artículo 4.1.g) ET reconozca a la participación como uno de los derechos básicos de los trabajadores, no exige posteriormente su cumplimiento en este ámbito, ni se remite a la negociación colectiva para su garantía, ni determina su contenido al margen de su ejercicio por los órganos unitarios.

Si avanzamos en los niveles de participación, en la gestión y en la toma de decisiones en la empresa, se ha constatado su adecuación para resolver los problemas propios de la organización empresarial, comprobando la asociación entre el incremento de la satisfacción de los trabajadores y la consecución de los objetivos perseguidos por la empresa. Entendemos que incluso en las organizaciones más pequeñas la intervención de los trabajadores en la organización y funcionamiento ordinario de la empresa puede dar buenos resultados, sobre todo, cuando ésta se manifiesta en la gestión de la formación, implicándose los trabajadores con el empresario en la programación de aquellos procesos formativos que tanto desde el punto de vista técnico como económico permitan ajustar los requisitos profesionales a las necesidades reales de la empresa, siempre en continua transformación. No obstante, si bien el instrumento adecuado para articular mecanismos de participación lo constituye la negociación colectiva, en las microempresas se reduce enormemente esta posibilidad porque un alto porcentaje no tiene suscrito convenios de empresa, y parece poco probable que los convenios de sector articulen vías para potenciar la participación, adaptándola a las distintas realidades empresariales que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. Actualmente, sólo en las sociedades cooperativas, sociedades laborales y sociedades agrarias de transformación, se regulan estas formas de participación a través de los órganos de gobierno.

B. Fórmulas directas de participación

La atención se centra en las fórmulas de participación económica o financiera, que actualmente son las que tienen su mayor repercusión en las organizaciones empresariales. En sus dos modalidades (en la propiedad y en los resultados) pueden constituir una vía de entrada a la participación de los trabajadores en las microempresas, pero con distinto alcance. Su objeto es implicar a los trabajadores en la marcha de la empresa a través de la obtención de unos beneficios que mayoritariamente van a ser de contenido económico.

Por lo que se refiere a la participación en la propiedad de la empresa, a través del accionariado obrero (de escasa implantación en España) este mecanismo suele introducirse en empresas de grandes dimensiones, regulando el propio convenio colectivo las condiciones de acceso. Aunque en España no existe una política general sobre su implantación en grandes empresas, se considera que la efectiva participación queda desdibujada en cierto modo, pues la condición de pequeño accionista no se conecta directamente con la capacidad de intervención en el proceso de decisión en la organización, en contraste con el poder de los accionistas capitalistas. Sin embargo, en las microempresas, en las que esta forma de participación es inexistente, en la hipótesis posible, tal opción de participar en el capital sí puede tener una importante incidencia, tanto en la obtención de beneficios de la actividad empresarial como en la adopción de decisiones relevantes en la marcha de la empresa, ya que la pequeña dimensión favorece el acercamiento del partícipe al empresario. Pero lo cierto es que la posibilidad de adquirir acciones no viene recogida convencionalmente por la ausencia de convenios propios de estas empresas. Por tanto, la decisión de convertir a los trabajadores en propietarios depende de la decisión empresarial, que a lo mucho, si se trata de sociedades, sería incorporada a sus estatutos, o decidida por el órgano decisorio de la sociedad.

Al margen de lo anterior, puede tener incidencia en este tipo de empresas una particular modalidad, como es la de participación accionarial asociativa, propia de empresas que adoptan la forma de sociedades laborales [27]. Igualmente las cooperativas son empresas que propician esos mecanismos, como ocurre con algunas cooperativas del País Vasco, que han sabido articular unas estrategias de participación junto con mutualidades, asociaciones y otras empresas de economía social [28].

---

[27] En estos casos la participación queda desdibujada en la medida que los trabajadores son socios y por tanto, la relación no es laboral sino societaria. Los socios trabajadores intervienen en la gestión y toma de decisiones de la empresa, pero por su condición, ya que no asumen sólo los dividendos de la empresa, sino también las pérdidas.

[28] Como ejemplo de este tipo de cooperativas: Mondragón Corporación Cooperativa (MCC) y el grupo Arteche.

Por lo que se refiere a la participación en los resultados de la empresa, con ella se pretende involucrar al trabajador en la marcha de la empresa a través de la obtención directa de cuantías pecuniarias al finalizar cada ejercicio, con el fin de incentivar al trabajador en el desempeño de su trabajo. Se lleva a cabo a través de la obtención de remuneraciones, bien por el buen rendimiento individual del trabajador (productividad), o por los beneficios alcanzados como consecuencia del buen funcionamiento general de la empresa en el que ha contribuido el trabajador[29]. No obstante, esta modalidad tiene un alcance limitado en cuanto a la influencia del proceso de toma de decisiones empresariales [30], ya que, salvo excepciones, ha perdido su sentido originario, quedando encuadrada *ex artículo* 26.3 ET como un complemento salarial más, configurado como una paga de carácter extraordinario y desvinculada de los resultados positivos obtenidos por la empresa [31].

A pesar de que los trabajadores no la perciben como un modo de participación, sino como una paga más a la que tienen derecho, no cabe duda que en las microempresas son las fórmulas participativas más extendidas [32], aunque volvemos a encontrarnos con idéntica problemática referida a la carencia de convenio propio; por tanto, la única posibilidad de regulación a través de esta vía es para todo un sector de la actividad.

Si consideramos la participación económica en un sentido amplio, también podrían encuadrarse dentro de sus posibles manifestaciones la denominada «acción o previsión social en la empresa», pues los trabajadores consiguen ser beneficiarios de fondos de la empresa que han sido destinados a fines que pretenden la consideración personal de sus empleados, su motivación, y en última instancia, la consecución de la paz social [33].

---

[29] C.C. de Danone, S. A. (Resolución de 17 de enero de 2006 de la D.G.T.). Se incluye un Acuerdo de participación en beneficios muy regulado.

[30] Prieto Juárez, J. A., *op. cit.,* p. 153.

[31] Entre otros muchos, CC. Estatal de Artes Gráficas y sus Industrias Auxiliares, Manipulados de Papel y Cartón y Editoriales (Resolución de 13 de julio de 2004, de la D. G. de Trabajo), artículo 7.3.3; C.C. de la empresa Cadbury España, S. L. (Resolución de 27 de diciembre de 2004, de la D. G. de Trabajo), artículo 17.3.

[32] No está directamente relacionada con el trabajo desarrollado por los trabajadores, por tanto no produce resultado efectivo referido a implicar al trabajador en la productividad de la empresa.

[33] Esta forma de participación resulta ser de lo más variado, ya que bien pueden aparecer como mejoras voluntarias a las prestaciones de la seguridad social, la cobertura de planes de pensiones, la cobertura de seguros, como incentivos a situaciones personales de los trabajadores, préstamos, ayudas a guarderías, etc. *Vid.* entre otros muchos convenios de actividades que suelen desarrollar microempresas, C.C. de la empresa Cadbury España, S. L. (Resolución de 27 de diciembre de 2004, de la D. G. de Trabajo), artículos 22 a 28; CC. de la empresa Abal Transformados, S. L. (Resolución de 4 de septiem-

Pensamos que las Administraciones Públicas, mediante políticas locales de empleo, pueden fomentar la generación de estrategias para la penetración de la participación económica incluso en las empresas de pequeña dimensión, mediante la promoción de formas de economía social o mediante agrupaciones de empresas del mismo sector o actividad. De esta manera, se podría aprovechar la estructura territorial de la negociación colectiva y la de las Asociaciones empresariales de ámbito comarcal o provincial [34].

Por último, por lo que se refiere a la participación en la gestión, se debe conocer la existencia de algunas formas de participación que estarían ubicadas, no ya en la toma de decisiones, sino en el proceso de toma de decisiones [35]. Su objetivo es incentivar o involucrar a los trabajadores en el desempeño individual de su trabajo en la organización empresarial, a través de planes de calidad del trabajo para la obtención de una mayor productividad. En las PYMES y en especial en las microempresas, estos mecanismos («círculos de calidad» [36], «grupos de participación» [37], «grupos de trabajo autónomos» [38], «takes forces» [39]), son prácticamente inexistentes, por un lado, por el escaso número de trabajadores, que impiden una organización del trabajo en grupos eficaces (generalmente entre cinco y diez trabajadores); y por otro lado, porque en éstas se suele potenciar más el trabajo individual y la comunicación personal trabajador-empresario; además, la falta de mandos intermedios impide la operatividad de algunas de estas fórmulas. No obstante, podría pensarse en la posibilidad en determinadas empresas de fórmulas híbridas y simplificadas que, adaptadas al número reducido de trabajadores, permitiera un acercamiento de éstos al empresario, a través

---

bre de 2002, de la D. G. de Trabajo), artículo 12; CC. de Foro de Formación y Ediciones, S. L., Sociedad Unipersonal (Resolución de 14 de marzo de 2006, de la D.G.T.), artículos 30 a 35.

[34] Landa Zapirain, J. P.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en VV.AA.: *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. Bomarzo, 2004, p. 40.

[35] VV.AA.: *La participación de los trabajadores en la empresa*. Servicio Central de publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria, 1998, p. 35.

[36] Los círculos de calidad constituyen grupos de trabajadores que se reúnen periódicamente para analizar cuestiones comunes tales como el servicio, el producto, los costes..., etc.

[37] Los grupos de participación se diferencian de los anteriores porque están formados por trabajadores dirigidos o encabezados por un mando intermedio y sus subordinados inmediatos. Estos mandos guían al grupo y toman decisiones de su competencia pudiendo emitir opiniones con el objetivo de mejorar la comunicación en el grupo y con sus superiores.

[38] Son pequeños grupos estables dentro de la estructura organizativa que realizan tareas en relación con el producto y el cliente.

[39] Constituyen equipos de trabajo creados para resolver problemas concretos.

de la aportación de soluciones sobre la productividad, organización, mantenimiento, procedimientos, etc. En cualquier caso, su puesta en marcha depende de la instauración de cualquiera de estos mecanismos por parte del empresario, ya que muy pocas veces se incorporará este tipo de fórmulas al texto de un convenio colectivo.

¿Cómo se puede favorecer actualmente un avance en la participación en las empresas de reducida dimensión?

1. Resulta necesario promover el establecimiento de una cultura empresarial que perciba la participación como un valor positivo. De esta manera, la introducción de las nuevas tecnologías y la necesaria flexibilidad de la empresa, exigen una mejor preparación del empresario, no sólo en el ámbito económico, sino de la gestión, lo que contribuye a que se produzca un cambio generacional en el mundo empresarial que afectará en cierta medida a la manera de entender las relaciones con los trabajadores, permitiéndoles ser partícipes de un proyecto con intereses comunes.

2. La pequeña empresa debe encontrar sus espacios para desarrollar la participación de los trabajadores, buscando aquellas formas participativas que se adapten a la dinámica organizativa. En cualquiera de los aspectos que se pongan en práctica, se obtendrá una mayor implicación de los trabajadores y un mayor control sobre su trabajo, elementos hoy imprescindibles para que estas empresas puedan ser competitivas en el mercado, en constante transformación.

3. Debe utilizarse la cercanía de la relación entre trabajador y empresario en la microempresa para la implantación de formas adecuadas de participación. Esta cercanía favorece que el empresario tenga una concepción de sus trabajadores más humanizada: la confianza personal y profesional puede propiciar no sólo una participación en los resultados de la empresa, sino que puede extenderse a otras facetas, como la gestión, y la adopción de decisiones. Esta confianza recíproca debe ser alimentada continuamente a través del mantenimiento del nivel adecuado de transmisión de información y formación.

4. Los sindicatos deben tomar protagonismo en el marco de la negociación colectiva sobre la incentivación de mecanismos de participación de los trabajadores (directas e indirectas), ya que son éstos conocedores de los sectores en los que predominan las microempresas. Además, conforman el colectivo empresarial que genera más empleo, aunque la tasa de afiliación sea muy baja.

5. La intervención del Estado es especialmente necesaria para que la participación de los trabajadores sea efectiva en aquellos sectores de

actividad o en aquellas empresas que por su dimensión la participación representativa no cabe, y la fuerza sindical es muy débil. Las actuaciones podrían ir dirigidas en varias direcciones: actuación legislativa en la que se regule de manera flexible distintas formas de participación, respetando siempre los límites de la libertad de empresa y promoción de actividades encaminadas al intercambio de experiencias de participación entre estas empresas y a la difusión de una cultura participativa.

6. En cualquier caso, para que la participación se convierta en una realidad de satisfacción mutua, debe encontrarse un modelo de participación en cada empresa que permita la convivencia de distintas fórmulas participativas (directas y/o indirectas) no excluyentes. Sólo así, trabajadores, representantes, pequeños empresarios, serán concientes de que deben participar y de que están participando.

Comunicación a la Ponencia Temática III

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SISTEMAS RETRIBUTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA [*]

ANA MARÍA ROMERO BURILLO
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de Lleida

[*] Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación que lleva por título «Empresa, cambios organizativos y nuevas tecnologías» (SEJ 2004-07538/JURI) concedido en el marco de los programas nacionales del «Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2004-2007».

SUMARIO:

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.—II. FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA. 1. La participación en beneficios. 2. La participación en el capital de la empresa. 2.1. Reparto de acciones. 2.2. Entrega de obligaciones convertibles en acciones. 2.3. Planes de opciones sobre acciones.—III. EL TRATAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SISTEMAS RETRIBUTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Las fórmulas de participación retributiva de los trabajadores en la empresa han encontrado siempre una perfecta acogida en el marco de las relaciones de trabajo. No obstante, a nadie se le escapa que estas fórmulas retributivas han alcanzado un especial relieve a lo largo de la última década, lo cual se pone claramente de manifiesto en la atención que en los últimos años ha merecido esta materia tanto por parte de la doctrina [1] como por parte de la jurisprudencia [2].

---

[1] En este sentido, a lo largo de los últimos años son numerosas las aportaciones doctrinales que se han realizado sobre este tema. A modo simplemente de ejemplo se pueden citar, entre otras, AA.VV.: *Stock options. Tres perspectivas: Mercantil, Laboral y Fiscal*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Aspectos jurídico-laborales de las *stock options*», en *Aranzadi Social*, núm. 2/2002; CORDERO SAAVEDRA, L.: «Los sistemas retributivos variables como fórmulas de involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa», en *Relaciones Laborales*, núm. 5/2002; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y MARTÍN FLOREZ, L.: «La naturaleza salarial de las opciones sobre acciones *(stock options)* y la necesidad de considerar el período que están remunerando», en *Revista de Derecho Social*, núm. 16/2001; LANDA ZAPIRAIN, J. P. (Coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2004; LUJÁN ALCARAZ, J.: «La participación retributiva de los trabajadores en la empresa», en APARICIO TOVAR, J. (Coord.): *Estudios sobre el salario*. Ed. Bomarzo. Albacete, 2004; MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección y gobierno de empresas: el caso de las *stock options»*, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 214/2001; MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial. La incidencia sobre el salario de la reforma laboral*. Ed. Civitas. Madrid, 1996, y «Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57/2005; MOLINA NAVARRETE, C.: «La dimensión jurídico-laboral de los *employee stock options plans*», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 229/2002; PRADAS MONTILLA, R.: «Salario y técnicas de "incorporación" o de "fidelización" de los trabajadores», en *Documentación Laboral*, núm. 63/2000; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Implicaciones laborales de las *stock options»,* en *Actualidad Laboral*, núm. 4/2001; ROMERO BURILLO, A. M.: «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza salarial de las *stock options*», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 233-234/2002; SÁNCHEZ CALERO, F. e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, I. (Dirs.): *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*. Ed. Colex. Madrid, 2003.

[2] En el ámbito judicial la atención se centra básicamente en las implicaciones laborales que se derivan del lanzamiento de planes de opciones sobre acciones para los directivos

Junto a la importancia adquirida en los diferentes ámbitos especializados, tampoco hay que olvidar la trascendencia que a nivel mediático han alcanzado estos mecanismos de participación retributiva a partir, sobre todo, del momento en que la opinión pública se hace eco de las cuantiosas retribuciones pactadas a favor de altos directivos y administradores de la entonces ya empresa privada Telefónica, S. A., a través de la oferta del plan de opciones sobre acciones realizada por la empresa para dichos empleados y la polémica suscitada en torno a dicho sistema retributivo [3].

La mayor trascendencia o atención que reciben en estos momentos los sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa no es casual, las transformaciones económico-productivas y la innovación tecnológica están afectando a la configuración de las relaciones de trabajo, dando lugar a lo que se denomina «nueva era del capital humano», cuyo efecto principal es la implicación directa del trabajador en la actividad empresarial [4].

Las empresas son perfectamente conscientes de que de la misma manera que el perfil de trabajador ha evolucionado también han de evolucionar los aspectos laborales vinculados a la persona del trabajador. De esta forma, progresivamente se ha ido asumiendo la concepción del salario no como una mera contraprestación por el trabajo realizado, sino como un elemento laboral complejo que engloba una serie de variables adicionales que abarca tanto las características del trabajador como su esfera personal [5]. En este contexto las fórmulas de participación financiera de los trabajadores en la empresa pretenden responder principalmente a una doble finalidad: contar con un sistema de retribución más flexible e individualizado, acorde con el actual sistema de organización empresarial [6] y, por otro lado, contar con un mecanismo capaz de

---

y otros trabajadores por parte de las empresas. En este sentido, con la excepción de alguna sentencia puntual que podemos encontrar a principios de los años noventa, como es el caso de la STSJ de Madrid, de 10 de abril de 1992 (AS 2133), la proliferación de pronunciamientos judiciales sobre esta materia se produce a finales de los años noventa y sobre todo a partir del año 2000. En este sentido, encontramos, entre otras, STSJ de Galicia, de 24 de septiembre de 1999 (AS 3029); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 17 de marzo de 2000 (AS 3134); STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 15 de enero de 2001, y STSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2252). Estos pronunciamientos judiciales han de completarse necesariamente con los pronunciamientos del TS de 24 de octubre de 2001 (RJ 2362 y 2363) dictados en unificación de doctrina.

[3] Recordemos que, según los datos ofrecidos por la prensa, la cantidad a la que ascendían las opciones sobre acciones ofrecidas por la empresa Telefónica, S. A., era para un total aproximadamente de cien altos ejecutivos de la compañía de ochenta y un mil setecientos cincuenta millones de pesetas. *Vid. Cinco Días*, 28 de febrero de 2000, p. 6.

[4] Mercader Uguina, J. R.: «Modernas tendencias…», *op. cit.,* p. 193.

[5] Fernández Avilés, J. A.: *Configuración jurídica del salario*. Ed. Comares. Granada, 2001, p. 78.

[6] Melle Hernández, M.: «Incentivos a la dirección…», *op. cit.,* p. 170.

incrementar la motivación y fidelización de los trabajadores [7], apareciendo como un mecanismo alternativo a los instrumentos utilizados tradicionalmente con esta finalidad —como por ejemplo los pactos de permanencia—, los cuales han resultado ineficaces para alcanzar estas pretensiones. No se trata, por tanto, de una simple renovación o evolución de los tradicionales complementos salariales, sino que se va más allá. Este tipo de fórmulas retributivas se conciben como un instrumento de política social de la empresa [8], dirigido a sustituir los conflictos entre trabajadores y empresarios por un espíritu de cooperación [9], si bien se ha producido un cambio en la configuración de los vínculos de unión que deben existir entre el empresario y los trabajadores pasando de fórmulas tendentes a una integración ideológica de los trabajadores en la actividad productiva a fórmulas de integración económica en la misma [10].

De igual forma, estos mecanismos retributivos pueden resultar especialmente interesantes para los trabajadores no sólo porque a través de los mismos pueden ver valorada de una manera más satisfactoria la prestación laboral desarrollada en la empresa, sino porque algunas de estas fórmulas retributivas comportan una participación en el capital o en la propiedad de la empresa lo cual implica poder elevar el nivel de implicación/participación de los trabajadores en la empresa en la toma de decisiones de la misma e incluso alcanzar la cogestión empresarial [11].

Aunque la cogestión empresarial a través de fórmulas de participación financiera de los trabajadores tampoco es nueva [12] lo cierto es que no ha contado nunca con un excesivo apoyo ni por parte de la doctrina

---

[7] Moreno Gené, J.: «Són les *"stock options"* (opcions sobre accions) una nova modalitat de salari? A propòsit de la setència del Jutjat del Social, núm. 30 de Madrid, de 5 de juny de 2000», en *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Lleida*, núm. 17/2000, p. 9.

[8] García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación de ingresos o beneficios», en AA.VV.: *Estudios sobre el salario*. Ed. ACARL. Madrid, 1993, p. 496.

[9] Martínez Barroso, M. R.: «Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa», en *Temas Laborales*, núm. 6/2001, p. 36.

[10] *Vid.*, en este sentido, Cordero Saavedra, L.: «Los sistemas retributivos variables...», *op. cit.,* p. 12; González Labrada, M. y Vallejo D'Acosta, R.: «La participación en los beneficios y resultados de la empresa y la flexibilidad salarial», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*. Ed. Comares. Granada, 1996, pp. 317 a 321, y Mercader Uguina, J. R.: «Modernas tendencias…», *op. cit.,* p. 194.

[11] En este sentido se manifiesta Landa Zapirain, J. P.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de "gobernanza corporativa": ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en Landa Zapirain, J. P. (Coord.): *Nuevas formas de participación…*, *op. cit.,* p. 44.

[12] *Vid.*, en este sentido, Baylos Grau, A.: «Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles», en Aparicio, J. y Baylos, A.: *Autoridad y democracia en la empresa*. Ed. Trotta. Madrid, 1992, p. 157 y ss.

ni por parte del movimiento sindical [13]. Esta tendencia ha ido variando en las últimas décadas como consecuencia del cambio progresivo de las circunstancias que rodean y que influyen en el marco económico-laboral. En este sentido, la doctrina ha apuntado como razones que justifican este cambio de actitud principalmente: a) el surgimiento de un nuevo trabajador-tipo, con un mayor nivel cultural y de cualificación cuyas expectativas no se limitan exclusivamente a la jornada laboral y la retribución; b) el tipo de empresa emergente, caracterizada por constituir una institución dinámica, sometida a constante reestructuración, lo que conllevaría la necesidad de una permanente acción sindical en el seno de la misma; c) la tendencia existente a la concentración empresarial, lo que lleva irremediablemente al alejamiento de los centros de decisión, en especial en las empresas multinacionales; d) la moderación del conflicto social; y e) la consolidación de una situación de crisis de empleo, lo que lleva a que el trabajo se convierta en un recurso escaso [14].

A este cambio de actitud y al interés que en general parecen suscitar las diversas formas de participación económica de los trabajadores en la empresa también ha contribuido el marco normativo en el cual se desarrollan dichas fórmulas. A nivel estatal este apoyo normativo se encuentra claramente recogido en el artículo 129.2 CE, en el cual se realiza un claro mandato a los poderes públicos para que promuevan la participación de los trabajadores en la empresa al establecer que «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».

Los términos con los que se hace referencia en el texto constitucional a la participación de los trabajadores de la empresa recoge, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, la idea moderna de «democracia participativa», la cual desborda los límites de la participación en la vida política para alcanzar al ámbito socio-económico, que encuentra su fundamento jurídico en el artículo 1.1 y en el artículo 9.2 de la Constitución Española. De esta manera, el artículo 129.2 CE es una concreción más que encontramos en el texto constitucional del derecho que tienen los ciudadanos a poder participar tanto en el ámbito económico, social y cultural [15].

---

[13] *Vid.* Uriarte Torrealday, R.: *El artículo 129.2 de la Constitución. La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*. Ed. Comares. Granada, 2005, p. 8 y ss.

[14] Cruz Villalón, J.: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*. Ed. Trotta. Madrid, 1993, p. 17 y ss.

[15] *Vid.* Uriarte Torrealday, R.: «El artículo 129.2 de la Constitución…», *op. cit.,* pp. 5, 51 a 56.

En cuanto al contenido del artículo 129.2, aunque puede calificarse como muy amplio o generalista, lo cierto es que precisamente dicha generalidad abre todo un abanico de posibles realidades que no tienen porqué ser alternativas o excluyentes [16], lo cual tiene la ventaja de que permite adecuar en cada momento dichas fórmulas a las necesidades o los intereses de la empresa y de los trabajadores.

Esta cobertura normativa que a nivel estatal ofrece el artículo 129.2 CE se completa con el apoyo que desde hace ya algunos años están recibiendo las fórmulas participativas de los trabajadores en la empresa a nivel comunitario [17]. En este sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos es destacable la Recomendación 92/443/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) [18] en la que se apunta el fomento de la participación financiera de los trabajadores en las empresas como un medio para lograr una distribución más amplia de la riqueza de las empresas, además de generar otros efectos positivos, en particular en la motivación y la productividad de los trabajadores y en la competitividad de las empresas [19]. En este contexto la recomendación invita a los Estados miembros a reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida, a nivel individual o colectivo, de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los beneficios o resultados de la empresa, tales como la participación en beneficios, el accionariado o fórmulas mixtas [20].

A esta Recomendación le han seguido otros pronunciamientos emitidos por las diversas instancias comunitarias dirigidos a reforzar este planteamiento [21], al considerarse que estas fórmulas participativas pueden

---

[16] Rodríguez Sañudo, F.: «El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social», en Monereo Pérez, J. L. (Dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica española*. Ed. Comares. Granada, 2002, p. 700. En términos parecidos se expresa Prieto Juárez, J. A.: «Nuevas formas de participación de los trabajadores en las empresas desde la perspectiva española», en Landa Zapirain, J. P. (Coord.): *Nuevas formas de participación...*, *op. cit.,* p. 152.

[17] Un estudio reciente sobre este tema se encuentra en Terradillos Ormaetxea, E.: «Iniciativas comunitarias en las promoción de la participación (financiera y otras) en la empresa», en Landa Zapirain, J. P. (Coord.): *Nuevas formas de participación...*, *op. cit.,* p. 55 y ss.

[18] DOCE núm. L 245, de 26 de agosto de 1992. Esta Recomendación surge a partir del primer informe de la Comisión PEPPER I sobre el fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital) en los Estados miembros.

[19] *Vid.* Considerandos de la Recomendación 92/443/CEE.

[20] *Vid.* Punto 1 de la Recomendación 92/332/CEE.

[21] *Vid.*, entre otros, el segundo informe de la Comisión PEPPER II relativo al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa (incluida la participación en el captital de los Estados miembros, de 8 de febrero de 1997;

ser un medio idóneo para la consecución de uno de los objetivos marcados en la Cumbre de Lisboa, que no es otro que conseguir que la Unión Europea se convierta en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleo y con mayor cohesión social»[22]. La última referencia que encontramos en esta línea es la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores de 5 de junio de 2003, que apuesta por las propuestas planteadas por la Comisión —sensibilización e información sobre las ventajas de la participación financiera de los trabajadores, la intensificación del intercambio de información y experiencias; identificación de las buenas prácticas; reducción de los obstáculos transnacionales, establecimiento de las pautas generales que deben informar estas fórmulas participativas, etc.

Teniendo en cuenta todo lo dicho hasta ahora nos parece interesante realizar un análisis de cuál es en estos momentos el grado de implantación que tienen las fórmulas retributivas en la práctica empresarial española, para ello, teniendo en cuenta que el análisis se centra en el ámbito retributivo y cuál es el procedimiento ordinario seguido para la determinación de la contraprestación económica de los trabajadores en nuestro sistema de relaciones de trabajo, dicho trabajo se aborda a través del análisis de la negociación colectiva. Ahora bien, el análisis de cualquier materia requiere de una previa identificación y concreción de la misma y, por ello, previamente al análisis del tratamiento que realiza la negociación colectiva de las fórmulas retributivas de participación de los trabajadores en la empresa nos detendremos a realizar un breve estudio de la configuración teórica de los diferentes mecanismos retributivos que pueden utilizarse como fórmulas de participación de los trabajadores en la empresa para de esa forma conocer cuál es verdaderamente la traslación que en la práctica negocial se realiza de los mismos.

---

la Resolución del Parlamento, de 15 de enero de 1998, sobre el segundo informe de la Comisión PEPPER II; el Dictamen del Comité Económico y Social, de 26 de febrero de 2003, o los trabajos «Employee share ownership and profit sharign in the European Unión» y «Recent trends in employee finacial participation in the European Unión» de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo y Comunicación de la Comisión, de 5 de julio de 2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores. COM (2002) 364 final.

[22] *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 5 de julio de 2002, relativa a un marco para la participación financiera de los trabajadores. COM (2002) 364 final.

II. FÓRMULAS RETRIBUTIVAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

1. La participación en beneficios

Dentro de la modalidad retributiva conocida como participación en beneficios de la empresa quedan englobadas una serie de modalidades retributivas en donde la retribución del trabajo no se predetermina en una cuantía fija, sino que se establece en cada momento en función de los beneficios empresariales obtenidos y en cuya distribución participan, así, los propios trabajadores [23]. Estamos, por tanto, ante un sistema de retribución variable, ya que se toma como referencia para la determinación de la cuantía a pagar a los trabajadores los beneficios obtenidos en cada momento por parte de la empresa.

La participación en los beneficios en la empresa tiene una larga tradición en nuestro sistema de relaciones de trabajo, como se pone de relieve en la referencia contenida en el artículo 26 del Fuero de los Españoles, que reconocía el derecho de los trabajadores «a participar en los beneficios» de la empresa y que tuvo su desarrollo en las correspondientes Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo. Pasado el tiempo, una nueva referencia a esta materia la encontraremos en el artículo 5.d) del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario donde la participación en beneficios queda englobada junto con las gratificaciones extraordinarias entre las percepciones salariales de vencimiento superior al mes. Más recientemente, encontraremos de nuevo una referencia a esta modalidad retributiva en el actual artículo 26.3 ET, al identificarse como uno de los complementos salariales que puede incorporarse a la retribución del trabajador bajo el criterio de la «situación o resultados de la empresa». No obstante el perfecto acomodo que ha encontrado siempre la participación de beneficios dentro de la normativa laboral española, el tratamiento del mismo ha ido variado a lo largo de los años, lo cual en ocasiones ha comportado la desnaturalización de esta fórmula retributiva llevándola a configurarse como una partida fija más dentro del conjunto de retribuciones del trabajador [24], sin embargo, un elemento que siempre se ha mantenido ha sido su carácter facultativo, ya que nunca se ha previsto su inclusión con carácter imperativo por ley sino que se recoge como sistema de retribución si así se pacta individual, colectivamente o bien se otorga discrecionalmente por el empleador a los trabajadores [25].

---

[23] *Vid.* García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación…», *op. cit.,* p. 505.

[24] Una valoración sobre el tratamiento que realizan las diversas normas laborales del sistema retributivo de participación en beneficios se encuentra, entre otros, en Luján Alcaraz, J.: «La participación retributiva…», *op. cit.,* p. 60 y ss., y Prieto Juárez, J. A.: «Nuevas formas de participación…», *op. cit.,* pp. 159 y 260.

[25] García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación…», *op. cit.,* p. 505.

Por lo que hace referencia a las modalidades en que se puede concretar la participación de beneficios, la doctrina distingue básicamente dos tipos: por un lado, se encuentra el sistema que establece una relación directa entre la retribución del trabajador y su participación en las mejoras de productividad colectiva *(gain sharing)* y, por otro lado, el de participación en los beneficios propiamente dichos *(profit sharing),* es decir, la distribución de un porcentaje del beneficio empresarial entre los empleados de la compañía. Aunque las dos modalidades tienen importantes coincidencias, como por otra parte resulta lógico, existen algunos elementos que las diferencian, en este sentido cabe señalar que la participación en mejoras de la productividad *(gain sharing)* constituye un sistema de participación en el que se determina una bolsa o compensación grupal basada en los ahorros obtenidos por la empresa con las mejoras de productividad alcanzadas respecto a unos estándares de referencia previamente acordados, mientras que la segunda modalidad *(profit sharing),* la bonificación a percibir por el trabajador depende proporcionalmente de los beneficios obtenidos por la empresa en cada período, siendo independiente su cálculo de un estándar previamente fijado; asimismo, mientras los *gain sharing* tienen una periodificación mensual, trimestral, etc…, los *profit sharing* se abonan normalmente una vez al año y, finalmente, la cuantía a abonar en el caso de los *gain sharing* se realiza sobre la base del salario fijo del trabajador, sin embargo en la participación de beneficios propiamente dicha *(profit sharing)* la cantidad a abonar normalmente es independiente del mismo [26].

En cuanto al grado de implicación o participación que alcanzan los trabajadores en la empresa a través de estos sistemas retributivos, hay que señalar que en ningún caso suponen una participación en la gestión empresarial, se quedan en la simple participación en el reparto de unos beneficios económicos obtenidos por la empresa. Estas fórmulas van encaminadas a la dinamización del potencial humano disponible creando motivaciones positivas que orienten el esfuerzo de los empleados hacia la consecución de los objetivos de la organización, a la vez que se pretende flexibilizar los costes salariales, vinculando una parte de éstos a los resultados empresariales [27].

---

[26] *Vid.* Mercader Uguina, J. R. y Martín Jiménez, R.: «Retribución variable y gestión del rendimiento», en Escudero Rodríguez, R. (Coord.): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 401.

[27] Osorio, M.; Tovar, P. y Fornieles, A.: «Gain Sharing: Cómo generar y estimular la participación y el compromiso de los empleados mediante política retributiva», en *Capital Humano*, núm. 98/1997, p. 47, citados por Mercader Uguina, J. R. y Martín Jiménez, R.: «Retribución variable…», *op. cit.,* p. 401.

2. La participación en el capital de la empresa

Otra fórmula de participación retributiva de los trabajadores en la empresa que se postula actualmente como una alternativa a la participación de beneficios es la participación en el capital de la empresa. De todas formas hay que advertir que no estamos ante una fórmula novedosa. El origen de alguna de sus modalidades se puede situar en Estados Unidos en los años cincuenta, pero tal y como ya hemos apuntado en la presentación de este trabajo ha tenido un relanzamiento a partir de su utilización por empresas tan relevantes como Telefónica, así como también por el debate doctrinal generado en torno a la determinación de la naturaleza salarial o extrasalarial de los planes de opciones sobre acciones.

En relación a estos sistemas retributivos de participación cabe realizar dos apreciaciones generales, la primera es que en relación a la participación en beneficios el grado de participación de los trabajadores se incrementa, aunque sea únicamente de forma teórica, ya que en este caso no se trata sólo de que el trabajador participe de las ventajas económicas que se pueden derivar de la marcha de la empresa, concretada a través de las acciones de la empresa, sino que además dichas acciones le permiten incorporarse como «propietario» de la empresa y, en consecuencia, tener la posibilidad de poder incidir en la toma de decisiones. La segunda apreciación está relacionada con la compatibilidad de dichas fórmulas retributivas con la naturaleza jurídica que identifica a la relación de trabajo y, concretamente, su compatibilidad de la condición de propietario del trabajador con el presupuesto sustantivo de la ajenidad. Esta cuestión ya ha sido resuelta hace tiempo al considerarse que esta forma de remuneración es compatible con las exigencias causales del contrato, a condición de que el trabajador tenga garantizado un mínimo de retribución que le haga inmune a los riesgos de la empresa [28].

2.1. Reparto de acciones

Este sistema de participación en el capital de la empresa se concreta en la tenencia por parte de la empresa, en este caso sociedad, de una parte de sus acciones, ya sea porque las tiene en autocartera, porque las adquiere en el mercado bursátil o porque realiza una ampliación de capital y la distribución posterior entre sus trabajadores en los términos y condiciones establecidos en el correspondiente Plan [29].

---

[28] *Vid.*, entre otros, en este sentido, García Ortega, J.: «El salario en régimen de participación…», *op. cit.,* pp. 508 y 509; Luján Alcaraz, J.: «La participación retributiva…», *op. cit.,* p. 61, y Mercader Uguina, J. R.: «Modernas tendencias…», *op. cit.,* pp. 196 y 197 y nota 574.

[29] Luján Alcaraz, J.: «La participación retributiva…», *op. cit.,* p. 64.

Esta fórmula de retribución de los trabajadores puede resultar interesante para las empresas, dados sus efectos incentivadores, ya que en la medida en que los trabajadores se convierten en dueños, los mismos se ligan más estrechamente a los intereses de la compañía, e igualmente se producen importantes mejoras en la prestación individual del trabajador. No obstante, este sistema retributivo también genera ciertas reticencias a nivel ideológico o simplemente basadas en la diferenciación de papeles y responsabilidades, aunque también existen razones de carácter práctico como es la real incidencia que pueden tener los trabajadores en la empresa teniendo en cuenta el porcentaje de acciones que pueden tener en relación al total de la empresa, la relativa incidencia que puede tener el esfuerzo del trabajador sobre el valor de las acciones y el incremento del riesgo que supone para el trabajador ya que al incorporarse como accionista no sólo arriesga su capital humano, sino también su capital financiero [30].

2.2. Entrega de obligaciones convertibles en acciones

Otra fórmula de facilitar el vínculo de los trabajadores al capital se encuentra a medio camino entre la entrega directa de acciones y la previsión de planes de opciones sobre acciones y es la entrega de obligaciones o bonos convertibles en acciones. En este caso la empresa, de acuerdo con el plan correspondiente, adjudica a sus trabajadores obligaciones emitidas por la propia sociedad que posteriormente se transforman en acciones. De esta forma el trabajador se convierte en un primer momento en obligacionista y, por tanto, acreedor de los intereses de su inversión, para en un momento posterior llegar a convertirse en accionista.

Este sistema tiene importantes ventajas para las empresas, ya que le permite obtener créditos a un tipo de interés ventajoso y evita, temporalmente, aumentar el capital, reservándose el derecho a amortizar sus obligaciones en cualquier momento en las condiciones que hayan sido fijadas.

2.3. Los planes de opciones sobre acciones

Aunque los planes de opciones sobre acciones, también conocidos como *«stock options»* o simplemente como opciones sobre acciones, es una fórmula retributiva de reciente incorporación en España —al menos desde un punto de vista normativo—, en realidad nos encon-

---

[30] Mercader Uguina, J. R.: «Modernas tendencias…», *op. cit.,* pp. 212 y 213.

tramos ante un sistema de retribución que encuentra su origen en los países anglosajones a partir de los años cincuenta [31].

Las opciones sobre acciones han sido definidas por el Tribunal Supremo como «un derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho» [32].

No obstante, y tal y como ya advierte el propio Tribunal Supremo, la definición ofrecida, si bien puede servir para identificar en la mayoría de los casos a las *«stock options»,* entiende que no es posible realizar un tratamiento jurídico único e indiferenciado para la gran diversidad de situaciones y tramado de derechos y obligaciones que pueden surgir entre las partes con motivo de la suscripción de tales planes. En este sentido, hay que señalar que dentro de las llamadas opciones sobre acciones, un sector de la doctrina distingue hasta tres tipos diferentes de planes [33]. Por un lado encontramos los llamados «planes de opciones sobre acciones en un sentido estricto», en los cuales se realiza un otorgamiento a los beneficiarios de una opción sobre un paquete de acciones ya emitidas de la sociedad, que habrá de ejercutarse dentro de un plazo determinado durante el cual deberán seguir prestando sus servicios a la sociedad y al precio de cotización de acciones preestablecido en el momento de otorgamiento de la opción [34], por otro lado, otro tipo lo componen los «planes de opción de suscripción de acciones», los cuales se diferencian de los anteriores por el hecho de que el derecho de opción se constituye sobre acciones que aún no han sido emitidas por la empresa que las ofrece [35]. Finalmente, encontramos las *«stock options»* que son conocidas como acciones fantasma o, en términos anglosajones *«phantom stock»* o *«stock appreciation rights»* [36],

---

[31] Para un estudio sobre la implantación y desarrollo de las *«stock options», vid.* MELLA HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.,* p. 179 y ss.

[32] STS de 24 de octubre de 2001. Fundamento de Derecho Tercero.

[33] En relación a este tema seguimos la clasificación ofrecida por MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica de las *stock options* desde la perspectiva laboral y de la Seguridad Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 29/20001, p. 134.

[34] Definición ofrecida por TUSQUETS TRÍAS DE BES, F.: *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital.* Ed. Civitas. Madrid, 1998, p. 261, citado por MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.,* p. 134, nota 7.

[35] MORADILLO LARIOS, C.: «La naturaleza jurídica...», *op. cit.,* p. 135.

[36] Para MELLE HERNÁNDEZ, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.,* p. 178, las acciones fantasma y los derechos vinculados a la cotización de las acciones no quedarían

que consisten en la fijación de la remuneración de los empleados en función del incremento de valor de las acciones de la sociedad en la que participan como trabajadores, normalmente como directivos, sin que ello suponga otorgar ningún derecho sobre tales acciones [37].

Si ponemos en relación la definición que sobre opciones sobre acciones nos ofrece el TS con la tipología que acabamos de señalar, las referencias que se realicen en adelante, aunque en algunos casos puedan encajar en cualquier tipo de *«stock options»,* ha de entenderse realizada a la modalidad de planes de opciones sobre acciones en sentido estricto y a los planes de suscripción de acciones.

La compleja estructura de los planes de opciones sobre acciones nos lleva a plantear cuáles pueden ser las razones que motivan la utilización y la cada vez mayor difusión de un sistema retributivo de estas características en detrimento de otras fórmulas más sencillas y menos confusas. En este sentido hay que tener presente por un lado el tipo de empresas que normalmente utilizan este tipo de fórmulas, que no son otras que las empresas relacionadas con las nuevas tecnologías [38]. Este dato no debe sorprendernos, dado que en la medida en que se trata de empresas que en sí mismas son innovadoras, lo cual les llevan a formar parte de ese grupo de empresas de la llamada nueva economía —introducen nuevas formas organizativas, nuevos sistemas productivos, nuevos productos de consumo, etc.—, de igual manera esa innovación también intentan trasladarla a la hora de fijar los parámetros que han de servir para fijar la retribución de los trabajadores, buscando instrumentos retributivos que permitan satisfacer y adecuarse en la mayor medida posible a las necesidades individuales de los trabajadores. Por otro lado, no debemos olvidar que, a pesar de que en los últimos años se ha producido una cierta «democratización» de los programas de opciones sobre acciones [39], se trata de una fórmula retributiva que originariamente estaba pensada para las personas que ocupan puestos de dirección en las empresas con la finalidad de buscar una mayor identidad entre los incentivos salariales y la actividad desarrollada por este colectivo de trabajadores.

---

incluidas dentro de la modalidad de planes de opciones sobre acciones, sino que se tratarían, cada uno de ellos por separado, de otros sistemas diferentes de incentivo de los trabajadores, junto con los bonus multianuales, el préstamo para la compra de acciones o los planes de pensiones.

[37] *Ibíd.*

[38] *Vid.*, por ejemplo, Mella Hernández, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.,* p. 179 y ss.

[39] En España, la primera empresa en ofrecer opciones sobre acciones al conjunto de los trabajadores fue «Telepizza», ejemplo que más tarde seguirán empresas como BBVA y Telefónica y sus filiales «TPI» y «Terra». *Vid.* Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.,* p. 59.

Asimismo, estos planes de opciones sobre acciones se presentan como un instrumento idóneo para la fidelización de los trabajadores [40], así como también una alternativa al blindaje de los contratos [41].

Finalmente, los programas de opciones sobre acciones facilita el establecimiento de objetivos de medio y largo plazo, a diferencia de otros sistemas de retribución basados en la participación en beneficios que normalmente tienen una duración anual o bianual, lo cual es especialmente ventajoso para la toma de decisiones y en relación al posicionamiento y rentabilidad de la empresa [42].

Pero junto con todas estas ventajas que acompañan a la implantación de un sistema de retribución variable como las *«stock options»,* también es posible detectar importantes inconvenientes que no han de ser despreciados a la hora de decidir la incorporación de esta fórmula retributiva al cálculo del salario de los trabajadores. A este respecto se puede señalar que la implantación de programas de opciones sobre acciones no siempre puede cumplir los objetivos pretendidos por las empresas, ya que no debemos olvidar que el elemento que determina el valor de las acciones es el mercado bursátil, el cual es muy sensible a ciertos acontecimientos que escapan de las buenas prácticas de los trabajadores [43], por lo que sólo en un mercado bursátil estable se pueden alcanzar los objetivos marcados por las empresas al fijar este tipo de retribución.

Otro inconveniente que han de tener en cuenta las empresas es la dificultad que existe para realizar una valoración económica de su coste puesto que no debemos olvidar que el precio de las acciones se fija en función de la fluctuación del mercado busátil [44]. Asimismo, no siempre se alcanza el objetivo de fidelizar a los trabajadores de las empresas, ya que para ello es necesario, por un lado, que se den las condiciones de mercado perfecto, es decir, que no haya información privilegiada, una elevada liquidez, etc., y por otro lado, la estructura de los planes de opciones sobre acciones deberían incorporar un elemento de minusvalía

---

[40] En este sentido, Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.,* p. 59, nos ofrece el dato correspondiente a la empresa Microsoft que llevó a cabo un significativo aumento del salario de sus 30.000 empleados y una mejora de sus planes de *stock options* como respuesta a las numerosas dimisiones de sus cuadros dirigentes, que abandonaban la compañía para buscar mejor fortuna en las jóvenes *start-ups* especializadas en el comercio electrónico, con la finalidad de retener a los mejores empleados, lo cual es sumamente rentable para las empresas, dado que un alto índice de rotación constituye un enorme coste económico para las mismas.

[41] Melle Hernández, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.,* p. 171.

[42] *Ibíd.,* p. 172.

[43] Opinión compartida por todos los autores. *Vid.*, por todos, Pérez de los Cobos Orihuel, F.: «Implicaciones laborales...», *op. cit.,* p. 59.

[44] Melle Hernández, M.: «Incentivos a la dirección...», *op. cit.,* p. 176.

para el trabajador que no se contempla, ya que el resultado de estos planes o llevan a un beneficio para el contratante o no se ejercita el derecho de opción. Además, en algunas ocasiones, los trabajadores pueden estar más interesados en que la compañía sea objeto de una OPA que les permita ejercitar sus opciones, que en mejorar sus actuaciones y esfuerzo en la gestión de la empresa [45].

III. EL TRATAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS SISTEMAS RETRIBUTIVOS DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Una vez identificadas las principales fórmulas retributivas de participación de los trabajadores en la empresa nos corresponde conocer cuál es el alcance real que dichas fórmulas tienen en estos momentos en el marco de las relaciones de trabajo, para lo cual hemos realizado un estudio general del tratamiento que reciben dichos sistemas retributivos en la negociación colectiva.

A este respecto debemos realizar una primera apreciación, que desde nuestro punto de vista no es nada despreciable, que es que la incorporación de mecanismos retributivos de participación de los trabajadores no se ha planteado como un tema prioritario en nuestra negociación colectiva más reciente. En este sentido, en los últimos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva se hace una breve mención a la idoneidad de la negociación colectiva para establecer la definición y criterios de una estructura salarial, refiriéndose entre otros a los criterios vinculados con los resultados en la empresa, pero sin realizar mayor concreción sobre el tema [46].

Por lo que respecta a la valoración que cabe realizar del tratamiento que realiza la negociación colectiva de los sistemas retributivos de participación de los trabajadores en la empresa cabe señalar que existe una enorme desproporción en cuanto a la atención que merecen algunas modalidades de retribución respecto a otras. Concretamente la participación en beneficios cuenta con una importante implantación respecto a lo

---

[45] *Ibíd.,* pp. 174 a 176.

[46] *Vid.* Capítulo IV del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002, firmado por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO el 20 de diciembre de 2001 (BOE de 17 de enero de 2002), Capítulo VI del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003, firmado por los mismos agentes sociales el 30 de enero de 2003 (BOE de 24 de febrero de 2003), acuerdo que fue prorrogado para el año 2004 (BOE de 31 de diciembre), Capítulo IV del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005, firmado el 4 de marzo de 2005 (BOE de 16 de marzo de 2005), acuerdo que ha sido prorrogado para el año 2006, firmado el 26 de enero de 2006 (BOE de 10 de febrero de 2006).

que son los sistemas de participación de los trabajadores en el capital de la empresa.

Efectivamente, no resulta en absoluto excepcional encontrar la previsión de sistemas de participación en beneficios en el marco de los actuales convenios colectivos [47]. Bajo la denominación de «participación en beneficios», «paga de beneficios», «paga de resultados» o términos parecidos encontramos numerosos ejemplos de complementos salariales que se otorgan con la «voluntad de conjugar los resultados económicos de la empresa y los devengos reales de los trabajadores, los cuales deben justamente beneficiarse de la situación cuando esta última resulte favorable» [48]. Ahora bien, aunque es cierto que encontramos de forma habitual este tipo de retribución, sea la negociación del ámbito que sea, lo cierto es que cuando se pasa a analizar el régimen jurídico de la participación de beneficios en la empresa en la mayoría de los casos la configuración teórica de esta fórmula retributiva no coincide con la prevista en los convenios colectivos.

La desnaturalización de la participación de beneficios no es algo nuevo y de hecho en los actuales convenios colectivos se recoge la ya larga tradición inaugurada con las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo. En este sentido resulta habitual encontrar convenios en los que la participación de beneficios se concreta como una paga extraordinaria más a percibir por los trabajadores [49].

A partir de dicha configuración, es decir, como una paga extra más, es posible, sin embargo, identificar diferentes sistemas de concreción de dicha paga que de alguna manera reproducen elementos que correspon-

---

[47] En este sentido, en el estudio realizado, aunque sin poder ser calificado como exhaustivo, entre los años 2004, 2005 y parte del año 2006, se han identificado un total de 400 convenios colectivos que recogen alguna cláusula referida a la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa.

[48] *Vid.* Preámbulo del Anexo I titulado «Participación en beneficios» del Convenio Colectivo de «Ondeo-Degremont, S. A.». Resolución de 25 de marzo de 2002 (BOE de 16 de abril de 2002).

[49] A modo de ejemplo, *vid.* artículo 42 del Convenio Colectivo de empresas de captación, elevación y distribución de aguas potables y residuales de Extremadura. Resolución de 24 de febrero de 2006 (BO de Extremadura de 18 de marzo de 2006), que fija la participación de beneficios en un 15% del Salario Base, más antigüedad consolidada del trabajador; artículo 71 del Convenio Colectivo de las empresas de seguridad 2005-2008. Resolución de 18 de mayo de 2005 (BOE de 10 de junio de 2005), en el cual se fija la participación de beneficios en una mensualidad completa, más la antigüedad y la parte proporcional del plus de peligrosidad; artículo 11.10 del Convenio Colectivo estatal de Pastas, Papel y Cartón para los años 2004, 2005 y 2006. Resolución de 20 de octubre de 2004 (BOE de 10 de noviembre de 2004) que fija una paga consistente en una cuantía fija según lo establecido en el Anexo III del convenio; artículo 40 del IV Convenio Colectivo de la empresa Repsol Petróleo, S. A. Resolución de 22 de septiembre de 2003 (BOE de 7 de octubre de 2003) que fija que la compensación por beneficios será del 1,4 del sueldo base mensual.

den a la configuración teórica de un verdadero sistema de participación de beneficios. En este sentido, es habitual encontrar convenios en los que en lugar de fijar una cantidad concreta se utiliza una referencia porcentual que se aplica sobre diferentes percepciones fijas mensuales que recibe el trabajador [50] y también son muchos lo convenios que fijan en un único momento el pago de la paga de beneficios y normalmente el pago se realiza a finales de año o a principios del año siguiente [51]. Junto con dichos ejemplos, no obstante, encontramos otros muchos en los que se manifiesta claramente la configuración de la paga o la participación en beneficios como una paga extraordinaria más, ya sea por su configuración en el convenio o porque directamente se califica como una retribución más independientemente de los resultados obtenidos por la empresa [52].

Junto con la configuración de la participación de beneficios en la empresa como una paga extraordinaria también encontramos, si bien no

---

[50] A título de ejemplo cabe señalar el artículo 71 del Convenio Colectivo General para la Industria Textil y de la Confección. Resolución de 8 de agosto de 2005 (BOE de 31 de agosto de 2005) que fija como cuantía de la participación en beneficios en un 6% del salario para la actividad normal, incrementado con el premio de antigüedad; el artículo 15 del Convenio Colectivo de la Industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Resolución de 2 de agosto de 2005 (BOE de 18 de agosto de 2005), que fija un porcentaje del 10% sobre el salario base, complemento específico y gratificaciones extras de junio y diciembre de todo el año, o el artículo 7 del Convenio Colectivo estatal de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares. Resolución de 13 de julio de 2004 (BOE de 31 de agosto de 2004) que fija la participación en beneficios en un 8% del salario.

[51] Por ejemplo en el artículo 20 del Convenio Colectivo estatal de las Empresas de frío industrial. Resolución de 24 de noviembre de 2004 (BOE de 28 de diciembre de 2004), se establece que el devengo de la paga se realizará en un único pago durante el primer cuatrimestre del año siguiente; el artículo 71 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad 2005-2008. Resolución de 18 de mayo de 2005 (BOE de 10 de junio de 2005) también se habla de una única paga a percibir entre el 13 y 15 de marzo del año siguiente o en el artículo 3.1 del IX Convenio Colectivo de las empresas Ediciones Primera Plan, S. A., Gráficas de Prensa Diaria, S. A., Zeta Servicios y Equipos, S. A., Logística de Medios de Catalunya, S. L., Zeta Gestión de Medios, S. A. y Grupo Zeta, S. A., Centros de Trabajo de Barcelona (BOE de 12 de abril de 2003) se señala que la paga de beneficios se hará efectiva dentro del primer trimestre del año.

[52] En este caso, un ejemplo muy gráfico se encuentra en el artículo 16 del XXI Convenio Colectivo de la empresa Repsol Butano (BOE de 12 de abril de 2004), el cual señala textualmente que «la participación en beneficios del personal quedará establecida, cualquiera que sean los resultados de la empresa, en forma invariable, en el 10 por 100 sobre los emolumentos anuales», citado en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir): *El contenido económico de la negociación colectiva*. Ed. MTAS. Madrid, 2005, p. 160. *Vid.* también, el artículo 32 del Convenio Colectivo para Farmacias, años 2003 a 2006. Resolución de 16 de junio de 2004 (BOE de 5 de julio de 2004); el artículo 34 del II Convenio Colectivo del sector de Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus prefabricados. Resolución de 25 de septiembre de 2003 (BOE de 24 de noviembre de 2003), o el artículo 30 del Convenio Colectivo de la Industria Azucarera 2033-2006. Resolución de 11 de septiembre de 2003 (BOE de 26 de septiembre de 2003).

con tanta asiduidad, otras configuraciones erróneas en los convenios colectivos de este tipo de retribución. En este sentido, la paga de beneficios en ocasiones se configura como un complemento de productividad, de manera que la cuantía a percibir por el trabajador no está vinculada a los resultados globales o beneficios anuales obtenidos por la empresa sino al volumen de beneficios obtenidos por el trabajador [53] e incluso en algún convenio la paga de beneficios más que una paga extraordinaria aparece como un complemento de asistencia al trabajo [54].

No obstante todo lo apuntado con anterioridad, debemos señalar que a pesar de que la mayoría de convenios no recogen de forma adecuada la participación en beneficios existen algunos convenios, sobre todo a nivel de empresa, que incorpora verdaderas fórmulas retributivas de participación en beneficios de la empresa, los cuales generalmente reproducen el esquema de los llamados *profit sharing,* es decir, la modalidad de participación en beneficios en sentido estricto. Un ejemplo muy significativo de este tipo de convenios es el Convenio Colectivo de «Ondeo-Degremont, S. A.» que incorpora todo un Anexo para la regulación de la participación en beneficios, en donde se regula de forma pormenorizada los beneficiarios de dicha retribución, el sistema de cálculo de la base de participación en beneficios, el sistema de reparto e incluso se le asigna a la comisión mixta del convenio la función del seguimiento de la aplicación del acuerdo [55].

---

[53] En este sentido, encontramos, por ejemplo, que en el artículo 39 del Convenio Colectivo de ámbito estatal para las Entidades de Seguros y Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo. Resolución de 2 de marzo de 2001 (BOE de 21 de marzo de 2001), se establece que «en concepto de paga de beneficios los corredores de reaseguros abonarán una paga completa cuando el montante de corretaje no exceda de 12.000.000 de ptas., una paga y media cuando el montante se encuentre entre 12.000.000 y 15.000.000 de ptas., y de dos mensualidades si se superan los 15.000.000 de ptas.

[54] *Vid.*, en este sentido, el artículo 5 del Convenio Colectivo del sector del Comercio de Materiales de Construcción para Cantabria. Resolución de 26 de julio de 2004 (BOE de 26 de agosto de 2004) en el que se establece que la paga de beneficios consistirá en una paga de 30 días de salario base, plus de convenio y antigüedad que se abonará de forma proporcional a los días trabajados durante el año.

[55] *Vid.* Anexo I. Convenio Colectivo de «Ondeo-Degremont, S. A.». Resolución de 25 de marzo de 2002 (BOE de 16 de abril de 2002). Otros ejemplos de convenios donde también se recoge verdaderamente una paga de beneficios es en el Convenio Colectivo de la empresa «Danone, S. A.». Resolución de 17 de enero de 2006 (BOE de 6 de febrero de 2006) que prevé un acuerdo de participación en beneficios; en el Convenio Colectivo de Bancos Privados. Resolución de 13 de julio de 2005 (BOE de 2 de agosto de 2005), artículos 12 y 18; en el Convenio Colectivo de la Empresa Saint-Gobain Vicasa, S. A. (BOE de 25 de agosto de 2005), artículo 38; en el Convenio Colectivo de la empresa Aguas de Lanjarón (BOE de 20 de abril de 2004; en el IX Convenio Colectivo de «Iberia, LAE, S. A.» con oficiales técnicos de a bordo. Resolución de 20 de diciembre de 2001 (BOE de 16 de enero de 2002), Disposición Transitoria Cuarta; en el Convenio Colectivo de la Caixa de Catalunya 2003-2006, artículo 50. *Vid.* www.ccoo-caixacatalunya.com; en el Convenio Colectivo de la empresa Telefónica España, SAU. Resolución de 31 de julio

Por lo que hace referencia a las fórmulas de participación en el capital de las empresas, del estudio realizado sobre la negociación colectiva más reciente se puede concluir que no resulta habitual la incorporación de la regulación de ninguna de las modalidades de participación en el capital de la empresa. Las empresas, cuando optan por la utilización de estos mecanismos de retribución participativa utilizan los cauces de los órganos directivos o de representación de las empresas —Consejo de Administración, Junta General de Accionistas…— para su adopción, lo cual tampoco resulta nada sorprendente ya que esta fórmula retributiva ha ido dirigida y sigue dirigiéndose principalmente a los altos directivos. No obstante, siempre existen excepciones a esta vía, como ocurre en el caso de la empresa Oerlikon Soldadura, S. A., que regula la «Stock Options Air Liquide» [56].

Este dato, sin embargo, no obsta para que realicemos alguna valoración sobre el grado de implantación que en general tienen las fórmulas de participación de los trabajadores en el capital de la empresa y, en este sentido, se puede concluir que la modalidad que más aceptación o que se utiliza en mayor medida es la correspondiente a los planes de opciones sobre acciones.

Entre los años 1998 a 2003 se otorgaron un total de 87 planes de opciones sobre acciones [57], los cuales, en muchos casos se han completado con nuevos lanzamientos de planes [58]. Asimismo, la puesta en marcha de planes realizados en un primer momento por algunas empresas también ha servido de incentivo para que otras empresas hayan puesto en marcha también planes de opciones sobre acciones [59].

En cuanto a la forma en que se organizan dichos planes de opciones sobre acciones, a pesar de la difusión mediática que se ha realizado de

---

de 2003 (BOE de 16 de octubre de 2003), artículo 3; en el Convenio Colectivo de «Ence, S. A.» y sus centros de Madrid y del Centro de Investigación Tecnológico de Pontevedra. Resolución de 18 de febrero de 2002 (BOE de 11 de abril de 2002); o en el Convenio Colectivo para Degremont Medio Ambiente (BOE de 30 de enero de 2001), Anexo.

[56] BOE de 7 de agosto de 2002; Convenio citado en MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.): «El contenido económico…», *op. cit.*, p. 170.

[57] Así se refleja en el estudio realizado por MELLE HERNÁNDEZ, M.: «¿Cómo valora el mercado de valores español la adopción de planes de opciones sobre acciones para directivos y consejeros?», en *Investigaciones Económicas*, vol. XXIX (1), 2005, p. 103.

[58] Este es, por ejemplo, el caso de la empresa INDITEX, que ha anunciado la puesta en marcha de un tercer plan de opciones para 200 directivos, después de los resultados obtenidos por el plan de 1998 y 2000. *Vid.* www.tormo.com, última visita el 6 de abril de 2006. Otros ejemplos en un mismo sentido se han producido en empresas como Repsol YPF, Iberia, Cortefiel o Aldeasa.

[59] Es el caso de empresas como Gas Natural, inmobiliaria colonial, la compañía farmaceútica Natraceutical, compañía de distribución integral logista, S. A., etc. *Vid.* www.finanzas.com; www.labolsa.com, www.diariossigloxxi.com, última visita el 6 de abril de 2006.

los mismos, lo cual podía llevar a considerar que esta fórmula retributiva inicialmente pensada para incentivar y fidelizar a los ejecutivos de las empresas se había extendido al conjunto de empleados de la empresa, lo cierto es que no es así. Los planes de opciones siguen dirigiéndose principalmente a consejeros y directivos de las empresas [60], si bien, progresivamente se han ido incorporando a los mismos el resto de trabajadores de la empresa [61]. Por lo que respecta a la estructura de dichos planes como media, el período de carencia previsto para el ejercicio de la opción es de tres años, aunque en algunos casos excepcionales no se fija período de carencia o se prolonga sólo varios meses [62] y en otros casos alcanzan los ocho años [63], y el período de ejercicio es más variado, en algunos casos los trabajadores sólo pueden ejercitar su derecho de opción inmediatamente después de cumplirse el período de carencia, mientras que en otros casos el plazo de ejercicio puede llegar a ser hasta de diez años [64].

---

[60] A este respecto del total de planes de opciones sobre acciones otorgados entre los años 1998 a 2003, en todos ellos se recogen como beneficiarios a altos directivos y consejeros de las empresas, y 49 de los 87 planes tenían exclusivamente como beneficiarios a los consejeros y altos directivos, lo cual supone el 56% de los planes previstos.

[61] Entre los planes que prevén a la totalidad de la plantilla de la empresa se encuentran los planes de las empresas Terra, Indra, Metrovacesa, Testa, Telepizza, Altadis, Filo, Cortefiel, Legista e Iberia. *Vid.* Melle Hernández, M.: «Cómo valora…?», *op. cit.,* p. 105 y ss.

[62] *Vid.*, por ejemplo, el plan de la empresa de Terra aprobado el 8 de junio de 2000, el de la empresa Metrovacesa de 8 de marzo de 2000, o el de la empresa Respol de 11 de octubre de 2000. *Vid.* Melle Hernández, M.: «¿Cómo valorar…?», *op. cit.,* p. 105 y ss.

[63] Este es el caso del plan de la empresa Cortefiel aprobado el 22 de julio de 2003. *Vid.* Melle Hernández, M.: «¿Cómo valorar…?», *op. cit.,* p. 110.

[64] En el caso, por ejemplo, de Cortefiel, el derecho ha de ejercitarse tan pronto como se cumple el período de carencia, sin embargo la empresa Terra ha previsto un plazo de diez años para el ejercicio de la opción sobre las acciones de la empresa.

Comunicación a la Ponencia Temática III

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA FORMALIZACIÓN Y GESTIÓN EXTERNA DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Zaragoza

SUMARIO:

I. LOS COMPROMISOS POR PENSIONES Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN.— II. COMPETENCIAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES SOBRE LOS SISTEMAS DE PENSIONES PRIVADOS DE LAS EMPRESAS. 1. El origen pactado de los compromisos por pensiones. 2. La determinación (o selección) del instrumento para externalizar los compromisos por pensiones: la posición de los representantes de los trabajadores. 2.1. La incidencia de algunos elementos objetivos: la ausencia de neutralidad jurídica. 2.2. La participación de los trabajadores en la gestión de los recursos económicos externalizados. A. La integración de los trabajadores en las comisiones de promoción y de control de los planes y fondos de pensiones: estructura de gestión y toma de decisiones. B. El trámite de información a los trabajadores asegurados y beneficiarios en los contratos de seguro que instrumentan compromisos por pensiones.— III. A MODO DE CONCLUSIÓN: DE LA PARTICIPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES A LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN EXTERNOS.

I. LOS COMPROMISOS POR PENSIONES Y SU INSTRUMENTALIZACIÓN

Se consideran compromisos por pensiones [1] todo tipo de prestaciones dinerarias, cualquiera que sea su denominación, asumidas por el empresario con el personal de su empresa, ya deriven de pactos colectivos o individuales, ya de la decisión unilateral de aquél, y destinadas a la cobertura de las contingencias de jubilación, de incapacidad permanente —en cualquiera de sus grados, excepto la incapacidad permanente parcial— o de muerte y supervivencia (Disp. Adic. primera, párrafo segundo, LPFP).

El legislador delimita de manera restrictiva esta nueva figura que se inserta en el ámbito empresarial de la protección social voluntaria. Integran ésta, como es sabido, un conjunto heterogéneo de fórmulas cuyo punto en común es la voluntariedad en la cobertura de los riegos y las situaciones de necesidad para complementar o mejorar la acción protectora de la Seguridad Social básica y obligatoria. Ahora bien, del conjunto de medidas que venían conformando las —así denominadas— mejoras voluntarias de la Seguridad Social, el legislador separa los compromisos por pensiones con el propósito de introducir un régimen jurídico propio, claramente diferenciado del común aplicable a las mejoras voluntarias, que garantice los intereses de los trabajadores. Sin duda, la opción por un concepto restringido de compromisos por pensiones se justifica porque se impone una obligación adicional que afecta sólo a éstos, como es instrumentarlos, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguro, a través de la formalización de un plan de

---

[1] Una primera aproximación al significado legal de la expresión «compromisos por pensiones» en AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 48-54. También, con posterioridad, VAL TENA, A. L. DE: *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 50-63.

pensiones o de ambos, de manera que, una vez instrumentados, la responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribe exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguro y planes de pensiones (Disp. Adic. primera, párrafo primero, LPFP). Al imponer el legislador la obligación de exteriorizar los compromisos por pensiones no sólo está determinando un modelo de gestión [2] excluyente, sino que, en realidad, va más lejos y ampara instituciones de previsión privadas, de carácter alternativo al sistema de mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuyo régimen jurídico resulta incompatible con el previsto para estas últimas.

Frente a los riesgos que presentan los regímenes privados, se reclamaba la intervención del poder público con el fin de articular un conjunto de garantías [3] que se trasladaran al ordenamiento jurídico. Con este objetivo, la Ley ha arbitrado mecanismos de garantía eficaces sobre los derechos de pensión complementaria, prohibiendo la dotación de fondos patrimoniales internos e imponiendo, en paralelo, la exteriorización de los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus trabajadores, como condición para su eficacia [4]. Así, de manera singular como medida de protección frente al hipotético riesgo de insolvencia empresarial [5], se impone externalizar los compromisos por pensiones por la vía de formalizar un plan de pensiones del sistema de empleo o concertar un contrato de seguro colectivo, alternativa o simultáneamente. Se trata de garantizar que el patrimonio vinculado al cumplimiento de los compromisos por pensiones sea independiente del capital de explotación del empresario. A la postre, separando del patrimonio de la empresa esos fondos finalistas, se refuerza notablemente el sistema de garantías, permitiendo una gestión independiente y, lo que es más importante, se les confiere autonomía frente a la situación económica y jurídica de la empresa, pues no es posible materializar nuevos compromisos por pensiones mediante fondos internos o fórmulas análogas que supongan la retención por parte del empresario de la titularidad de los recursos.

---

[2] Este planteamiento en VV.AA. (A. MONTOYA MELGAR —Dir.—): *Curso de Seguridad Social*, Thomson-Civitas, 3.ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 321-322.

[3] Como señala VILLA GIL, L. E. DE LA: *Pensiones privadas (Estudio preliminar)*, ACARL, Madrid, 1997, p. XXIV, la principal dificultad, en el caso de prestaciones de naturaleza privada, es garantizar su percepción efectiva, superando el distanciamiento entre la cobertura formal y la cobertura real.

[4] MONEREO PÉREZ, J. L.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo: la incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 57.

[5] La finalidad declarada por el legislador es «proteger los intereses de los trabajadores, aun en los supuestos en que se haya extinguido su contrato de trabajo, frente a posibles insolvencias del empresario en orden al cumplimiento de los compromisos por pensiones asumidos por éste (…) adaptando así el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE» (Exposición de Motivos de la LOSSP —1995—, apartado 7, último párrafo).

II. COMPETENCIAS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES SOBRE LOS SISTEMAS DE PENSIONES PRIVADOS DE LAS EMPRESAS

1. El origen pactado de los compromisos por pensiones

El legislador genera un alto grado de confusión cuando se refiere al origen de los compromisos por pensiones, que —según señala— pueden derivar de «obligaciones legales y contractuales del empresario con el personal de la empresa» (Disp. Adic. primera, párrafo segundo, LPFP). Y es que al hacer mención a «obligaciones legales», en verdad, contradice la característica común a todos los compromisos por pensiones: la voluntariedad. Si queremos preservar la coherencia del sistema, debemos entender[6] que la alusión expresada pretende destacar la obligatoriedad de los compromisos que asume el empresario en un convenio colectivo, al que se reconoce carácter normativo y, por ende, vincula a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación.

El desarrollo reglamentario corrobora esta interpretación finalista cuando identifica aquellas obligaciones legales con las «recogidas en convenio colectivo o disposición equivalente» (art. 7.1, párrafo primero, RICP), precisando a continuación, para evitar nuevas dudas interpretativas, que considera, a estos efectos, disposiciones equivalentes al convenio colectivo «los pactos entre empresas y todo o parte de su personal u otros acuerdos o decisiones, cuya existencia o efectos se hallen documentados de forma admitida en derecho y en los que las empresas asuman compromisos pensiones», así como «las actas de constitución, estatutos o reglamentos de mutualidades de previsión social, fundaciones laborales y cualquier otra fórmula o institución de previsión de personal, siempre que en los documentos enumerados las empresas asuman compromisos por pensiones» (art. 7.1, párrafo tercero, RICP).

Con tan amplia «relación de equivalencia» [7] se persigue incluir fórmulas que superan el campo de la negociación colectiva, pero donde aparecen reconocidos compromisos por pensiones. Al mismo tiempo, aunque no se diga expresamente, la llamada a los convenios colectivos es, propiamente, a los convenios colectivos estatutarios que, por lo general, son el cauce habitual para establecer sistemas de previsión social voluntaria de ámbito empresarial: desde aquéllos en los que la previsión social es una materia más entre las reguladas en el mismo acuerdo, ya

---

[6] Coincidimos con Aguilera Izquierdo, R.: *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, cit., p. 51.

[7] *In extenso*, Val Tena, A. L. de: *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, cit., pp. 52-55.

sean de empresa o de sector, hasta aquéllos en los que ese contenido es su objeto exclusivo, como sería el caso de los acuerdos sobre materias concretas [8]; y ello porque considera igualmente disposiciones equivalentes «los pactos entre las empresas y todo o parte de su personal», que pueden adoptar forma de convenios colectivos extraestaturarios, pactos de empresa, acuerdos de conciliación en conflictos colectivos o laudos arbitrales, entre otras. Asimismo, y por último, toda manifestación de voluntad del empresario con uno o varios de sus trabajadores puede ser fuente de compromisos por pensiones, ya sea mediante acuerdo contractual, como una más de las estipulaciones del contrato [art. 3.1.c) LET], o por la decisión unilateral del empresario de establecer un sistema de pensiones privado, como condición más beneficiosa. En suma, excepto cuando el compromiso por pensiones figure en un convenio colectivo o en un acuerdo de eficacia similar, en los restantes supuestos la obligación asumida por la empresa tiene naturaleza contractual, sin que ello obste al cumplimiento de la obligación legal de externalizar tales compromisos por pensiones.

El marco normativo no favorece que sea una u otra la fuente material del compromiso por pensiones; se limita tan sólo a reconocer los compromisos por pensiones asumidos por el empresario con sus trabajadores cualquiera que sea su origen y, en consecuencia, los sujeta a la obligación de exteriorizarlos. Sin embargo, que el ordenamiento jurídico se muestre neutral en esta materia no impide, como sucede, que construya el modelo de regulación tomando como referencia la principal fuente para asumir compromisos por pensiones: la negociación colectiva [9]. Además de reconocer compromisos por pensiones, son muchas, como se verá más adelante, las llamadas a la negociación colectiva para completar o desarrollar el modelo privado de pensiones, básicamente en el sistema de planes y fondos de pensiones.

Por consiguiente, el papel indirectamente asignado a los representantes de los trabajadores es relevante, conforme interesa a sus representados, para mejorar la cobertura de ciertas situaciones de riesgo, haciendo responsable al empresario de las prestaciones dinerarias complementarias de otras públicas de Seguridad Social que, en su caso, puedan corresponder a los trabajadores o, al menos, de prestaciones que, de lo contrario, no tendrían reconocidas. A nivel de empresa, la representación de los

---

[8] En este sentido, ROMERO BURILLO, A. M.ª: «La negociación colectiva como fuente creadora de la protección social privada o libre», en VV.AA.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 1999, p. 294.

[9] Se posibilita, así, constituir un plan de pensiones promoción por varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior al de empresa [art. 4.1.a) LPFP].

trabajadores, unitaria o sindical, está legitimada para negociar, pudiendo incluir en su plataforma de negociación uno o más compromisos por pensiones nuevos, además de consolidar y mejorar los existentes, si fuera el caso; en el ámbito supraempresarial, es cierto, aquéllas carecen de legitimación para negociar convenios colectivos, si bien pueden ejercer su influencia sobre los sindicatos negociadores. Como estrategia de negociación, conviene a los representantes de los trabajadores forzar una negociación entre las partes legitimadas con vistas a conseguir un acuerdo estatutario, de eficacia general, puesto que con esta fórmula se logra introducir un sistema homogéneo de previsión social voluntaria, resultando harto complicado alcanzar a todos los trabajadores de la empresa o del sector si el resultado de la negociación es un convenio extraestatutario o un pacto colectivo de eficacia limitada.

Esta función primera que compete a los representantes legales y sindicales de los trabajadores debe ser asumida como propia e irrenunciable, máxime si son conocedores de la previsión política de mantener, en la medida de lo posible, el sistema público de prestaciones sociales, al menos en el umbral que se considera básico, potenciando los sistemas complementarios privados en el marco de la negociación colectiva [10].

2. Selección del instrumento para externalizar los compromisos por pensiones

La posibilidad de optar, alternativamente, por uno de los instrumentos aptos para exteriorizar los compromisos por pensiones, bien un plan de pensiones del sistema de empleo o bien un contrato de seguro colectivo, o por ambos conjuntamente, depende de los términos del pacto que reconozca el compromiso por pensiones, que puede o no seleccionar uno de ellos o —si nada se dice al respecto, limitándose a instituir unas prestaciones— dejar libertad al empresario [11]. Es responsabilidad del empresario cumplir la obligación de externalizar los compromisos por pensiones, seleccionando qué instrumento de los validados por el legislador va a utilizar. La libertad de elección del empresario, sin embargo, puede estar limitada por lo pactado con los representantes de los traba-

---

[10] Cfr. Recomendación 14.ª del Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, aprobado el 30 de septiembre de 2003 (BOCG de 2 de octubre de 2003, Serie D, núm. 596).

[11] Como señala Monereo Pérez, J. L.: «El texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de Reforma Social», en *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, p. 59, el empresario acaba por ostentar un poder discrecional para cumplir la que — *ex origen*— es una obligación que recae sobre su propia esfera jurídica decisoria.

jadores o, en caso contrario, tan solo condicionada por algunos elementos objetivos [12] como la naturaleza, definición y contenido de los compromisos u otros aspectos técnicos de cada instrumento.

2.1. La determinación por acuerdo colectivo

El propósito último es obtener una garantía de cobro de las prestaciones comprometidas, resultando ambas alternativas válidas y conducentes a tal meta. Pero, a la hora de optar por una u otra vía, puede suceder que las preferencias del empresario no coincidan con las de los trabajadores. Quienes representen los intereses de los trabajadores deben tener previsto este escenario, de manera que cuando pacten compromisos por pensiones en la negociación colectiva, junto a las prestaciones asumidas por el empresario, es conveniente señalar el instrumento que dará cobertura a cada compromiso. Actuando así, el empresario no sólo está obligado a cubrir con sus aportaciones las contingencias acordadas, sino que, también, debe realizar el trámite de externalizar tales compromisos mediante la fórmula predeterminada en el convenio colectivo. La oportunidad de pactar que sea un plan de pensiones o un contrato de seguro la opción seleccionada para exteriorizar los compromisos por pensiones no debe dejarse perder. Obviamente, la renuncia de la representación empresarial a negociar esta materia cierra las puertas al acuerdo, si bien no plantear la negociación por los representantes de los trabajadores, como ha podido ocurrir en ocasiones, dificultará un entendimiento posterior con el empresario, puesto que nada le impondrá el convenio colectivo aplicable. Se debe apostar por un acuerdo en el mismo convenio colectivo, sectorial o de empresa, que reconozca los compromisos por pensiones, pues trasladar el posible pacto al momento de cumplir la obligación de externalizarlos, esto es, al inicio del devengo de su coste, requerirá un esfuerzo negociador añadido, retrasando el cumplimiento de un deber empresarial y, lo que es más importante, dejando de tener garantías de cobro los beneficiarios durante el tiempo de negociación.

El grado de influencia de los representantes de los trabajadores sobre el empresario es, sin duda, menor cuando éste unilateralmente reconoce a sus empleados compromisos por pensiones o lo hace por medio de pactos individuales. Difícilmente, los representantes legales o sindicales pueden conocer estos pactos singulares, aunque cuando afecten a un colectivo de trabajadores cuantitativamente importante quizá surja la oportunidad —o si no hay que forzarla— de trasladar esos

---

[12] Al respecto, *vid.* VAL TENA, A. L. DE: *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, cit., pp. 199-207.

compromisos al convenio colectivo e intentar también concertar la fórmula de externalización.

2.2. La tutela de los intereses de los trabajadores: su participación en la gestión de los recursos económicos externalizados

Si tenemos en cuenta la titularidad patrimonial de los recursos constituidos, los derechos reconocidos y el tratamiento fiscal, los planes de pensiones del sistema de empleo ofrecen mayores ventajas a los trabajadores, además de permitirles participar en la supervisión y gestión del propio instrumento que da cauce al sistema de previsión empresarial. En efecto, la participación de los trabajadores, de una parte, en la administración de los patrimonios afectos a fines de previsión y, de otra, el control de los fondos acumulados con ese fin social difiere según el instrumento elegido.

A. La integración de los trabajadores en las comisiones de promoción y de control de los planes y fondos de pensiones: estructura de gestión y toma de decisiones

El compromiso de formalizar un plan de pensiones del sistema de empleo puede ser una decisión unilateral del empresario o —y es lo más habitual— fruto de un acuerdo adoptado en la negociación colectiva. En cualquier caso, la empresa, por su condición de parte promotora [art. 4.1.a) LPFP], debe elaborar un proyecto de plan de pensiones que incluya, entre otros aspectos: el ámbito personal, indicando su naturaleza —de empleo— y su modalidad —aportación definida, prestación definida o mixta—; las normas para la constitución y funcionamiento de la comisión de control del plan; el sistema de financiación; y la definición de las prestaciones y normas para determinar su cuantía (arts. 6 LPFP y 18 RPFP). Cumplido ese primer trámite, el empresario promotor debe instar la constitución de la comisión promotora del plan de pensiones con representación propia y de los trabajadores o potenciales partícipes. Precisamente, en los planes de pensiones del sistema de empleo sólo los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial, pueden ser, a su vez, partícipes.

La comisión promotora está formada y opera conforme a las mismas reglas previstas para la comisión de control del plan de pensiones [art. 9.1.a) LPFP], siendo obligado que la representación de los promotores y de los partícipes sea paritaria [art. 7.3.a) LPFP]. Anteriormente, se preveía una composición mixta, formada por representantes del pro-

motor y de los partícipes, si bien debía mantenerse «la mayoría absoluta de la representación de los partícipes» (art. 7.3 Ley 8/1987); a nivel reglamentario, se precisaba que la comisión debía estar compuesta «por un número de miembros no inferior a tres ni superior a nueve, con mayoría absoluta de los potenciales partícipes», considerando, a estos efectos, potencial partícipe «a cualquier persona física que, pudiendo acceder a la condición de partícipe, manifieste su intención de hacerlo en el plazo de un mes desde que el promotor dé a conocer su proyecto de Plan y el dictamen favorable del actuario, por los medios habituales de comunicación con esos potenciales partícipes» (art. 23.2 RPFP —Real Decreto 1307/1988—). Aquella regla general que reservaba la mayoría de la representación en la comisión de control a los representantes de los partícipes, y por remisión también en la comisión promotora, fue modificada por la Ley 24/2001, de manera que en los planes de pensiones del sistema de empleo, desde la entrada en vigor [13] de la nueva regulación, la representación de los elementos personales en la comisión promotora es paritaria, perdiendo vigencia así el principio de primacía de los partícipes [14], por más que se trataba de una respuesta jurídica acorde con la naturaleza de los planes de pensiones como contratos colectivos de previsión. Por lo demás, nada se dice ahora sobre el número de miembros de cada representación, dato que debe prever el promotor en las especificaciones del proyecto inicial del plan de pensiones [art. 30.1.a) RPFP].

Tratándose de un plan de pensiones del sistema de empleo, se pueden establecer procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión promotora, bien por la comisión negociadora del convenio, nombrando cada parte, respectivamente, a sus representantes, bien por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa [art. 9.1.a) LPFP]. Tal designación directa puede recaer en la totalidad o en parte de los miembros de la comisión negociadora

---

[13] Téngase en cuenta que la Ley 24/2001 modificó, entre otros, el artículo 7.3 de la LPFP —1988—, estableciendo el sistema de representación paritaria del promotor o promotores [párrafo a)], con carácter general, así como ciertos requisitos para la adopción de acuerdos sobre determinadas materias [párrafos b) y c)]. Para los planes de pensiones preexistentes a su entrada en vigor, la Ley 24/2001 concedió un plazo —tres años, contados desde el 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley— de adaptación de las comisiones de control a lo previsto en dicho artículo 7.3 de la LPFP mediante acuerdo colectivo, transcurrido el cual, de no haberse adoptado dicho acuerdo, se aplicaría directamente; plazo que el Real Decreto-Ley 10/2004 amplió hasta el 31 de diciembre de 2005. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 16/2005 ha modificado aquella previsión legal que exigía la adaptación de los planes de empleo formalizados antes del 1 de enero de 2002, de forma que las comisiones de control de esos planes pueden mantener su composición (art. 1, que modifica el antepenúltimo párrafo de la Disp. Trans. segunda LPFP —2002—).

[14] Lo destacan Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo*, Comares, Granada, 2004, p. 132, que consideran más acertado otorgar un papel predominante a los partícipes.

del convenio colectivo o de los referidos representantes de los trabajadores, con independencia de que posteriormente sean o no potenciales partícipes (art. 27.2 RPFP). A falta de designación directa, el promotor debe convocar una votación para elegir a los representantes del personal en la comisión promotora, siendo electores y elegibles aquellos trabajadores que reúnan las condiciones señaladas en las especificaciones del plan para acceder a éste como partícipes (art. 27.3 RPFP); elección en la que concurrirán, en su caso, candidaturas avaladas por sindicatos o por la firma de un porcentaje de integrantes del correspondiente colegio electoral fijado en las especificaciones del plan, que no podrá ser inferior al diez por ciento.

Las decisiones que adopte la comisión promotora para ultimar y ejecutar el contenido del proyecto se deben acordar con las mayorías estipuladas en las especificaciones del proyecto de plan, resultando admisible prever mayorías cualificadas. Sólo el proyecto definitivo del plan de pensiones resultante del proceso de negociación debe ser adoptado por acuerdo de ambas [15] representaciones presentes en la comisión promotora (art. 9.2 LPFP); esto es, ha de recibir, al menos, el voto favorable de la mayoría de los representantes de cada una de las partes (art. 27.4 RPFP). Respetando esta última previsión, las partes gozan de libertad para establecer el sistema de mayorías que consideren oportuno, anteponiendo la agilidad o el avance de las negociaciones, antes de intentar tomar siempre decisiones consensuadas.

Es obligación de la comisión promotora recabar —excepto en los planes de aportación definida que no prevean la posibilidad de otorgar garantía alguna a partícipes o beneficiarios— el dictamen de un actuario sobre la suficiencia del sistema financiero y actuarial del proyecto definitivo de plan de pensiones resultante del proceso de negociación (art. 9.2 LPFP). Adoptado el proyecto de plan de pensiones por acuerdo de las partes presentes en la comisión promotora con el indicado dictamen favorable, la comisión promotora debe presentarlo ante el fondo de pensiones en el que pretenda integrarse, y éste o, según corresponda, la entidad gestora del mismo, si entienden que se cumplen los requisitos legales establecidos, tomará el acuerdo de admisión del plan, comunicando esa decisión a la comisión promotora o, en su defecto, al promotor (art. 9.3 LPFP). A partir de ese momento puede hacerse efectiva la incorporación al plan de los partícipes, debiendo la comisión promotora del plan de empleo instar la constitución de la comisión de control

---

[15] Destaca Romero Burillo, A. M.ª: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 379, que «resulta irrelevante si la mayoría absoluta de los miembros de la comisión promotora corresponde a la parte promotora o a la parte partícipe», ya que la normativa exige que la aprobación del plan se adopte por el acuerdo de las dos partes representadas en la comisión.

del plan en un plazo no superior a doce meses desde la formalización del plan, si bien, entre tanto no se constituya la comisión de control, las funciones atribuidas a ésta por la ley corresponden a la comisión promotora (arts. 9.4 LPFP y 27.1 RPFP).

Observamos cómo la comisión promotora es un órgano colegiado de negociación donde se elabora el proyecto definitivo de plan de pensiones. Por medio de este órgano se da cauce a la participación de los trabajadores interesados [16], directamente o a través de sus representantes, que pueden influir en la configuración definitiva del plan de pensiones. Así, cuando el contenido de las especificaciones del plan de pensiones no se ha pactado en el convenio colectivo, la comisión promotora puede aprobar un proyecto de plan de pensiones que difiera del proyectado por el promotor. En la mayoría de las ocasiones, sin embargo, la actuación de esta comisión está condicionada por lo dispuesto sobre las especificaciones del plan en el convenio colectivo —si es el caso— origen de los compromisos por pensiones que se instrumentan, pero sin que ello suponga anular [17] por completo el ámbito de actuación de la comisión promotora, conservando las dos principales competencias: la aprobación del proyecto definitivo del plan de pensiones y la formalización del mismo. Lo pactado en sede colectiva, ciertamente, ha de ser aceptado y asumido por la comisión promotora, cuya intervención es imprescindible. La conexión entre la negociación colectiva como fuente del compromiso por pensiones y la comisión promotora del plan de pensiones tiene un punto clave de intersección: la comisión negociadora del convenio puede designar directamente a los miembros de la comisión promotora; designación directa que puede ser decidida también por los representantes de los trabajadores en la empresa. En ambos supuestos, la normativa especial sobre planes de pensiones respeta el sistema de representación de los trabajadores, atribuyendo a éstos competencias específicas para aprobar el plan de pensiones y elegir el fondo de pensiones encargado de administrar e invertir los recursos económicos dotados por la empresa con una finalidad de previsión social. No es la comisión promotora un órgano colegiado de gestión, aunque sí un órgano paritario de toma decisiones para la constitución del plan de pensiones, que externaliza el compromiso adquirido previamente por la empresa.

De otra parte, los planes de pensiones del sistema de empleo deben precisar las normas para la constitución y funcionamiento de la comi-

---

[16] *Vid.* Monereo Pérez, J. L.: «Instituciones de control y gestión de los planes y fondos de pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991, p. 556.

[17] De esta opinión, Suárez Corujo, B.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 607 (nota 910).

sión de control del plan [art. 6.1.b) LPFP], que asume importantes funciones, entre otras: supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo que se refiere a los derechos de sus partícipes y beneficiarios; proponer y, en su caso, acordar las modificaciones que estime pertinentes sobre aportaciones, prestaciones u otras variables o aspectos del plan de pensiones; nombrar sus representantes en la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito y supervisar la adecuación del saldo de la cuenta de posición del plan, en su respectivo fondo de pensiones [arts. 7.1.a) LPFP y 29 RPFP].

Del régimen jurídico singular de la comisión de control, interesa destacar, en primer lugar, las reglas sobre la composición del órgano y la toma de decisiones. La representación de las partes interesadas en la comisión de control del plan de pensiones del sistema de empleo, como ya se ha destacado, es ahora paritaria, entre, de una parte, la representación del promotor y, de otra, la representación de los partícipes y de los beneficiarios [art. 7.3.a) LPFP], admitiéndose una representación específica de los partícipes y beneficiarios de cada uno de los subplanes que se definan dentro del mismo plan. El equilibrio interpartes supone, ciertamente, un cambio de criterio legislativo sobre el poder de supervisión y control de los planes, ya que antes se atribuía mayoría a la representación de los partícipes. No obstante, la regla general de paridad en la composición de la comisión de control admite una excepción [18]: por acuerdo en la negociación colectiva puede establecerse una distribución de representantes distinta, debiendo garantizar siempre la representación del promotor y de los partícipes [art. 30.1.a) RPFP].

El número de miembros de la comisión de control se debe fijar en las especificaciones del plan, determinando el número y distribución de los respectivos representantes de los partícipes y beneficiarios, si bien pueden ostentar la representación de estos últimos los partícipes. Para la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios es posible establecer procedimientos de designación directa de los miembros la comisión negociadora del convenio o, también, por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 7.2 LPFP). La designación directa se presenta como vía preferente, puesto que únicamente cuando aquélla no está prevista en las especificaciones del plan se procede a la elección de los representantes de los partícipes y beneficiarios mediante un proceso electoral regulado, en el que pueden

---

[18] Según Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo*, cit., p. 134, estamos ante una excepción a la norma legal impuesta por vía reglamentaria, que pretende salvaguardar la posición jurídica de primacía de los partícipes a través de un eventual acuerdo colectivo que reconociera tal circunstancia. Sorprende, no obstante, que sea una norma reglamentaria la que excepcione a la ley, sin que ésta haya previsto tal posibilidad, planteándose un supuesto de *ultra vires*.

presentar candidatos los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos (art. 31.3 RPFP).

Las decisiones en el seno de la comisión de control del plan se toman conforme a las mayorías estipuladas en las especificaciones del plan, resultando admisible que dichas especificaciones prevean mayorías cualificadas. Esta última posibilidad fue admitida inicialmente en sede jurisprudencial [19] y más tarde incorporada al texto legal. La nueva regulación vigente va más lejos, exigiendo una mayoría cualificada para la adopción de determinadas decisiones: en primer lugar, «cuando el plan de pensiones sea de aportación definida para la contingencia de jubilación, las decisiones que afecten a la política de inversión del fondo de pensiones incluirán, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes de los partícipes en la comisión de control» [art. 7.3.b) LPFP], y, en segundo lugar, «en los planes de pensiones de la modalidad de prestación definida o mixtos, las decisiones que afecten al coste económico de las prestaciones definidas asumido por la empresa, incluirá, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes del promotor o promotores» [art. 7.3.c) LPFP]. Al convertirse la comisión de control en un órgano paritario y no establecer la norma límites objetivos al requerimiento de mayorías reforzadas para la toma de acuerdos en su seno, se favorece la ampliación del número de materias que, según las especificaciones del plan, exigirán mayorías cualificadas para su aprobación, garantizando —a la postre— que las decisiones se adopten teniendo en cuenta el conjunto de intereses de las partes interesadas; y ello sin perjuicio de que se fije, alternativamente, otro sistema de adopción de acuerdos por mayoría simple para cuestiones de mero trámite.

En segundo lugar, interesa subrayar que las funciones atribuidas a la comisión de control de un plan de pensiones son de vigilancia y supervisión del plan de pensiones, sin asumir, en principio, facultades de gestión sobre el funcionamiento del fondo de pensiones al que se adscribe. Ahora bien, si tiene reconocida *ex lege* la facultad de tomar decisiones sobre la política de inversión del fondo y otras que afectan al coste económico asumido por la empresa, exigiendo en ambos supuestos el voto mayoritario de la representación de los partícipes y promotores, respectivamente, en la comisión de control, es porque la supervisión del funcionamiento y ejecución del plan de pensiones inclu-

[19] *Vid.* STS de 26 de enero de 1993 (Ar. 270). Señala esta sentencia que «no es el principio de soberanía de los partícipes lo que establece el artículo 7.3 LPFP (versión original), sino los principios de supremacía de los partícipes y de participación de promotores y beneficiarios», y la compatibilidad de estos principios se asegura cuando «la mayoría absoluta de la representación de los partícipes no se traduce en voto bloqueado de este grupo de intereses», puesto que «lo que pretende la ley es, en definitiva, impedir que puedan tomarse acuerdos prescindiendo de la voluntad de los partícipes, pero no que todos los acuerdos puedan ser adoptados por la sola voluntad de los partícipes».

ye también un conjunto de potestades decisorias sobre la administración y gestión.

La comisión de control del plan de pensiones debe, asimismo, nombrar a sus representantes en la comisión de control del fondo de pensiones al que esté adscrito [art. 7.1.c) LPFP]. En el caso de fondos de pensiones que integren planes del sistema de empleo, éstos sólo pueden acoger planes de esa modalidad, pudiendo plantearse dos situaciones: una, que un mismo fondo instrumente varios planes, de manera que su comisión de control se forme con representantes de cada uno de los planes o mediante una representación conjunta de todos ellos; otra, que el fondo integre un único plan, ejerciendo las funciones de la comisión de control del fondo la propia comisión de control del plan [art. 14.1.a) LPFP]. Entre las funciones que la comisión de control del fondo de pensiones tiene asignadas destacan, sobre el resto, la supervisión del cumplimiento de los planes adscritos y el control de la observancia de las normas de funcionamiento del propio fondo y de los planes, además de ostentar la representación del fondo (art. 14.2 LPFP).

Bajo la supervisión de la comisión de control del fondo, la administración ordinaria del fondo de pensiones se atribuye a una entidad gestora con el concurso de un depositario (art. 13 LPFP). Se confirma la posición de supremacía de la comisión de control del fondo sobre la entidad gestora toda vez que funciones tan trascendentes como la selección de las inversiones a realizar por el fondo de pensiones, ordenar al depositario la compra y venta de activos del fondo de pensiones, el ejercicio de los derechos derivados de los títulos y demás bienes integrantes del fondo o la autorización para el traspaso de cuentas de posición a otros fondos las realiza la entidad gestora «en los términos expresamente establecidos por la comisión de control del fondo de pensiones y con las limitaciones que ésta estime pertinente» (art. 81.2 RPFP).

A la vista de las funciones asumidas, su composición y las normas sobre el régimen de acuerdos, se pone de manifiesto que la principal característica de la comisión de control del plan de pensiones es actuar como órgano supervisor del funcionamiento del plan y, directamente o por delegación, del fondo de pensiones en el que se integra, constituyéndose a tales fines en un instrumento de representación de los interesados, entre ellos los trabajadores partícipes y beneficiarios. La posibilidad legal, y frecuente en la práctica, de que la designación de los representantes en la comisión de control pueda coincidir, total o parcialmente, con los componentes de la comisión negociadora del convenio que reconoce los compromisos por pensiones o con los representantes de los trabajadores, abre un nuevo cauce a la participación institucional de los trabajadores, por medio de sus órganos de representación, en los sistemas privados de previsión empresarial; incluso, de no apostar

por la designación directa de los miembros de la comisión de control, los trabajadores partícipes y, en su caso, los beneficiarios deben elegir a sus representantes, asignándoles a éstos una función específica, con independencia de quienes ejerzan la representación legal y sindical de los trabajadores. Conformada de una u otra manera, lo cierto es que la comisión de control del plan es un órgano paritario que supervisa la gestión del plan y, lo que es más importante, decide —con el voto favorable de la mitad de los partícipes— cuestiones tan relevantes como la política de inversión del fondo de pensiones cuando el plan sea de aportación definida para la contingencia de jubilación o toma decisiones —con el voto favorable de la mitad de los representantes del promotor o promotores— que afectan al coste económico asumido por la empresa en los planes de pensiones de la modalidad de prestación definida o mixtos. Ejerce, en definitiva, verdaderas competencias decisorias sobre la gestión, sobrepasando las funciones de supervisión y control del funcionamiento del plan de pensiones e imponiendo sus criterios a la comisión de control del fondo de pensiones en el que se integra el plan. A su vez, esta última desarrolla propiamente las labores de gestión y representación del fondo de pensiones, supervisando también el cumplimiento de los planes adscritos y controlando la observancia de las normas de funcionamiento del propio fondo y de los planes, si bien puede delegar en la entidad gestora el ejercicio de sus funciones de representación. Sucede, si un fondo de pensiones instrumenta un único plan de pensiones de empleo, que la comisión de control del plan ejerce las funciones propias de la comisión de control del fondo, acumulando aquélla todas las facultades, lo que viene a demostrar la conexión entre el plan y el fondo, que lo instrumenta técnica y económicamente.

B. El trámite de información a los trabajadores asegurados y beneficiarios en los contratos de seguro que instrumentan compromisos por pensiones

Cuando el compromiso por pensiones se instrumenta por medio de un contrato de seguro colectivo, los trabajadores carecen de facultades de control sobre el contenido de la póliza suscrita entre la entidad aseguradora[20] y el empresario-tomador. Sí, en cambio, poseen ciertos

---

[20] Entre las entidades que pueden actuar como aseguradoras hay que destacar, sobre el resto, a las mutualidades de previsión social, fundamentalmente cuando actúan como instrumento de previsión social empresarial, es decir, cuando todos sus mutualistas son empleados, sus socios protectores o promotores las empresas y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos (art. 64. LOSSP). Por su composición, los mutualistas participan en los órganos sociales de dirección encargados de fijar las directrices generales de la gestión (art. 39 del Real

derechos de información, tanto los trabajadores asegurados como los beneficiarios.

La normativa general tiene presente la particular posición que ocupan los asegurados en los contratos de seguro colectivos, por lo que previene un régimen de información al que están sujetas las entidades aseguradoras respecto, debiendo suministrar la información que afecte a los derechos y obligaciones de los asegurados, con anterioridad a la firma del boletín de adhesión o durante la vigencia del contrato, salvo que dicha obligación sea asumida por el tomador del seguro (art. 106 ROSSP). Debe quedar constancia de que se ha recibido la información exigida mediante una mención, fechada y firmada por el asegurado, inserta al pie de la póliza o del boletín de adhesión, en la que se reconozca haberla recibido con anterioridad y se precise su naturaleza y la fecha de su recepción (art. 107 ROSSP).

Además de estas reglas generales sobre información aplicables a los contratos de seguro colectivos, para los seguros que instrumentan compromisos por pensiones se articula un régimen de información específico. En primer término, la norma incorpora una obligación periódica de información: «al menos anualmente, el trabajador adherido al contrato de seguro y los beneficiarios que ya perciban sus prestaciones con cargo al contrato deberán recibir una certificación de la entidad aseguradora sobre el número de póliza, situación individualizada del pago de primas, sobre los rescates y reducciones efectuados en el año y que le afecten, y sobre las coberturas concretas que tiene individualmente garantizadas el trabajador o las prestaciones del beneficiario» (art. 34.1, párrafo primero RICP). Así, el asegurado tendrá cumplida información de la situación del contrato de seguro durante su vigencia, de manera que pueda controlar el cumplimiento de la obligación asumida por empresario en el compromiso por pensiones y su adecuada cobertura. Esta información tiene el carácter de mínima, pudiendo ampliarse mediante acuerdo colectivo en la empresa (art. 34.1 *in fine* RICP). Nada se opone, ciertamente, a que por pacto o convenio colectivo se acuerde también ampliar los destinatarios de la «información reglamentaria», incluyendo a la representación de los trabajadores, o el objeto de la misma.

El régimen de información se completa con la obligación de la entidad aseguradora de entregar al asegurado un certificado del seguro

---

Decreto 1430/2002), de modo que, con independencia del proceso externalizador, sí tienen reconocidas competencias de gestión los trabajadores mutualistas, sin que se prevea la participación de los representantes legales o sindicales de éstos. Sobre las entidades aseguradoras y, en particular, las mutualidades de previsión social en el proceso de externalización de los compromisos por pensiones, *vid.* VAL TENA, A. L. DE: *La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores*, cit., pp. 138-142.

con motivo de su incorporación al colectivo asegurado o de la renovación de la póliza en el caso de seguros temporales (art. 34.2, párrafo primero, RICP).

De igual manera, si tiene lugar el rescate de la póliza por cambio de entidad aseguradora, en el plazo de un mes desde su fecha de efecto, tanto la nueva entidad aseguradora, como el tomador del seguro, están obligados a comunicar esta circunstancia, y adicionalmente la nueva entidad aseguradora debe remitir en ese mismo plazo el correspondiente certificado del nuevo seguro a los asegurados y a los beneficiarios que ya estén percibiendo prestaciones con cargo a la póliza (art. 34.2, párrafo primero, RICP).

En cualquier caso, por más que se prevea un sistema de información reforzado en los contratos de seguro colectivos que instrumenten compromisos por pensiones, no se reconoce un sistema de supervisión y control, similar al regulado en los planes de pensiones del sistema de empleo. La negociación colectiva puede ampliar los sujetos destinatarios de la información con la finalidad de que la representación legal conozca directamente el contenido de la póliza suscrita por el empresario; de esta manera, estará en condiciones de comprobar la correspondencia entre los compromisos asumidos por la empresa y las contingencias y prestaciones aseguradas. No estaría de más, sin embargo, atribuir esta competencia *ex lege* a los representantes de los trabajadores, sin perjuicio de que, en su defecto, pueda atribuirse esa función a la comisión paritaria del convenio, si éste es la fuente del compromiso.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN: DE LA PARTICIPACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS COMPROMISOS POR PENSIONES A LA ADMINISTRACIÓN Y CONTROL DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN EXTERNOS

La negociación colectiva es, por lo general, la fuente de reconocimiento de los compromisos por pensiones, asumiendo los representantes de los trabajadores una primera función delimitadora de las contingencias protegidas y de las prestaciones reconocidas por la empresa a favor de los trabajadores. El acuerdo entre las partes negociadoras del convenio puede determinar, además, el instrumento o instrumentos que servirán de cauce para cumplir el deber legal de externalizar los compromisos por pensiones. Siendo ésta una obligación empresarial, la ausencia de previsión en el articulado del convenio confirma la plena facultad del empleador para optar, simultánea o alternativamente, por un plan de pensiones del sistema de empleo o por un contrato de seguro colectivo. Ciertamente, tanto la decisión individual del empresario como el acuer-

do colectivo sobre cualquiera de las fórmulas habilitadas por el legislador con el fin de garantizar los intereses de los trabajadores con derecho a prestaciones, debe considerar no sólo los intereses particulares o de grupo, sino también las características objetivas de las contingencias y de las prestaciones asumidas, al igual que las ventajas, condiciones o limitaciones legales, puesto que el ordenamiento jurídico no es neutral. Interesa a los representantes de los trabajadores seleccionar, en cada caso, el instrumento que mejor garantice los derechos de los trabajadores; al respecto, se deben valorar las posibilidades de participar en el seguimiento de los compromisos por pensiones una vez externalizados, esto es, tras salir del patrimonio empresarial los recursos económicos dotados con aquella finalidad de previsión. No será éste un dato relevante para el empleador, prefiriendo aquel instrumento que comporte menores riesgos para su posición deudora, máxime cuando asuma compromisos con prestaciones definidas.

La externalización de los compromisos por pensiones supone — *de facto*— la imposibilidad de dar cobertura a los mismos mediante la dotación por el empresario de fondos internos o instrumentos similares, que conlleven el mantenimiento de la titularidad de los recursos asignados. Con la externalización se pretende preservar el patrimonio que se vaya acumulando con ese objetivo previsor, dotando a estos fondos de autonomía frente a la situación económica y jurídica de la empresa, además de posibilitar una gestión independiente. Resultando ser un saldo finalista, se prohíbe al empresario utilizarlo para usos diversos, colocando dicho capital fuera de su poder de disposición; es más, pierde la titularidad de todos recursos patrimoniales.

Si atendemos a la finalidad que persiguen los compromisos por pensiones y al interés directo que en ellos tienen los trabajadores, resulta lógico prever la participación de éstos en la gestión externa de los fondos aportados por el empresario. Así se prevé en el sistema de planes y fondos de pensiones, donde se integran trabajadores y empresarios, con sus representantes, en las distintas comisiones encargadas de la supervisión y administración de los planes y de los fondos de pensiones. De una parte, en la comisión promotora del plan, que aprueba el plan de pensiones, y, de otra, en la comisión de control, que asume funciones de supervisión del desarrollo del plan de pensiones y también decide sobre aspectos importantes de la gestión, están representados los trabajadores, primero como potenciales partícipes y después ya como partícipes. La designación de los trabajadores como miembros de esas comisiones puede realizarse directamente por la comisión negociadora del convenio origen del compromiso o por decisión mayoritaria de los representantes de los trabajadores en la empresa, resultando supletorio un procedimiento de elección. Aunque la opción legal parece decantarse por una representación *ad hoc,* es posible que los miembros designados

coincidan total o parcialmente con los componentes de la comisión negociadora del convenio o con los representantes legales de los trabajadores en la empresa. Más aún, la representación de los trabajadores también asume competencias en la comisión de control del fondo donde se integra el plan de pensiones: cuando el fondo instrumenta varios planes de pensiones, la comisión de control se forma con representantes de cada uno de los fondos de pensiones o mediante una representación conjunta de todos los planes integrados en el mismo; pero, de integrar un único plan, la comisión de control del plan ejerce las funciones de la comisión de control.

Además de la representación de los trabajadores en la comisión promotora y en las comisiones de control del plan y del fondo de pensiones, importa destacar las funciones que cada una de ellas asume. Mientras la comisión promotora tiene como misión específica aprobar el proyecto definitivo del plan de pensiones y presentar el mismo ante un fondo de pensiones, la comisión de control del plan y, sobre todo, la comisión de control del fondo, ejercen funciones de supervisión del cumplimiento de los planes adscritos y, más la segunda, de gestión de los elementos patrimoniales aportados para cumplir los compromisos reconocidos; pudiendo darse el caso, como se ha dicho, de que la comisión de control del plan retenga también las competencias de la comisión de control del fondo, cuando éste instrumente un único plan de pensiones del sistema de empleo.

Contrasta este régimen de participación de los trabajadores, tanto en la fase de constitución, aprobación y formalización del plan de pensiones, como en el periodo de desarrollo y gestión por medio de un fondo de pensiones, con la nula previsión al respecto cuando el instrumento elegido para externalizar los compromisos por pensiones es un contrato de seguro colectivo. Como tomador del contrato de seguro celebrado para dar cobertura a compromisos por pensiones con los trabajadores figura exclusivamente la empresa que se obliga al pago de las primas, aun cuando se contemple la aportación de los trabajadores para la financiación de las primas (art. 28 RICP), y sin que los trabajadores o sus representantes puedan intervenir en la configuración de la póliza. Únicamente por medio de los mecanismos reforzados de información que se imponen a los contratos de seguro colectivos que instrumentan compromisos por pensiones se puede ejercer una labor de control por cada uno de los trabajadores asegurados a título individual, no así por los representantes de los trabajadores, ya que éstos no gozan de un derecho propio de información. Sin perjuicio de que pueda atribuirse una competencia supervisora a la comisión paritaria del convenio respecto de los compromisos pactados en sede colectiva, en aras a comprobar su correcta externalización, se debería articular un sistema de control dinámico, que elimine esta disfunción cuando el instrumento adoptado sea

un contrato de seguro colectivo, resultando la opción más adecuada atribuir esta competencia a la representación de los trabajadores. Es verdad que, cuando actúa como aseguradora una entidad de previsión social, los trabajadores mutualistas pueden asumir esa función, participando asimismo en los órganos directivos encargados de la gestión; sin embargo, no se reconocen estas facultades a los trabajadores si son otras las entidades aseguradoras.

En suma, por diversas razones objetivas presentes en el marco jurídico de los planes y fondos de pensiones y, en particular, por la posibilidad reconocida a los trabajadores, a través de sus representantes, de participar en la supervisión y gestión de los recursos económicos destinados a cubrir las prestaciones reconocidas, resulta más satisfactorio, desde la perspectiva de la participación de los trabajadores, que el instrumento elegido para externalizar los compromisos por pensiones sea un plan de pensiones del sistema de empleo. Conviene, por tanto, que cuando se pacten compromisos por pensiones en la negociación colectiva, el acuerdo entre las partes determine también que el compromiso se instrumentará, cumpliendo así la obligación legal de externalización, por medio de un plan de pensiones.

Conclusiones

CRÓNICA DEL CONGRESO

ENRIQUE CABERO MORÁN
Relator General del XVII Congreso Nacional
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

Manifiesto antes de nada mi agradecimiento por la designación como relator general del XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Supone para mí una satisfacción elaborar esta breve crónica del congreso y exponerla en su acto de clausura.

He de indicar que resulta unánime la consideración de la elección del tema al que se dedica el congreso, «Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales», como un gran acierto, entre otros aspectos, por ser uno de los temas relevantes de la disciplina que aún carecen de un tratamiento legislativo adecuado. Igualmente merecen el más alto reconocimiento la estructura del congreso, las materias escogidas para las ponencias y la conferencia de clausura, así como la designación de los ponentes y el conferenciante. Se ha empezado con el análisis abstracto, con la construcción del propio concepto de participación, difícil y huidizo, como seguidamente se verá, y se ha pasado inmediatamente después al análisis del régimen jurídico concreto, exhaustivo, de aspectos en los que sí ha habido un desarrollo normativo tanto en el Derecho español, como en el de la Unión Europea, para concluir con propuestas, también *lege ferenda,* acerca de los nuevos contenidos y las formas contemporáneas de participación.

En el acto de inauguración se subrayó la importancia, la complejidad y el carácter poliédrico de los asuntos objeto de estudio y debate en este XVII Congreso Nacional. Así lo destacaron en sus intervenciones el señor vicepresidente segundo y consejero de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, la señora subsecretaria del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el señor rector magnífico de la Universidad de Salamanca y el señor presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS). No puedo dejar de mencionar en esta crónica el agradecimiento del comité organizador del congreso a las instituciones y entidades que lo han patrocinado (Universidad de Salamanca, Junta de Castilla y León, Ministerio de

Trabajo y Asuntos Sociales, Consejo General del Poder Judicial, Ayuntamiento de Salamanca, Diputación Provincial de Salamanca, Caja Duero, El Corte Inglés y Fremap, así como la Facultad de Derecho y el Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca). He de destacar la decisión del rectorado de la Universidad de Salamanca de facilitar como sede del congreso este magnífico edificio, la Hospedería del Colegio Arzobispo Fonseca, recientemente restaurado y remodelado.

La presentación de las ponencias por sus autores, una vez distribuidos sus textos en una edición primorosamente preparada por la AEDTSS y el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, empezó con la general, elaborada por mi maestro, el profesor Palomeque López [«La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)»]. La ponencia general ofrece el método y los contenidos necesarios para construir el concepto de participación, un concepto difícil al que el profesor Palomeque calificó en su intervención de «categoría errática como pocas, que no quiere que se la comprenda, un embrollo semántico que significa todo y nada al mismo tiempo». Señaló a continuación la inutilidad de buscar una explicación unitaria de este concepto, por lo que quizá se deba cambiar el método para aproximarse al mismo. La ponencia constituye una aportación fundamental para los futuros estudios y, si se da, para la articulación normativa global o sistemática. Explicó el ponente general, entre otros muchos extremos, que precisamente el mejor camino para analizar esta figura pasa por ver cómo en el gobierno de la empresa intervienen los trabajadores en la toma de decisiones, cómo existe un cupo de poder delegable o prescindible que realmente tiene bastante relación con las opciones seguidas en la política legislativa, más o menos valientes, y no tanto con el alcance del contenido esencial de la libertad de empresa, derecho que proclama el artículo 38 de la Constitución Española (CE).

Llamó la atención el profesor Palomeque, como ejemplo metodológico, sobre la vía que ha seguido el Derecho de la Unión Europea, que después analizó en su ponencia la profesora Ortiz Lallana. La Unión Europea acude a un nuevo concepto y su correlativo neologismo: la implicación o el interesamiento de los trabajadores en la empresa. Este concepto engloba, a su vez, otros distintos, como la información, la consulta, la negociación o la participación institucional, bien a través de la presencia de los trabajadores en órganos de dirección de la empresa, o bien mediante procedimientos de designación directa o indirecta de miembros de esos órganos. En este punto el profesor Palomeque advirtió que el contenido de la participación queda a la decisión del legislador, pues esta categoría debe su significación técnica a otras nociones. Llegó incluso a calificarla de lanzadera teórica o técnica de conceptos, que, en buena medida desde el punto de vista de la política legislativa,

actúa de moneda de cambio muchas veces en la pugna ideológica y política. En fin, la participación no puede ser el todo y la parte a la vez, lo cual conduce la reflexión a las novedosas aproximaciones metodológicas que había expuesto previamente.

Sobresale en la ponencia general el extraordinario análisis del artículo 129.2 CE y sus tres mandatos a los poderes públicos: la promoción de las diversas formas de participación en la empresa (¿cuáles son esas formas de participación?), el fomento de las sociedades cooperativas mediante una legislación adecuada y el establecimiento de los cauces de acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Evidentemente es el primero el que hace referencia directa al tema objeto de estudio en este congreso. Pudo apreciarse la pobreza del tratamiento por parte del legislador español de las diversas formas de participación. Quizá por el momento temprano en el que se abordó (en 1980), como recordó el profesor Landa Zapirain en su ponencia, en el que aún no había una decisión clara por parte de nadie de apoyar una redacción distinta en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y el reconocimiento de un derecho subjetivo en su artículo 4.1, matizado por el régimen jurídico que introduce el artículo 61. No debe olvidarse que la Ley de sociedades laborales, aunque hable de participación, se refiere al tercero de los mandatos del artículo 129.2 CE, como acertadamente remarcó el profesor Palomeque.

La ponencia de la profesora Ortiz Lallana (ponencia primera) pasó revista con exhaustividad al marco normativo de «La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario». Propuso para facilitar el estudio una diferenciación didáctica en bloques temáticos de la evolución del régimen jurídico y la respuesta de la Unión Europea en esta cuestión: el primero sobre materias concretas (Directiva de despidos colectivos, la Directiva marco de seguridad y salud en el trabajo, Directiva de transmisión de empresas), el segundo dedicado a la representación en las empresas y los grupos de dimensión comunitaria (Directiva 94/45) y el tercer bloque centrado en el Derecho europeo de sociedades, con el Reglamento 2157/2001 y la Directiva 2001/86, que se redactaron simultáneamente y que inteligentemente pretenden hacer compatibles los modelos monista y dualista de participación, suavizando uno de los elementos de tensión al respecto en el seno de la Unión Europea y respetando el conjunto de principios definidos por la Directiva 2002/14. Más tarde en el debate el profesor Rivero Lamas puso de relieve cómo, sobre todo en la Directiva 2001/86, más que de aproximación se está hablando de mutuo reconocimiento, y que, a pesar de todo, esa Directiva tendrá más efectos de los previstos, puesto que se aplicará también a las sociedades laborales, además de a las anónimas en general y a las cooperativas, por obra de la Directiva de empresas transfronterizas. En todo caso, la profesora Ortiz Lallana recordó las dificultades

de la transposición iniciada por la heterogeneidad de los sistemas en los Estados miembros de la Unión Europea.

Con la ponencia del magistrado Samper Juan (ponencia segunda), titulada «Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores en la empresa», se ha estudiado con singular detalle las previsiones de los artículos 4 y 61 ET y su posible engarce en el artículo 129.2 CE. Devino especialmente interesante el repaso a las aportaciones jurisprudenciales realizadas recientemente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es presidente el magistrado Samper Juan, principalmente en lo concerniente a los matices introducidos en la valoración de la garantía de los representantes de los trabajadores de prioridad de permanencia en la empresa (arts. 51, 52 y 68 ET), a la elección del comité de empresa conjunto y del comité intercentros o a la utilización del crédito horario por los representantes de los trabajadores en la negociación de convenios colectivos. No menos interesantes resultó la propuesta de materias para su valoración ante una posible reforma del Estatuto de los Trabajadores, entre las que se hallan, por ejemplo, la evitación como efectos no deseados o imprevistos de las fricciones entre la representación unitaria y sindical en el centro de trabajo, los problemas para utilizar la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, la función o el papel que asumen los sindicatos minoritarios (buscan en ocasiones ámbitos de mayor protagonismo impugnando convenios colectivos), las carencias del concepto de unidad electoral básica (toma sólo como referencia el centro) y los desajustes que se generan en los centros pequeños, la insuficiencia de las nociones de información y de consulta (excesivamente vinculados a la vigilancia y al control) o el análisis de otros supuestos que están en zonas fronterizas, o extramuros de la legislación laboral, como el trabajo autónomo económicamente dependiente, el teletrabajo, la subcontratación o la cesión de trabajadores.

La ponencia del profesor Landa Zapirain (ponencia tercera, titulada «Las nuevas formas de participación en la empresa») enlaza conceptualmente con la del profesor Palomeque. Añade otras dimensiones al debate congresual desde una perspectiva interdisciplinaria con recursos propios del Derecho, la Sociología jurídica, la Organización de empresas o la Gestión de recursos humanos. Sugiere formas de participación inéditas o poco exploradas y se introduce en nuevos campos o espacios para la participación de los trabajadores en la empresa, la responsabilidad social entre ellos. Para acotar sus reflexiones y propuestas el profesor Landa se planteó raudamente una pregunta acerca de si existen o no límites constitucionales al concepto de participación. De su discurso se deduce que no. Entonces, ¿son suficientes los procedimientos actuales? También parece que no, porque la información y la consulta devienen insuficientes. ¿Caben, por tanto, otros modelos? ¿Hay un modelo europeo? Afirmó

el ponente que lo importante es que se han trazado en la Unión Europea unas líneas de actuación nada desdeñables que permiten avanzar en la búsqueda de nuevas formas de participación de los trabajadores en la empresa. Planteó finalmente la posibilidad de articular un modelo monista rectificado, con consejeros trabajadores vinculados al capital no únicamente con acciones sino también con participaciones.

La crónica de las mesas de trabajo, una por ponencia, en las que se han presentado las comunicaciones, ha sido elaborada por los relatores correspondientes, es decir, por los profesores don Wilfredo Sanguineti (mesa de la ponencia general), don Fernando Elorza (mesa de la primera ponencia), don Miguel Cardenal (mesa de la segunda ponencia) y doña Gloria Rojas (mesa de la tercera ponencia). Me limito a refundir sus resúmenes.

En la mesa dedicada a la ponencia general el debate sobre las comunicaciones sirvió para poner de relieve entre otras cuestiones la falta de orden conceptual en torno a la participación, la ausencia de una propuesta explicativa general sobre la misma y la inexistencia de discusión en torno a su fundamento. El profesor Palomeque, ponente general, subrayó que la utilización omnicomprensiva del concepto de participación que se ha hecho tradicionalmente constituye una flaca contribución a la construcción del mismo con verdaderas fórmulas participativas dentro de nuestro sistema de relaciones laborales.

En la mesa sobre la primera ponencia el debate se centró fundamentalmente en el análisis de la directiva sobre implicación en la sociedad anónima europea y se invirtió la preocupación por las consecuencias finales que una directiva puede tener en el desarrollo de las relaciones laborales en las empresas españolas. No está claro hoy cuál puede ser el futuro de la participación y el gobierno de la empresa en España, sobre todo cuando se repara en directivas como la 2002/14, que todavía no han sido transpuestas, o en que, por ejemplo, el proyecto de ley que transpone la directiva sobre implicación no hace más que transcribir la norma comunitaria. No parece que el legislador tenga muy claro cuál puede ser el modelo definitivo.

En la mesa que estudió la segunda ponencia las comunicaciones han subrayado la necesidad de desarrollar sistemas de participación en ámbitos concretos, como en las empresas de trabajo temporal o en la subcontratación, huérfanos de la regulación fuerte existente en otros supuestos más atendidos por el ordenamiento, como la gestión de la crisis empresarial o la actuación de los representantes en materia de prevención, sin perjuicio de que susciten también importantes dudas sobre el alcance del contenido de este derecho. Se han sugerido por último interesantes fórmulas para la adecuación de los órganos de representación unitaria y sindical a los incrementos y disminuciones de plantilla.

Y la mesa adscrita a la tercera ponencia informa de la profunda discusión sobre temas novedosos para el estudio iuslaboralista, como el régimen jurídico de las «stock options», en su doble consideración de sistema de participación de los trabajadores en la empresa y de modalidad retributiva, o la más complicada cuestión de la gestión de los instrumentos complementarios por pensiones, donde se observa una intervención legislativa que lejos de avanzar en la participación de los trabajadores se inclina hacia el refuerzo o el aumento del poder empresarial en su gestión. Se ha efectuado un detenido análisis del artículo 81 de la Ley de sociedades anónimas del que se desprende que las operaciones de asistencia financiera plantean implicaciones laborales. Suscitó preocupación entre los asistentes la descripción estadística de la realidad empresarial española, que se asienta sobre empresas de las que el 90% son PYMES y de ellas el 75% cuentan con menos de seis trabajadores y en las que, como es sabido, la representación y la participación son prácticamente inexistentes.

Concluyo así esta breve crónica del XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Salamanca los días 18 y 19 de mayo de 2006. Muchas gracias.

Se ajusta el presente volumen al desarrollo del XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Salamanca,18 y 19 de mayo de 2006) cuyo tema general fue "Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales". Tras el prólogo del Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS), Antonio V. Sempere Navarro, se recogen la ponencia general, de Manuel Carlos Palomeque López, con el título "La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)", y a la que acompañan siete comunicaciones. La primera ponencia temática, "La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario", de Carmen Ortiz Lallana, va seguida de ocho comunicaciones. La segunda ponencia, desarrollada por Joaquín Samper Juan se centra en "Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores", y se perfila igualmente en algunos de sus aspectos con la aportación de ocho comunicaciones. La tercera ponencia abarca "Las nuevas formas de participación en la empresa" y es desarrollada por Juan Pablo Landa Zapirain, con otras tantas (10) comunicaciones. El volumen se cierra con las conclusiones, a modo de crónica del Congreso, elaboradas por Enrique Cabero Morán.

ISBN 978-84-8417-262-8