

ENSAYO PRELIMINAR

AGOTAMIENTO DEL MODELO ESPAÑOL DE DOBLE CANAL DE REPRESENTACIÓN PARA UNA EFICIENTE GESTIÓN DEL CAMBIO EN LA EMPRESA: LA CO-DETERMINACIÓN COMO POSIBLE SOLUCIÓN*

Juan Pablo Landa Zapirain**
(UPV/EHU)

SUMARIO: 1.Introducción. –2.Algunos apuntes conceptuales previos. –3.La participación de los trabajadores en la empresa: una temática pluridimensional. 3.1 En origen, un resultado de la ideología sindical y política en torno a la democracia industrial, y de sus avatares constitucionales y legislativos. 3.2 En hipótesis, ¿podría representarse la RSE como un epifenómeno de la democracia industrial?. 3.3 Los derechos de propiedad frente a la participación de los trabajadores: ¿es la participación accionarial una solución?. 3.4 La autonomía privada de la Empresa como solución dentro de una cultura de empresa innovadora: estatutos, reglamentos internos o pactos parasociales. 3.5 La intervención legislativa como opción política: fomento de la co-determinación, de la negociación colectiva, o abstención. 3.5.1 La intervención legislativa en España. –4. El enfoque de la negociación colectiva como técnica de participación de los trabajadores en la empresa y el caso español. 4.1 La ideología sindical hecha norma en nuestra tradición legislativa nacional. 4.2 El vector innovador del Derecho comparado y la regulación europea. –5.Conclusión.

RESUMEN

Las empresas españolas gestionan los procesos de cambio interno de acuerdo con procedimientos de negociación colectiva con los órganos de representación de los trabajadores existentes en su organización. En este ensayo, a la vista de la larga ejecutoria de estos procedimientos, así como de los intentos de reformarlos legislativamente a lo largo de los últimos años sin mucho éxito, se plantea como hipótesis la posibilidad de mejorar su eficiencia reorientando el enfoque legislativo desde la negociación colectiva hacia la participación. Una opción que está más en la línea del modelo europeo de implicación de los trabajadores en las decisiones de la empresa a través de sus comités de centro o de empresa, compartiendo éstos con la dirección las responsabilidades sobre las decisiones adoptadas en importantes áreas de la organización del trabajo, así como también en la toma de decisiones a nivel de la dirección estratégica de la empresa, de acuerdo con un verdadero sistema de codeterminación de la gobernanza de la empresa.

*Recibido el 29 de septiembre. Aceptado el 28 de octubre.

** C.U.Dº. del Trabajo y de SS.

ABSTRACT

Spanish companies manage internal change process by way of procedures of collective bargaining with the bodies of workers' representatives within their organisation. In light of the protracted duration of these procedures, and of the various attempts at statutory reform without any positive outcome for the past years, this paper puts forward as a hypothesis the possibility of improving their efficiency reorienting the statutory approach from collective bargaining towards participation mechanisms. Such an option is more aligned with the European model of workers' involvement in management decisions through their work council, and could be geared towards a system of codetermination at work.

Palabras clave: participación de trabajadores, negociación, gobernanza de la empresa.

Key words: workers' participation, collective bargaining, corporate governance

1. INTRODUCCIÓN

La hipótesis que se manejará en este ensayo doctrinal es la de que una gestión eficaz del cambio dependerá en buena medida de dos factores claves: En primer lugar, de la particular cultura propia a la empresa, y, en segundo lugar, del modelo regulador de la gobernanza de la empresa que se maneja para llevar a cabo ese objetivo. Dicho de otra manera, la gestión del cambio será decidida y ejecutada en cada empresa, de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia con respecto a la consecución del resultado, para lo cual también tendrá que tener en cuenta, en alguna medida, el marco regulador vigente, así como el tipo de gobernanza interna que exista en cada empresa, en función de la cultura empresarial imperante en cada caso concreto.

De acuerdo con ello, en teoría, la empresa dispondrá de diversas opciones, que irán desde la decisión unilateral del órgano de dirección societario hasta la codecisión entre los representantes del capital y de los trabajadores, o incluso podrá ir aún más lejos si utiliza un mecanismo de codecisión aún más completo que incluya a otros partícipes de la organización empresarial (como proveedores y clientes, *stakeholders* es el término anglosajón que mejor define esta toma en consideración de los intereses de los demás partícipes de la organización empresarial, junto con los intereses del accionariado propietario¹).

Desde la perspectiva jurídica, en mi opinión es posible vislumbrar en el Derecho de la union europea la existencia de **un modelo europeo de gobernanza empresarial**. Ciertamente se trata de un modelo capitalista y pluralista, como plurales son las realidades empresariales en Europa, pero que, fuertemente inspirado en la experiencia exitosa de la economía alemana para superar los periodos de crisis, en buena parte atribuida al sistema de co-determinación (*Mitbestimmung*) que rige en sus principales empresas, ha colocado a los mecanismos de participación de los trabajadores en la empresa en el centro de este modelo. Lo que significa básicamente que los trabajadores se impliquen en la toma de decisiones, no solo a nivel de empresa a través de sus comités de centro o de empresa, compartiendo las responsabilidades sobre las decisiones adoptadas en importantes áreas de la organización del trabajo, sino que participen también en la toma de decisiones a nivel de la dirección estratégica de la empresa, bien a través de los representantes de los trabajadores que forman parte del consejo de vigilancia, órgano

¹ Como la empresa Levi Strauss que implantó el primer código de conducta extensible a suministradores y contratistas independientes de la compañía en 1992. Cfr. J.M. Witte, "The potential and limits of Codes of Conduct and Standards in Fostering Core Labor Standards" en B.J Fick *International Labour Law*, Ed. Elgar Publishing Ltd., UK, 2015, pp.485 y ss.

de control de la sociedad mercantil (modelo bicameral o dualista de gobernanza), o bien formando parte del consejo de administración (modelo unicameral o monista).

Es cierto que en la realidad actual, la organización y práctica del trabajo obedece todavía de manera fundamental al sistema taylorista de organización del trabajo, fundado en la división del trabajo y la jerarquización de las tareas y de las decisiones. Sin embargo, este modelo, a menudo, se traduce en prácticas de gestión que no son eficaces a la hora de garantizar un nivel alto de **productividad** del trabajo. En nuestro tiempo, la mejora de la productividad no depende siempre de la reducción de costes (salariales, entre otros), sino cada vez más de una clase de trabajo fundamentalmente intelectual dirigido a una producción inmaterial, difícilmente medible, sobre todo producida por el sector servicios². Tal y como podemos observar, al menos, en aquellas empresas más innovadoras y productivas, otra tendencia de nuestro tiempo –que también apunta a sobrepasar el modelo de producción clásico o taylorista–, que está cada vez más presente en las prácticas “manageriales” o de dirección de personas, es que la inmensa mayoría de ellas alimentan su potencial innovador buscando la implicación de sus trabajadores, y de esta forma logran mejorar los niveles de productividad con una organización del trabajo basada en la colaboración leal y la confianza recíprocas³.

En este ensayo, pretendo realizar un análisis crítico de nuestro sistema de relaciones laborales (*industrial relations system*, en la terminología anglosajona) y en clave de derecho comparado, mediante el examen de las principales instituciones que han servido hasta ahora para favorecer e implantar **mecanismos de participación de los trabajadores** en la toma de decisiones a distintos niveles dentro de la empresa capitalista de producción. Con este fin se distinguen tres niveles de participación: La participación a través de la consulta de los representantes previamente informados, antes de la adopción de cualquier decisión que repercuta sobre los intereses de sus representados (lo que denominaré mecanismo de **co-determinación débil**). En segundo lugar, la que consiste en la obligación de alcanzar un acuerdo en interés de la empresa⁴ con los representantes de los trabajadores antes de proceder a la adopción de la decisión por parte del órgano societario o por quien lo represente (al que denominaré mecanismo de **co-determinación fuerte**). En tercer lugar, la participación en la toma de decisiones estratégicas de la empresa, normalmente mediante la designación de representantes de los trabajadores en los órganos societarios de decisión de la sociedad mercantil (lo que denominaré **cogestión** de la empresa). Voluntariamente dejo al margen los procesos de negociación colectiva sindical, que aunque forman parte de los procesos de participación de los trabajadores en sentido amplio y pueden instrumentalmente favorecerlos e incluso sustituirlos, sin embargo opino que no debieran calificarse como una fórmula auténtica de participación, sino como una técnica de defensa y promoción –junto con las medidas de conflicto colectivo– de los intereses propios de una parte de los partícipes en la empresa, la de los trabajadores representados en la mesa de negociación.

A partir de este análisis valoraré el potencial de esos mecanismos de co-determinación para modificar, mejorar o perfeccionar los enfoques tradicionales de gobernanza empresarial en nuestro país, tanto desde el punto de vista laboral como mercantil. En hipótesis, por lo menos, el desarrollo y adecuación de los mecanismos de participación en los tres niveles antedichos permitirían **liberar a la negociación colectiva sindical** de cubrir otras funciones que no sean las estrictamente reivindicativas de la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores en un marco de relaciones industriales y sindicales libre.

² X. Baron, *La performace collective*, éditions liaisons, France, 2012, pp.10-12.

³ Ciertamente la idea de la participación de los trabajadores en su empresa no es nada nueva, desde las iniciales aportaciones de Owen, Fourier o Proudhon, a través de las cooperativas o de las llamadas empresas de la economía social y solidaria existen numerosos ejemplos de estas prácticas. I.Ferreras, *Gouverner le Capitalisme*, Presses Universitaires de France, Paris, 2012, pp.206 y 207.

⁴ Yo los denominaría, acuerdos de competitividad.

Este abordaje de nuestro objeto de estudio se desarrollará a continuación en **dos Partes**, una dedicada al análisis positivo, a la vez que empírico, de las regulaciones existentes sobre el papel de la participación en el diseño de la gobernanza empresarial; y una segunda Parte, dedicada al análisis de los instrumentos de la negociación colectiva, bien para reforzar la participación, como vía complementaria o como recurso subsidiario ante la falta de mecanismos de participación en la concreta empresa, o como alternativa a la participación, favoreciendo así un modelo de gobernanza basado en la gestión del conflicto de intereses contrapuestos entre las partes. Finalmente, unas valoraciones conclusivas para un debate, en mi opinión, central para el **futuro del sistema de relaciones industriales español**⁵, instalado hoy en día dentro de un sistema capitalista de producción en evolución hacia un modelo todavía indefinible pero cuya transformación ya es apreciable hoy en día inmersos como estamos en la 4ª revolución industrial.

2. ALGUNOS APUNTES CONCEPTUALES PREVIOS

Este ensayo persigue un objetivo investigador claro, repensar las fórmulas de gobernanza empresarial para una mejor gestión del cambio en la empresa. Desde una perspectiva estrictamente laboral, a tal fin es necesario mejorar el marco jurídico-conceptual de nuestro marco regulador sobre las instancias de representación de los trabajadores en la empresa para hacerlas funcionalmente más eficaces para la gestión del cambio. Para esto propongo revisar algunos conceptos jurídicos en torno a instituciones laborales claves para la gobernanza de la empresa con el fin de funcionalizarlas a este propósito investigador.

En primer lugar, el propio concepto de participación de los trabajadores, que, por un lado, es el resultado de un desarrollo constitucional parcial del art.129,2 CE, y, por otro lado, en términos de teoría jurídica es conceptualmente cuando menos confusa, por no decir desacertada en términos comparativos, por muy singular que sea nuestro modelo nacional de representación en la empresa. En una perspectiva de Derecho europeo, sería recomendable avanzar hacia una conceptualización más coherente con las concepciones culturales y jurídicas más generalizadas en Europa (A). En segundo lugar, la misma idea de empresa. Propongo definir un concepto laboral desvinculado de la noción mercantil de sociedad de capital, a la vista de que está poco e insuficientemente desarrollado como institución propia del Derecho del Trabajo. En otros términos, una definición funcionalmente limitada y demasiado dependiente del criterio de plantilla como único parámetro configurador (B).

A. ¿Qué entendemos por participación de los trabajadores en la empresa?.

Si observamos el Derecho de la unión europea, se prefiere el término “**implicación**” de los trabajadores al de participación. Un término más flexible y más amplio, que abarcaría al vocablo participación. La Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre del 2001, que completa el Reglamento sobre la Sociedad Europea de capital, en efecto utiliza el término implicación de los trabajadores, con el que se abarca la información, la consulta y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir sobre las decisiones de la empresa. En consecuencia, esta Directiva define “**participación**” como una forma de influencia que los representantes de los trabajadores ejercen sobre los asuntos societarios, bien mediante el derecho a elegir o de designar a alguno de los miembros del órgano de vigilancia o del consejo de administración, o bien mediante el derecho a proponer o a oponerse a una parte o al conjunto de los miembros de estos órganos.

Sin pretender limitar el alcance del concepto de participación a la sola intervención o implicación de los representantes de los trabajadores en ciertas decisiones de la empresa entendida

⁵ Prefiero usar esta denominación más globalizada(anglosajona) que la nuestra de sistema de relaciones colectivas de trabajo, o de relaciones laborales *tout court*.

como sociedad mercantil, que es a lo que se dirige esta Directiva societaria, lo cierto es que, al menos en teoría, la adopción de este **enfoque pragmático** a la hora de definir el concepto de participación, mediante la especificación de los mecanismos concretos con los que se afirma esa participación en la vida real, nos permitiría poner en práctica propuestas legislativas de regulación de la participación más eficaces, o tan eficaces como los mecanismos de negociación colectiva, que actualmente guían la gestión del cambio en la empresa española. Esto nos enseña el Derecho europeo.

Otra opción distinta sería adoptar el **enfoque más dogmático y tradicional**, a la que una futura regulación española podría mirar si se quiere mejorar la actual regulación contenida en el Tit. II del TRLET, modificando este Título o mediante una legislación específica. Este sería el caso de la definición legal propuesta por la ley de co-determinación alemana de 1972 (art.2), donde participar se traduce por una obligación de cooperar con un espíritu de confianza mutua entre el empresario y los representantes de los trabajadores, dentro del respeto a la debida aplicación del convenio colectivo y de las relaciones entre los representantes sindicales y las asociaciones empresariales existentes en la empresa, con el fin de favorecer el bien de los empleados y de la propia empresa (traducción libre del inglés).

Posiblemente, en nuestro caso, y dada nuestra forma de legislar en esta materia –mirando de soslayo la experiencia alemana pero con las peculiaridades de nuestro propia historia del sistema de relaciones laborales en España–, sería recomendable combinar **ambos enfoques, el pragmático y el dogmático**. Quiero decir, que en primer lugar habría que definir lo que en este país se entendería por “participar”. En este sentido, además de señalar que se reconozca el derecho individual a participar mediante representantes, habría que dotar a ese derecho de un fin, por ejemplo, el de colaborar por el bien común de todas las partes de la empresa. En segundo lugar, habría que establecer un par de mecanismos funcionales que permitieran identificar el cauce a través del que esa participación se hiciera real y efectiva más allá de la teoría. La designación de uno o varios representantes del comité para formar parte del órgano de decisión de la empresa, o de poder vetar la selección de los directivos o de ciertos directivos, serían formulas concretas y útiles para instaurar un modelo de participación real y efectiva en todas o algunas empresas españolas (según el tipo de sociedad, o por su plantilla, volumen de negocio, capital social o una combinación de factores).

Por otra parte, no es que sea imprescindible adaptar la terminología propia del Derecho alemán sobre las facultades de los “*betriebsrat*” (consejos de empresa) y la *Mitbestimmung* (que a efectos de este ensayo traduciré por el término cogestión), pero si el legislador se inspiró de algún modo en este modelo no debería desnaturalizarse tanto su contenido. Por ejemplo, en el Derecho alemán podemos diferenciar la participación del comité de empresa en ciertas decisiones de carácter más bien organizativo de la producción (emplearé para nuestro propósito el término **codecisión**), de su participación en la determinación conjunta de otras muchas condiciones de trabajo, especialmente en la gestión del cambio (**co-determinación**) en paralelo a la acción sindical de negociación de los convenios colectivos que sean de aplicación a la empresa, aunque normalmente son negociados fuera de ella. A su vez, estos derechos de co-determinación del comité serían diferenciables del derecho a la participación de los trabajadores –junto con los accionistas– en los órganos de la sociedad mercantil (**cogestión**). Si bien hay que recordar que es a este preciso derecho al que se refiere la concepción original de la *Mitbestimmung*, me permito esta licencia terminológica para plantear un concepto propio de codeterminación más funcionalizado y acorde con la realidad española actual⁶.

A los fines de este trabajo, manejaré en toda su extensión el concepto de participación de los trabajadores con todas las proyecciones antedichas. Así pues, el concepto de participación abarcará las fórmulas de co-determinación y de codecisión junto con la cogestión dentro de los

⁶ P. RÉMY, “Le droit à la participation en droit allemand: codécision, codétermination, cogestion, autonomie collective”. *Droit social*, n°12, 2015, p.975.

órganos societarios. Pero si trasladamos este concepto al manejo crítico de las instituciones de la participación obrera en el Derecho español actual, esta noción amplia de participación, al menos en hipótesis, en teoría debería comprender igualmente a los demás mecanismos de implicación de los trabajadores en la gestión ordinaria y estratégica de la empresa. Es decir, que además de las fórmulas legalmente existentes en el Tit. I y II del TRLET para influenciar el ejercicio del poder de decisión del empresario, desde el comité de empresa, los delegados de personal o los comités *<ad hoc>*, tendríamos que referirnos también a aquellos tradicionales mecanismos de **participación accionarial** o del reparto de beneficios. Sin embargo, desde mi punto de vista, no está para nada claro que la finalidad de esta institución sea favorecer la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades de capital, consejo de administración o de vigilancia (según el modelo de cogestión) y junta de accionistas (según el modelo de participación accionarial), puesto que, al menos en su práctica real, la finalidad de la participación accionarial consiste en retribuir la participación de los trabajadores en los beneficios a través de un salario indirecto, pero salario al fin y al cabo. Todo esto lo abordaremos posteriormente (ap.3.3).

La definición de lo que debiéramos entender por participación no es un tema baladí para las decisiones de la empresa adoptadas en el marco de una gestión para el cambio. En efecto, en atención a los diferentes objetivos o resultados pretendidos por esa decisión de cambio, no es igual buscar la participación del órgano de representación y su influencia en la decisión de cambio, que determinar sus efectos sobre el bienestar de los trabajadores en el marco de una negociación colectiva sindical. Ambos procedimientos pueden y deben ser compatibles, de su buena y adecuada gestión se derivan consecuencias importantes para la más efectiva y buena gobernanza de la empresa contemporánea.

Efectivamente, desde la lógica intrínseca de la participación lo que está en el fondo de esta disyuntiva negociación-participación es el modelo de **gobernanza de la empresa**. Etimológicamente, el término participar significa tener o tomar parte de algo, de una cosa; lo que referido a la organización humana que denominamos empresa se traduciría necesariamente por la participación directa o a través de representantes en la toma de decisiones de la empresa a distintos niveles. En mi opinión, poder decidir, siquiera puntualmente y de manera parcial, es la mejor influencia posible sobre una gestión del cambio responsable. Es verdad que se puede influir de otras formas, mediante la negociación colectiva, desde luego, pero como bien sucede en el Derecho alemán, co-determinación no es sinónimo de negociación colectiva, sin embargo en nuestro sistema de relaciones industriales no existen parámetros claros de diferenciación entre la negociación colectiva de empresa y la co-determinación a través de la participación del comité de representantes.

Esta confusión funcional entre los órganos de representación de los trabajadores y de los trabajadores afiliados no me parece constitucionalmente correcta. Es verdad que en el marco de la Constitución española podría interpretarse que el **art.129,2 CE**, en línea con el constitucionalismo francés, recoge la participación de los trabajadores como un mecanismo facilitador de la consideración de sus intereses particulares en la elaboración de las decisiones de la empresa que se les van a imponer, con lo cual el cauce de la negociación colectiva es adecuado a tal objeto. Sin embargo, en mi opinión, la Constitución española va aún más lejos que el Preámbulo de la Constitución francesa, y persigue favorecer una participación que promueva también la propiedad de la empresa (de los medios de producción) por parte de los trabajadores, y no solamente a través de la Constitución de Sociedades cooperativas. Por esta razón, pienso que la fórmula empleada en la Constitución está más cerca del verdadero significado etimológico del término participar en todo tipo de decisiones, organizativas y estratégicas.

Por otro lado, en nuestra Constitución aparece bien claro que una cosa es el derecho a la negociación colectiva del que son titulares los representantes de los trabajadores (que comprende a los representantes sindicales pero también a otro tipo de representantes) reconocido en el **art.37,1CE**, y otra diferente es la participación en la empresa que se acoge en sus variadas formas, incluida la del acceso a la propiedad por parte de los trabajadores, pero que

remite al legislador ordinario su fomento y articulación normativa (art.129,2CE)⁷. En este punto, la guía que en su práctica reguladora ha seguido nuestro sistema de relaciones laborales, formalmente al menos, ha sido la del Derecho alemán, el cual separa claramente ambos espacios, los derechos sobre la negociación y la participación y el régimen de su ejercicio. Ha sido la práctica empresarial y sindical –con la ayuda de nuestra jurisprudencia– la que ha falseado en los hechos la aplicación de un modelo constitucional bastante más preciso y claro en esta cuestión.

Tampoco la acción del legislador español ha respetado el modelo de referencia. Al constreñir su desarrollo legislativo al **Tit.II del TRLET**, la participación se ha limitado a ser un medio de influenciar las decisiones del empresario a través de los procedimientos de información y consulta al órgano de representación de las empresas, con más de 6 trabajadores en el mejor de los casos (en Alemania son 5 trabajadores fijos). Al trasladar al **Tit. I** aquellos procedimientos de información y consulta ante los comités de empresa dotados de un plus de eficacia vinculante, determinantes de la decisión final de la empresa, ha pasado a reconvertirlos en renovados instrumentos del diálogo social a nivel de empresa (los acuerdos de empresa vinculantes que acompañan, complementan o modifican los contenidos de la negociación colectiva propiamente dicha). En efecto, los acuerdos de empresa del art.40; 41; 44,4º; 47..., sí son a mi juicio homologables con la que he denominado co-determinación en el sentido fuerte, ya que por exigencia de la Ley alemana de 1972 deben conducir a la adopción de acuerdos colectivos consensuados con el órgano de representación de los trabajadores. En España, la diferencia está en que esos acuerdos pueden hacerse, además de con el comité, con comisiones <ad hoc>, o con secciones sindicales mayoritarias dentro del comité y, que además, en caso de no alcanzarse el consenso se traducirán en un planteamiento de conflicto colectivo⁸.

En resumen, si formalmente comparamos nuestro modelo español al modelo alemán, diríamos que después de todo el comité de empresa actúa formalmente como un verdadero órgano de co-determinación de importantes condiciones laborales, sobre todo cuando toca reestructurar la empresa. Sin embargo, en nuestro sistema no hay atisbo alguno de la cogestión, luego, en cualquier caso, se trata de una participación singular (los acuerdos de empresa se presentan como procedimientos de negociación colectiva a nivel de empresa), y en cualquier caso incompleta. En las páginas sucesivas intentaré identificar cauces para que esa participación completa sea reintroducida en las relaciones laborales a nivel de empresa, bien mediante intervenciones legislativas reformadoras en línea con el derecho comparado que manejamos, o bien mediante la utilización de las técnicas jurídicas existentes para corregir esta disfunción legislativa.

B. Un concepto funcional de empresa adaptado a la gobernanza participativa

Esta idea de la participación en sentido fuerte, es decir en la toma de decisiones de la empresa, organizativas o de gestión ordinaria, pero también estratégicas o de futuro, debe conllevar una definición apropiada del concepto de empresa que, en mi opinión, no debiera tampoco confundirse con la noción mercantil al uso.

Para el fin de la participación, propongo utilizar una **idea original de empresa**, tal vez incompatible con la del Código de Comercio⁹, pero más funcional a los fines del Derecho del Tra-

⁷ ML. Molero y F.Valdés Dal Ré, *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresa*, cit., p.8 y ss. En cambio, en los sistemas de co-determinación la falta de consenso se somete normalmente a un órgano de conciliación.

⁸ Para su solución en cada empresa se constituirá para cada conflicto un órgano de conciliación de empresa. Estará compuesto, por un lado, por el presidente del comité, un sindicalista y un abogado, por la otra parte, el titular de la empresa, un representante de la asociación empresarial al que pertenezca y un representante jurídico de la empresa. Estará presidido a propuesta de las partes por alguien nombrado por el Tribunal de Trabajo. U.Zachert, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Ed. Università degli Studi di Trento, Trento, 1995, p.76.

⁹ En el viejo código de Comercio, la empresa se define como un contrato entre dos o más personas para la puesta en común de bienes, industria, fondo de comercio, etc. Si el contrato en el Código de Comercio es un elemento

bajo, aunque se limite únicamente a encuadrar y justificar los derechos de los trabajadores y de sus representantes a la participación. Propongo como definición la de la empresa entendida como organización de personas dispuestas a realizar una actividad comercialmente rentable en interés de todas sus partes, lo cual comprende también –según la teoría de la empresa socialmente responsable– un objetivo de sostenibilidad ambiental y de satisfacción del interés de cada uno de sus partícipes o *stakeholders*. Una concepción que entiendo se adapta mejor a un tiempo político donde la visión favorable a una ecología humanizadora del modelo de producción se vaya abriendo camino como un valor emergente de nuestra sociedad contemporánea, aunque ese camino esté bien lejos todavía de haberse consagrado a nivel global.

Una idea, que, por otra parte, es mucho más coherente con la ideología originaria del **capitalismo liberal**, porque disfrutar del bienestar de otros –terceros– es coherente con la persecución del interés propio a través de la actividad económica. La explicación no está en el beneficio económico que se desprende, sino que es algo inherente a la propia naturaleza humana y trasciende el discurso de la economía (Adam Smith)¹⁰. Es conocido que Adam Smith seguía en este punto la teoría de David Hume sobre la inextricable vinculación de la política económica con la moralidad (entendiendo la moral como pasión humana no contraria a la razón). Por lo tanto, constato que las teorías capitalistas más contemporáneas, cuando proclaman la separación entre ética y economía (¡es la economía estúpido!) no se basan en el verdadero pensamiento del fundador de la teoría económica¹¹.

Para dar un cauce operacional a esa definición de la empresa, posiblemente no basten las clásicas teorías laboristas sobre la democracia industrial, al menos no me parecen suficientes con los contenidos y límites con que se han utilizado por los interlocutores sociales y económicos, ni con el sostén más o menos acusado por parte de los poderes públicos hasta este momento (abordaré este tema después). Posiblemente haya que repensar también **el derecho de sociedades**, para que una concepción separada de la empresa-comunidad de personas no sea confundida con los mecanismos de la gobernanza societaria exclusivamente reservados a los propietarios del capital social. Habría que formular un tipo de gobernanza de la empresa que tuviera en cuenta esa realidad doble y que represente ambas concepciones en un sistema de gobernanza unitaria –mejor que dual– de la sociedad mercantil y de la empresa, una única actividad económica pero con funciones organizativamente separadas para ambas estructuras¹². Nuestro derecho español actual no ha encontrado aun esa fórmula justa a la vez que competitiva donde se reconozca la legítima búsqueda de rentabilidad a la sociedad mercantil, a la vez que permita funcionar a la empresa satisfactoriamente para todos sus miembros, mediante el reconocimiento a esa organización humana denominada empresa de una libertad y autonomía organizativa suficientes con respecto a la propiedad.

de relieve en la definición de empresa, en el nuevo Derecho mercantil que se está perfeccionando, la empresa se configura como el instrumento necesario al empresario para la consecución de sus fines, desapareciendo prácticamente la idea de personas intervinientes en su constitución en un marco de obligaciones asumidas por contrato. Efectivamente, en el Anteproyecto de nuevo Código mercantil empresa es el conjunto de elementos personales, materiales e inmateriales organizados por el empresario para el ejercicio de una actividad económica de producción de bienes o prestación de servicios para el

mercado (art.131-1 del libro I), es decir, todo, también las personas, a disposición del empresario emprendedor.

¹⁰ Vid. E. MacGaughey, “Collective bargaining for corporate change”, paper presentado en la Conferencia inaugural de la LLRN, Barcelona, junio del 2013, p.14.

¹¹ S.A. KAYATEKIN, “The relation of morality to political economy in Hume”, *Cambridge Journal of Economics*, nº38, 2014, p.605 y ss.

¹² En el momento actual, se puede defender –al menos en hipótesis– que el mayor bien para el desarrollo de una evolución de las empresas productivas, acompasada a los nuevos tiempos de la globalización, vendría de la separación conceptual de la idea político-jurídica de la sociedad anónima y de la noción de empresa como organización humana para el emprendimiento, su fusión teórico-conceptual puede ser la raíz o una de las causas más endémicas de las crisis contemporáneas. Vid. B. Segrestin et A Hatchuel *Refonder l’entreprise*, Editions du Seuil, France, 2012, p.115 y ss.

La empresa organización humana para la producción diferenciada de la sociedad mercantil que la corporiza jurídicamente no es una idea quimérica. No niega que la empresa existe para la consecución de una actividad económica, que debe ser rentable en el mercado de intercambio de bienes y servicios, que esa funcionalidad económica la origina un emprendedor... en atención a una estrategia empresarial que solo él define para la empresa¹³. Pero, a su vez, ese emprendedor debe actuar como líder de la organización de la producción, y como tal podrá ser sometido a la supervisión de las demás personas vinculadas con esa empresa, puesto que ese liderazgo se ejerce con responsabilidad (es moralmente responsable), ante la sociedad mercantil, pero también frente a la propia empresa que dirige y a la que también debe rendir cuentas a través de los órganos establecidos a tal efecto¹⁴.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: UNA TEMÁTICA PLURIDIMENSIONAL DE DESARROLLO INCIERTO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el Derecho español, la participación de los trabajadores en la empresa no tiene por qué materializarse únicamente a través de sus representantes, tal y como establece, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946. Corresponderá a las normas dictadas en desarrollo del art. 129, 2º CE decidir sobre el particular, sin excluir a priori otras formas de representación directa de aquéllos (por ejemplo, la asamblea o las comisiones mandatadas por la asamblea de trabajadores), tal y como expresamente reconoce la Constitución, en relación con “el acceso a la propiedad”, o a las sociedades cooperativas, en cuanto partícipes directos del capital social de la empresa. Dentro de este panorama potencialmente abierto, el art.4,1 g) TRLET reconoce el derecho de los trabajadores a la información, consulta y participación, si bien con el contenido y alcance que disponga su normativa específica, que como se sabe, hoy por hoy, se contiene en los **art.61 y ss. del TRLET**, el cual sí que dice que, sin perjuicio de otras formas de participación, el derecho a participar en la empresa se hará a través de los órganos de representación regulados en el Título II; en resumidas cuentas, a través de los delegados de personal y comités de empresa con el contenido de derechos de información, consulta y las competencias reguladas en el art. 64 TRLET.

Ciertamente, el art.64 contiene un elenco amplio de derechos de información y consulta de los representantes electos de los trabajadores de carácter escasamente decisorio, pero que entran en el tipo de concepto de participación que maneja el Derecho europeo como medios para influir en las decisiones del empresario. Incluso adoptan la forma cooperativa o colaborativa de la **codecisión** sobre determinados aspectos de la gestión de la empresa, como son la obra social, o las medidas de conciliación, que se podrían extender al incremento de la productividad o a la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así hubiese sido pactado en el convenio colectivo de aplicación a la empresa (art.64, 7º, letras b), c) y d) TRLET).

Tal y como he señalado con anterioridad, en poco sería homologable el sistema español con el alemán¹⁵, si no fuera porque las fórmulas de la **co-determinación**, llamémoslas “fuertes”, hu-

¹³ F.Deboissy, “Le contrat de société”, en AAVV, *Le Contrat*, Ed. Travaux de l’Association Henri Capitant, T.LV, 2005, p.119

¹⁴ And...” they must (like trustees) exercise their powers for proper purposes and in good faith. A fiduciary duty requires you to put the interests of someone else, here the company, before your own”, Cfr. B.WEDDERBURN OF CHARLTON, “Employees, partnership and Company Law”, *Industrial Law Journal*, vol.31, nº2, 2002, p.7,

¹⁵ Asuntos donde juega la codeterminación fuerte (el empresario no puede decidir sin el consenso del comité) en el Derecho alemán, por ejemplo, son: organización de los métodos de trabajo y las cuestiones de disciplina; horarios de trabajo y distribución de la jornada; ampliaciones o reducciones de jornada; tiempo, forma y estructura del salario; el control de datos de los trabajadores; calendario de vacaciones y conciliar los desacuerdos surgidos entre trabajador y empresario sobre las fechas de disfrute; control del trabajo y medida del rendimiento; planes sociales en caso de reestructuraciones con efectos sobre la plantilla, entre otras. B.Waas, “Non trade union workers’ representation in Germany”, en R.Blanpain & N.Lyutov, *Workers’ representation in central and Eastern Europe*, Wolters Kluwer, BCLR,nº85, The Netherlands, 2014, p.97. U.Zachert, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Ed. Università degli Studi di Trento, Trento, 1995, p.74.

biesen sido establecidas de manera asistemática en determinados preceptos del Tit. I. En efecto, si bien los mecanismos de información y consulta son en teoría un mecanismo débil de participación, porque la decisión final, refleje poco o mucho la opinión de los trabajadores, corresponde al empresario o representante de la propiedad de esa empresa¹⁶; sin embargo, en nuestro sistema de relaciones industriales en la empresa muchos de esos procedimientos de información y consulta se han canalizado a través de un procedimiento legal para la consecución de **acuerdos de empresa** negociados de buena fe, con carácter vinculante para ambas partes (me refiero a los conocidos procedimientos legales instaurados por los arts. 40,2º; 41,4º; 44,9º; 47 y 51, o el acuerdo de descuelgue del art.82,3 TRLET). De esta forma, estos procedimientos de consulta se apartan de la estricta lógica consultiva activada mediante la emisión de opinión oral o escrita a través de informes previos, que es la técnica que en teoría está informando al modelo legal del Tit. II TRLET, complementándose ambas recíprocamente, aun a riesgo de trocar la participación de los representantes en un proceso de negociación colectiva en la empresa ajena a los sindicatos.

Aun y todo, como hemos señalado en el apartado 2 anterior, el modelo español de co-determinación no puede homologarse al modelo alemán, precisamente por la manera en que se enfoca el tema de la cogestión. Efectivamente, **el sistema de cogestión, que parcialmente aventura el art.64 TRLET**, no es ni mucho menos equiparable al de la cogestión alemana, donde el proceso de co-determinación se lleva también a cabo dentro del consejo de vigilancia. Efectivamente, en el marco de los derechos de información y consulta, el comité de empresa –que intervendrá desde fuera del órgano de decisión corporativa–, deberá ser informado, con la periodicidad que proceda, del balance, cuenta de resultados, memoria y de los demás documentos que den a conocer a los socios de capital (art.64,4ª). Asimismo deberá ser informado y consultado sobre todas las decisiones que pudieran provocar cambios relevantes en la organización del trabajo y en la contratación, por ejemplo, decisiones sobre reestructuraciones, traslados, procesos de fusión, absorción o modificación del status jurídico de la empresa (art.64,5º). La consulta deberá realizarse en el momento apropiado, con el nivel de dirección y representación de la empresa correspondientes, y la representación de los trabajadores deberá obtener una respuesta justificada a su informe, contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto de poder llegar eventualmente a un acuerdo sobre estas y otras cuestiones de la gestión del cambio (art.64,6º).

Este modelo de cogestión constreñido por las limitaciones de los procedimientos de consulta y negociación, no es comparable con la participación directa en el órgano societario que adopta las decisiones sobre la gestión y los proyectos estratégicos de la empresa, o del que controla la actividad de ese órgano societario. ¿Podría eventualmente la negociación colectiva de empresa suplir este defecto de la intervención legislativa?

Inicialmente, y como analizaremos en la II Parte (ap.4) con más detenimiento, no habría problemas jurídicos de fondo para que algunas de estas competencias de co-determinación de la representación unitaria estuvieran reguladas en convenio colectivo. Pero sería aun más seguro –jurídicamente hablando– que esa participación estuviera garantizada por la Ley, tal y como lo ha hecho en Francia la Ley de 14 de junio de 2013, de segurización del empleo, que no solo dota de facultades de intervención al comité en la elaboración de la estrategia de empresa, sino que el comité también puede delegar a dos de sus miembros la oportunidad de intervenir en las reuniones del consejo de administración –o del consejo de vigilancia– de las sociedades mercantiles de más de 1000 trabajadores en plantilla.

En esta primera Parte (ap.3) analizaremos, en primer lugar, las circunstancias que rodean el devenir de la democracia industrial en la empresa en nuestro país y en los otros países de

¹⁶ La consulta comporta un deber de escuchar y de tomar en consideración las opiniones y propuestas de los representantes de los trabajadores. M.Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, "Editorial", en VVAA. *El poder de dirección del empresario*, Ed.La Ley, Madrid, 2005, p.4.

nuestro entorno europeo (3.1), para después evaluar los distintos mecanismos existentes en nuestras normas –tanto laborales como mercantiles– y en la propia práctica empresarial, para intentar restablecer en clave de eficacia empresarial modelos de co-determinación mejor adaptados a la particular cultura de cada empresa. Empezaremos por modelos todavía en grado de experimentación, o más “soft”, relativos a las nuevas tendencias de la gobernanza empresarial responsable (3.2), siguiendo por los más clásicos o tradicionales planes de participación accionarial (3.3), hasta el análisis de las técnicas propias del Derecho societario que eventualmente podrían favorecer formas de cogestión en la empresa (3.4); para finalizar con un examen crítico pero posibilista de los mecanismos laborales legalmente consagrados en nuestro Derecho del Trabajo (3.5).

3.1 En origen, un resultado de la ideología sindical y política en torno a la democracia industrial, y de sus avatares constitucionales y legislativos

La democracia industrial fue un fenómeno social y político central en muchos países europeos después de la I Guerra Mundial. Experiencias de diverso contenido y alcance que van, desde la revolucionaria e infructuosamente culminada de los consejos obreros teorizados por Karl Liebknecht y Rosa Luxemburg en la Alemania de la República de Weimar, o en la coetánea versión de la Italia prefascista, la de los *consigli di fabbrica*, teorizados por Antonio Gramsci, hasta iniciativas legislativas no bien secundadas tampoco, como las de Suecia (inicialmente rechazadas tanto por la confederación sindical como por la patronal, celosa la primera del modelo de negociación colectiva, y la segunda de preservar su poder de dirección sobre la organización del trabajo), y en cierto modo la parecida y difícil gestación de los comités de empresa en los Países Bajos, que no fueron en realidad objeto de regulación legislativa hasta 1970. Sin duda, el mayor éxito entre las experiencias de participación de los trabajadores en la toma de ciertas decisiones a nivel de empresa lo ha cosechado la **Mitbestimmung alemana**. La ley de 9/2/1920 (*Betriebsrätegesetz*) reconoció por primera vez ciertos derechos de participación en la empresa a los consejos de empresa creados en la industria de guerra durante el año 1916. Así que cuando en 1952 estos consejos fueron reintroducidos en la Alemania ocupada del sector oeste, no eran un experimento nuevo sino la reinstauración de una tradición ya consolidada entre las dos guerras¹⁷.

El tema volvió con renovada fuerza después de la II Guerra mundial. En el caso de **Suecia**, por ejemplo, los comités surgieron de la propia negociación colectiva (como muestra, los importantes acuerdos interconfederales de 1966, 1972, 1975), para terminar consolidándose a través de un largo proceso de conformación legislativa (leyes de 1946 y 1966, hasta la vigente ley de Co-determinación de 1976). La patronal y sindicatos suecos aceptaron la creación de comités de empresas paritarios, fundamentalmente para resolver los conflictos internos de la empresa (en cualquier caso, el empresario también puede delegar en el comité la toma de decisiones en temas de prevención o de productividad y satisfacción en el trabajo)¹⁸. De todos modos, lo que era aún más importante, la presencia sindical quedaba garantizada al ser elegidos los miembros del comité por el censo laboral de la empresa pero siempre a instancias de los sindicatos presentes en la empresa. A pesar de los temores sindicales, su existencia no ha ido en menoscabo de la negociación colectiva de las condiciones laborales, que sigue todavía en manos de los sindicatos implantados en la empresa, de manera diferenciada de las tareas más cooperativas –a través fundamentalmente de la información y consulta– que se desarrollan por parte de los comités.

¹⁷ En su versión vigente, la Ley de 1972 la elección de los comités de empresa se pueden celebrar en cualquier empresa con al menos 5 trabajadores fijos de plantilla y se renuevan cada cuatro años como en España. Vid. U.Zachert, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, cit., p.68. B.Waas, “Non trade union workers’ representation in Germany”, cit., pp.90 y 91.

¹⁸ A. Adlercreutz & B. Nyström, *Labour Law in Sweden*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2015, p.233 y ss.

En todo caso, la Ley de 1976 no priva al empresario de su poder de decisión sobre la organización del trabajo, pero le impone la obligación de posponer su decisión al agotamiento de los procedimientos de información, consulta y negociación (en este último caso, cuando es requerida por un sindicato con implantación en la empresa), a no ser que por razones de urgencia el propio empresario se vea impelido a adoptar unilateralmente la decisión y postergar la negociación propiamente dicha a un momento ulterior.

Por esta razón, este modelo sueco de comités sindicalizados y, en definitiva, supeditada su acción a los sindicatos, como también, en definitiva, a la dirección de la empresa, suele ser clasificada junto con los modelos anglosajones de único canal de representación de trabajadores en la empresa. En efecto, en la práctica solo existe el canal sindical. En cambio, el modelo holandés, se alinea mejor con el modelo de doble canal de representación, el sindical y el unitario, característico de la Europa continental o centro europea, más homologable con la *Mitbestimmung* alemana que es el referente central. Esto mismo podría decirse, al menos desde la perspectiva formal, de los países latinos del sur de Europa incluida España. Países que legalmente tienen regulado un sistema de representación de doble canal, pero con particulares características nacionales, funciona mal que bien en España, Francia e incluso Italia (aunque, en la práctica, predomine la *representazione sindacale unitaria di azienda* sobre los *comitati di azienda*).

En los auténticos sistemas de doble canal (como es el caso de los **Países Bajos**- o el alemán) la negociación colectiva de las condiciones de trabajo corresponde hacerla a los sindicatos, normalmente a nivel sectorial. Los comités de empresa son consultados por el empresario y también codeciden en mayor o menor grado sobre la política social interna de la empresa. Eventualmente “actualizan” –según las concretas condiciones y características de la empresa que representan– los contenidos del convenio colectivo aplicable, pero siempre de acuerdo con el empresario¹⁹. En cualquier caso, en los Países Bajos como en Alemania la mayoría de los representantes electos en los comités provienen de las filas sindicales²⁰, lo cual ha permitido ampliar la aceptación por parte de los sindicatos de las funciones más o menos amplias de estos organismos de participación en la empresa.

En resumidas cuentas, el sistema español de relaciones industriales podría adscribirse en teoría al modelo del doble canal de representación, aunque en la práctica, al igual que en el caso de Italia, la sindicalización e instrumentalización por éstos de los comités de empresa, significa que estemos funcionando realmente como un modelo de único canal sindical, como mucho sería más homologable con el modelo sueco que con el alemán.

En el origen de este contrasentido regulador está la propia **Constitución de 1978**, cuando permite atribuir (“derecho de los representantes” sin adjetivar, declara el art.37 CE) a instancias representativas unitarias o electivas la posibilidad de ejercer derechos tan típicamente sindicales como el de negociación colectiva, el conflicto colectivo e incluso la huelga. Según la doctrina, la razón de esto se encontraría, sobre todo, en la gestión político-sindical del desarrollo legislativo de nuestro modelo constitucional de relaciones laborales. Concretamente, en la perseguida defensa de la pluralidad sindical, con el fin de que no fructificara una bicefalia sindical entre CCOO y UGT (como a la postre, después ha todo, ha terminado sucediendo, salvo en el País Vasco)²¹. Lo cierto es que, ambos sindicatos influyeron decisivamente en la conformación normativa de las primeras normas laborales y, desde luego, en el Tit. II del ET²². En la realidad del funcionamiento de nuestras relaciones industriales, la teórica existencia de un doble canal de

¹⁹ A.Jacobs, *Labour Law in The Netherlands*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2015, p.290.

²⁰ A pesar de su carácter independiente de los sindicatos y su autonomía de funcionamiento, se calcula que en torno al 70% de sus miembros están afiliados a los sindicatos en Alemania, B.Waas, “Non trade union workers’ representation in Germany”, cit., p.93.

²¹ ME. CASAS BAAMONDE y R.ESCUADERO RODRIGUEZ “Representación unitaria y sindical en el sistema español de relaciones laborales”. *REDT*, vol.17, 1984, p.59 y60.

²² Por todos, la reciente monografía de P.Nieto, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2015, pp.32 y ss.

representación, unitario y sindical, es muy inestable, pues ambas instancias de representación pueden competir entre sí para participar, negociar e incluso promover el conflicto colectivo o la huelga. Esta competición se ha suavizado enormemente mediante la sindicalización prácticamente completa de los comités de empresa²³.

El hecho es que tampoco se puede afirmar que la sindicalización de los órganos de representación unitaria en España sea la causa de que la participación en la empresa esté en cotas tan débiles. Desde la perspectiva comparada, tanto en Alemania como en los Países Bajos lo normal es que los órganos de participación estén también mayoritariamente sindicalizados. Sin embargo, en mi opinión, este desenfoco de la participación (confundida con la negociación defensiva de las condiciones laborales) en los procesos decisionales sobre la gestión del cambio en la empresa es un defecto mayor de nuestro sistema de relaciones industriales, demasiado supeditado al éxito de la pactación o acuerdo. Lo afirmo porque los instrumentos de la negociación colectiva no están pensados para la gestión ordinaria de la vida de la empresa, sino para la defensa de los intereses contrapuestos con efectos redistributivos y con una proyección temporal estable. En otros términos, la concepción de la negociación colectiva gestional es, conceptualmente hablando, un contrasentido.

3.2 En hipótesis, ¿podría representarse la RSE como un epifenómeno de la democracia industrial?

Este defecto de cultura participativa en nuestras instituciones de las relaciones laborales en la empresa podría subsanarse empleando distintas técnicas al uso en la práctica empresarial actual. Para la construcción jurídica de esa noción renovada de empresa que se propone, aparece una idea fuerza envolvente por su modernidad, aparejada al discurso de la economía sostenible. Me refiero a la noción de **empresa socialmente responsable** (en lo sucesivo RSE). Precisamente, la idea sobre la RSE inspira la propuesta muy sugerente de Segrestin y Hatchuel sobre un nuevo tipo de sociedad mercantil, la "*société à objet social étendu*"²⁴, un discurso teórico innovador sobre una concepción autónoma de la empresa como fenómeno organizativo antes que societario.

Como también servirían de inspiración para una idea nueva de la empresa como noción funcionalmente separada de la definida en el Derecho de sociedades de capital, los principios formadores de la **Sociedad Cooperativa**²⁵, un referente menor del Derecho de sociedades, pero cuya historia legislativa es tan antigua como la propia regulación jurídica de la Sociedad Anónima. La SCoop es además una forma de sociedad mercantil que se ha demostrado especialmente adaptada a la gestión de las situaciones de crisis económica con efectos traumáticos sobre el nivel empleo, como lo ha demostrado, en el caso español, el grupo de empresas Mondragón Corporación Cooperativa con ocasión del cierre de Fagor Coop²⁶.

²³ A. OJEDA AVILES, "La representación unitaria: el faux ami", *Revista Ministerio de Trabajo*, vol.58, 2005, p.361.

²⁴ B. Segrestin & A. Hatchuel, "Refonder l'entreprise", cit., p.106 a 114.

²⁵ Principios cooperativos como que el capital social está distribuido entre los trabajadores socios, cada socio tiene voz y voto en la asamblea, los directivos son elegidos por los socios trabajadores, se reparten equitativamente entre los socios trabajadores los beneficios una vez deducidas las reservas societarias. Por otra parte, el modelo de sociedad cooperativa es ampliamente avalado por el discurso de la RSE, la nueva definición europea de la RSE contenida en la Comunicación de 25/10/2011, declara expresamente que "las cooperativas –así como las mutualidades y las empresas familiares– tienen estructuras de propiedad y de gobernanza que pueden ser especialmente propicias para una gestión empresarial responsable", ult. cit., p. 8.

²⁶ MCC es la 10ª corporación industrial española, con más de 40000 trabajadores socios; con un modelo de relaciones laborales basado en los principios de participación, información, formación y flexibilidad laboral, ha conseguido mantener prácticamente el nivel de empleo de sus socios trabajadores en el 2012 en los términos de antes de la crisis (año 2007), cuando la tasa de desempleo alcanza el 26,8 % en España y el 13,6% en el País Vasco, gracias a la aplicación de las medidas financieras y laborales permitidos por los estatutos societarios del Grupo. Vid. J. Mongelos, "La comunicación, la participación y la formación de los trabajadores, núcleo duro de la competitividad y el empleo en la empresa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº96, 2012, p. 96 y 97.

También se suele decir que la participación de los trabajadores en la empresa es un tema que debiera ser preferiblemente encauzado al margen de la regulación legal estricta, para ser abordado –siguiendo el ejemplo del Derecho europeo– desde un *reflexive law approach* (un método de regulación a medio camino entre el *hard law* y el *soft law* basado en la preeminencia del diálogo social autónomo y la intervención normativa subsidiaria solamente en caso de que aquél diera resultado negativo), por la sencilla razón de que este método permitiría respetar mejor la diversidad de las tradiciones nacionales y los distintos sistemas de relaciones industriales implantados en los distintos Estados miembros²⁷.

Por otro lado, si de lo que se trata es de imaginar posibles vías de armonización entre Derechos nacionales, o bien de buscar nuevos métodos de regulación del Derecho transnacional, deberían servir a este fin también las escasamente exploradas potencialidades, que para la extensión e impulso de la participación en la empresa, podría representar el verdadero enfoque **soft law de la RSE**. En la UE²⁸, el discurso sobre la RSE vivió su momento relevante cuando la Comisión Europea planteó en 2001 una consulta en torno al *Green Paper on Corporate Social Responsibility*²⁹, cuyos resultados fueron recogidos en una ulterior Comunicación de la Comisión publicada en julio de 2002³⁰. Otros resultados posteriores del proceso iniciado por la Comisión fueron el *Final Report del European Multi-Stakeholder Forum on CSR*, y la posterior Comunicación de 2006³¹. La conclusión de este proceso fue que la Comisión se vio en la necesidad de aclarar que su propósito no era tratar de utilizar esos instrumentos –siempre voluntariamente empleados por las empresas– tales como los códigos de conducta, para remplazar en la práctica los estándares internacionales aprobados por organismos tales como la OCDE,

²⁷ Esta visión flexible del instrumento regulador necesario al gobierno eficiente de la empresa estaría informando, en buena medida, la regulación europea sobre los derechos de participación en la empresa que de manera transversal informan las Directivas comunitarias. Un sistema de regulación que parte de los procedimientos de negociación y termina recogiendo un cuadro normativo que solo se aplicará subsidiariamente sobre los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en la empresa. Según A. Johnston el éxito de este enfoque no invasivo de las competencias regulatorias de los Estados miembros ha estado en permitir la libertad de opción entre los distintos modelos de gobernanza de la empresa. Vid. A. Johnston, *EC Regulation of Corporate Governance*, Cambridge University Press, UK, p.232 y 233.

²⁸ No solo la UE, también la OCDE y la ONU han realizado propuestas sobre la gobernanza de las empresas multinacionales, la responsabilidad social o la inversión responsable. Por ejemplo, el Programa de la ONU para el Medio Ambiente (UNEP-Financial) del 2006 proclama los principios de la inversión socialmente responsable, para defender que la orientación de las inversiones financieras por las cuestiones sociales, medio ambientales o de gobernanza empresarial pueden influir en la rentabilidad de las mismas. Vid. N. Notat, *L'entreprise responsable, une urgence*, Editions Dialogues, France, 2012, pp.43 y 44.

²⁹ Green Paper on Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility, COM (2001) 366 final, 18 July 2001. La definición de RSE que ofrece este paper es la de “*un concepto por el que las empresas deciden voluntariamente contribuir a una sociedad mejor y a un medio ambiente de mayor calidad... las empresas integran ambas claves en sus operaciones mercantiles así como en la interacción con los demás stakeholders siempre sobre bases voluntarias*”. El *Green Paper* se refiere a un concepto amplio de RSE, operativo hacia dentro como hacia fuera de la empresa, lo cual se observa en su proyección sobre materias como las relaciones trabajadores-dirección, o en la conveniencia de buscar la participación y la implicación de todas las partes afectadas mediante una información y consulta abiertas. La ISO 26000 también incluye en su definición de la responsabilidad social su integración en la vida diaria de toda la organización y que se lleve a la práctica en sus relaciones internas y externas.

³⁰ Communication on Corporate Social Responsibility: A business contribution to sustainable development, COM (2002) 347 final, 2 July 2002.

³¹ Communication of the Commission implementing the partnership for growth and jobs: making Europe a pole of excellence on CSR (COM (2006) 136 final, 22 March 2006). Sin embargo, el documento no supone un avance sobre la dimensión interna de la RSE, y menos aun de la participación de los trabajadores, a salvo de las genéricas referencias a la cultura del *partnership* o al diálogo pro-activo en las situaciones de reestructuración de la empresa.

la OIT o las normas ISO³², enfrentándose de esa manera con la voluntad expresada por el Parlamento europeo. Antes por el contrario, fiel a su concepción, es decir, al enfoque voluntario en el desarrollo de buenas prácticas de RSE, la Comisión siguió con su iniciativa, propiciando la creación de la Alianza europea para la RSE³³.

De esta forma, la UE ratifica su estrategia sobre la RSE fundada en instrumentos *soft law*, la cual permite a las empresas adoptar sus oportunas decisiones entre variables múltiples, escogiendo la más adaptada a su cultura, origen, composición de la propiedad o a los determinismos de su esfera de relaciones económicas y sociales, o al desafío de la competencia. La máxima que preside esta particular visión no intervencionista de la RSE es que siempre que la empresa asuma la responsabilidad por el impacto en la sociedad de su actividad económica, esta actividad empresarial sería acreditable por la UE como la de una empresa socialmente responsable.

En efecto, la significación y alcance de la RSE no se limita simplemente al cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de las leyes, sino en obtener un plus que la ley no precisa ni exige, ese valor añadido consiste, en esencia, en conseguir que las empresas dirijan sus esfuerzos al desarrollo y conservación del capital humano, a la defensa del medio ambiente y a valorizar las relaciones con los demás *stakeholders*. Sobre todo es en esta última finalidad donde mejor encajaría la forma de **institucionalización interna de la participación** de sus trabajadores (así como de otros partícipes también), dando opción a distintas fórmulas: con voz y sin voto, o con voz y con voto, directamente por decisión mayoritaria de la asamblea de la plantilla o por referéndum mayoritario, o indirectamente vía representación institucional o elegida *ad hoc*.

Sin embargo, no he podido observar en España que esto sea lo habitual en nuestra cultura empresarial. No hay datos sobre la participación de los trabajadores de la empresa en la definición y concreción del interés y la proyección sobre su entorno social y económico, más que los que se deducen del marco regulatorio legal, pero no que provengan de códigos éticos o de gobierno de la empresa. Aunque haya declaraciones solemnes al respecto en los Acuerdos interconfederales.

Tal vez el celo de los empresarios por preservar su poder de decisión nos haga reflexionar sobre la inutilidad del enfoque voluntarista, o tal vez la posibilidad de que en el futuro se diseñen iniciativas de instrumentos reguladores más heterónomos –relativamente eficaces a través de la *reflexive regulation*– o el simple anuncio de la implantación de procedimientos de supervisión, información, control judicial, negociación o participación, en el horizonte legislativo, llevaran a las empresas a generalizar la implementación de este tipo de **códigos de gobernanza responsable**, pero entonces ya no serían del todo voluntarios³⁴.

³² Regulation ISO 26000 fue adoptada en noviembre 2010. Según la definición que ofrece la propia ISO (*International Standardization Organization*) de sus “normas técnicas”, son documentos aprobados por consenso, que proporcionan por su uso reiterado, reglas, líneas directrices o características por sus resultados, garantizadoras de un orden óptimo en un determinado contexto”. M.Capron, F. Quairel-Lanoizelée & MF. Turcotte, *ISO 26000: une norme hors norme?*, Ed. Economica, Paris, 2011, p.6.

³³ La Comunicación de 25/10/2011 sobre Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre CSR (COM (2011)681 final), ofrece una definición nueva de la RSE, cuya asunción voluntaria por las empresas, hecha en estrecha colaboración con los stakeholders interesados, persigue la integración de las preocupaciones sociales, medioambientales y éticas, el respeto de los derechos humanos y las preocupaciones de los consumidores en sus operaciones empresariales y en su estrategia básica, a fin de maximizar la creación de valor compartido por sus accionistas y para las demás partes interesadas y la sociedad en sentido amplio...p. 7.

³⁴ En España, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores aprobó un nuevo código de Buen Gobierno el pasado 18 de febrero de 2015, en donde ninguna atención se presta a la consideración del interés de los trabajadores o al papel que puedan jugar los representantes de los trabajadores en el control de las decisiones de los directivos o del consejo de administración.

Lo que parece evidente es que todo apunta en dirección a que esos estándares de buena gobernanza corporativa debieran existir, y deberían alcanzar una dimensión universal y, por tanto, responder a una configuración jurídica de carácter internacional, tal y como las normas ISO junto con la OIT intentan desarrollar. En cualquier caso, para que esa normativización *soft* de la RSE fuera eficaz debiera permitir garantizar la exigencia de responsabilidad de la corporación o sociedad mercantil ante sus propios incumplimientos (más en línea con la concepción weberiana de la ética de la responsabilidad), o por lo menos, que hiciera que las empresas asumieran un sistema de gobernanza corporativa –bajo supervisión pública o privada– capaz de responder de manera rápida y reactiva frente a terceros, incluyendo también a sus *stakeholders*, por los incumplimientos del código de conducta o acuerdo social regulatorio de la RSE en su caso. Los sistemas de participación de trabajadores y/o otros *stakeholders* en la toma de decisiones o en el eficaz seguimiento de su cumplimiento serían muy recomendables, en mi opinión, para completar con garantías mínimas de seguridad jurídica una regulación *soft law*, tal y como concretaré en el ap.3.4.

3.3 Los derechos de propiedad frente a la participación de los trabajadores: ¿es la participación accionarial una solución?

En algunos ámbitos, la participación financiera (accionarial y en resultados) también se considera un desarrollo del derecho a la participación porque, al menos en teoría, puede conducir a la presencia de la representación de los accionistas sociales en los órganos de gestión de la sociedad participada, por acciones (SA) o participaciones (SL). Asimismo, lo que es todavía más discutible, se señala como otra forma de participación tradicional la de la participación en los beneficios de la sociedad mercantil, siempre y cuando esta participación en los resultados no se reduzca a un complemento salarial más (como habitualmente se produce, muy ejemplarmente cuando nuestra jurisprudencia califica como salarial los rendimientos obtenidos de las *stock options*³⁵). En mi opinión, solo se daría una verdadera participación de los trabajadores por este cauce, si hubiese un verdadero reparto entre ellos de los excedentes sociales o beneficios realizados, de acuerdo con las normas societarias internas a la empresa, lo cual, a mi entender, únicamente se produce en la empresas de la economía social, muy particularmente cuando los trabajadores nominalmente poseen el total o al menos la mayoría de las acciones de la empresa, como sucede muy particularmente en las denominadas sociedades cooperativas (SCoop)³⁶.

Estas formas de **democracia económica**, que cubren una gran variedad de fórmulas de participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa o en la distribución de sus beneficios, han sido **apoyadas desde la Unión Europea**, a través de diversos intentos por animar el desarrollo de los diversos esquemas de participación financiera existentes en distintos países europeos. Desde la Directiva 77/91/CEE, que regula la formación de sociedades de responsabilidad limitada y cambios en su capital, hasta el memorandum de la Comisión Europea de 1979 sobre la participación de los trabajadores en el capital social; o bien, el propio programa de acción de la Carta Europea de Derechos Sociales de 1989, que propició la aparición de la no vin-

³⁵ El modelo de regulación de los mecanismos de participación financiera en España está escasamente regulado, con una jurisprudencia que no llega a dar seguridad jurídica a los mecanismos para el desarrollo de los esquemas de participación financiera, y que cuando lo hace (ciertamente, una jurisprudencia referida a planes individuales sobre stock options) declara su naturaleza salarial y sin derechos de voto. Vid. I.Alzaga Ruiz, *Retribución de directivos y crisis económica*, Ed. Thomson Reuters/Civitas, Madrid, 2012. P.Nieto Rojas, *La participación financiera de los trabajadores en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

³⁶ En España, la legislación mercantil regula también otros tipos de sociedades que adoptan la forma de sociedad limitada o sociedad anónima, donde la detentación de la mayoría del capital social está a nombre de los trabajadores (este es el caso de las Sociedades mercantiles reguladas por la L.15/1986, de 25 de abril, de Sociedades Anónimas Laborales, y actualmente por la Ley de Sociedades Laborales y participadas de 14 de octubre de 2015 (BOE. 15/10/2015).

culante Recomendación del Consejo sobre la promoción de la participación de los trabajadores en los resultados de la empresa conocida como *the Pepper Recommendation* (92/443/CEE); hasta la tampoco vinculante Comunicación de la Comisión sobre la promoción de un mayor uso de los esquemas de participación financiera a través de Europa (COM (2002) 364)³⁷. Lo cierto es que esta actividad de fomento de la participación financiera de los trabajadores en su empresa persigue una mayor involucración e interesamiento, así como una auténtica participación en la distribución de los beneficios de la empresa³⁸. Sin embargo, todos estos intentos están bien lejos de ser considerados, al menos por la Comisión, como mecanismos de activación de los trabajadores en la toma de decisiones sobre la actividad económica de su empresa.

En Europa, la participación financiera está ampliamente extendida, especialmente en las grandes empresas europeas, y de manera bastante generalizada en los países nórdicos, Reino Unido, así como en Francia. En este último país, más de la mitad de los trabajadores de grandes empresas francesas son accionistas. Sin embargo, la participación financiera es sensiblemente menor en los países del sur y del este europeo. Como vemos, a pesar de que estas experiencias están profundamente enraizadas en la práctica de muchos países europeos³⁹, sigue siendo un tema controvertido en países del sur de Europa, como son los casos de Italia o España, en los cuales el enfoque de la participación financiera de los trabajadores en su empresa, al margen de las tradicionales vías de la negociación colectiva y del conflicto, se observa con prevención⁴⁰. Otra especificidad –que no aparente ventaja– del sistema de relaciones industriales de los países del sur de Europa (Francia aparte) frente a los del centro y norte de Europa.

El caso es que, además de la participación accionarial por vía legislativa o negociada colectivamente, esta participación financiera de los trabajadores podría concretizarse a través de otras técnicas, algunas de ellas bastante clásicas del Derecho del trabajo, como son los Planes de pensiones de empleo o los Fondos de capitalización asegurada. Otras técnicas provienen de la regulación propia del Derecho mercantil, y se encuadran también en la participación accionarial, como son los Planes de Transferencia de Acciones al personal (*Employee Stock Ownership Plan*), u otros tipos de planes financieros de empresa, mediante la adquisición por los trabajadores (normalmente a través de un sistema de compra diferido en el tiempo) de acciones o participaciones del capital social de la empresa.

Desde la perspectiva de la evolución de los modelos de la gobernanza empresarial, el problema reside en averiguar si la finalidad que se persigue con estos esquemas de participación accionarial individuales o/y, sobre todo, los colectivamente pactados, es promover la participación de los trabajadores en la toma de decisiones (para lo que solo sirven la titularización por el

³⁷ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford Press, Oxford (UK), 2006, pp. 745 y 746.

³⁸ Así se denominan en Francia estos planes que otorgan a los trabajadores derechos a *l'interressement* y a la *participation*, además de los planes de ahorro salarial, solo estos últimos pueden ser establecidos unilateralmente por decisión del empresario. Todos ellos han sido recientemente reformados por la Ley 2015/990, de 6 de agosto de 2015. Vid. JP. LIEUTIER, “Réforme de l'épargne salariale, de l'épargne retraite et de l'actionariat salarié”, *Droit Social*, n°12, 2015, p.777 y ss.

³⁹ En lugares tan distantes como Quebec o España los sindicatos gestionan fondos de pensiones financiados desde las respectivas empresas por empresarios y los propios trabajadores; en Francia se desarrollan planes de ahorro salarial, todas ellas son experiencias basadas en la capacidad de intervención de los trabajadores en el control de las inversiones de sus fondos o de su ahorro salarial, por lo que inicialmente debemos considerarlas como verdaderos mecanismos de participación –cuando menos parcial, en la gestión de las inversiones de estos fondos financieros– de los trabajadores en la empresa.

⁴⁰ Muy recientemente se ha regulado en España las Sociedades Laborales y Participadas, por Ley de 14 de octubre de 2015 (BOE 15/10/2015), otra oportunidad perdida para regular una aproximación completa al tema de la participación de los trabajadores en sus empresas, que el legislador la sigue limitando a las sociedades que optan por esa opción societaria, cooperativas y laborales, y deja en el limbo de la indefinición la concreción de esta nueva especie de sociedades participadas.

colectivo de trabajadores de acciones con voto); o, por el contrario, su objetivo no es otro que favorecer su lealtad e implicación en las tareas de producción; o lo que parece más frecuente, permitir alterar los sistemas salariales, flexibilizándolos a través de la introducción de la variable de la participación financiera, especialmente en los casos de planes de acciones diseñados por la empresa.

Sin embargo, es totalmente excepcional –aunque no imposible⁴¹– que la posesión por el colectivo de trabajadores de un porcentaje significativo de acciones dé derecho a formar parte del consejo de administración de la sociedad mercantil en las empresas con estructura de gobernanza unicameral o monista, como es el caso generalizado en España. Ya tuve ocasión de señalar en su día⁴² que las acciones de la empresa en manos de un Fondo de pensiones –con sus límites legales en cuanto al porcentaje de la cartera– podían ser suficientes para garantizar la presencia de representantes del mismo, con un mandato concreto de su comisión de control, en el Consejo de Administración de una empresa con un Plan de pensiones del Fondo. Igualmente bastaría una simple reforma del “código de comercio” (de la LSC) para generalizar este derecho a voto en el órgano de dirección de la empresa, tal y como sucede en Francia, donde la titularización por el colectivo de trabajadores de un 3% del capital de la compañía les otorga el derecho a formar parte de este órgano social con derecho a voto⁴³.

En resumen, por los datos que he manejado, en el caso español no es habitual que los trabajadores accionistas sean reconocidos como un grupo organizado, ni disponen de autonomía organizativa como tal grupo dentro de la sociedad por acciones, ni se les reconoce una posición funcional en la asamblea de accionistas (junta de accionistas), impidiendo de este modo que ejerzan su influencia –o presión– en las decisiones que adopta el órgano de dirección de la sociedad. En la práctica real española, la participación financiera, cuando existe, no está diseñada para que los trabajadores intervengan en el proceso de toma de decisiones de la empresa.

3.4 La autonomía privada de la Empresa como solución dentro de una cultura de empresa innovadora: estatutos, reglamentos internos o pactos parasociales

El papel de la negociación colectiva como procedimiento para articular mecanismos de participación en la empresa será abordado más específicamente en la II Parte (ap.4). Cuestiones como la participación en el capital o en las decisiones estratégicas, que corresponden ser adoptadas por los órganos societarios de la empresa, están reguladas por el **Derecho mercantil**. Una regulación que oscila entre la autonomía de la voluntad y prescripciones legales cada vez más numerosas, orientadas, por un lado, y sobre todo, a la defensa de la libre competencia dentro de la economía de libre mercado, y, por otro lado, en materia de gobernanza societaria, dirigidas a la garantía de los intereses de los socios y de las minorías en la junta de accionistas (última reforma de nuestra LSC).

⁴¹ Un ejemplo de esta posibilidad es, como veremos en el apartado siguiente, la vía de los estatutos sociales de la propia sociedad mercantil. Por ejemplo, la empresa Krupp garantiza la presencia en el consejo o comité de dirección, con derecho a voto de un representante del plan de acciones de los trabajadores de la empresa. Vid. A. Seifert, “Employee participation at Board level in Europe,” en J. Basedow, Chen Su, M. Fornassier y U. Liukkunen, *Employee participation and Collective Bargaining in Europe and China*, Ed. Mohr Siebek, Tübingen, 2016, p.210.

⁴² J.P. Landa, “La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la gobernanza corporativa...”, en J.P. Landa Zapirain (ed.) *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2004, pp.50 y ss.

⁴³ En España se regulan los derechos de la minoría social (3% del capital social tras la reforma de la LSC en 2015), como es el de ejercer la acción de responsabilidad contra los administradores, pero no el de participar con voto en el consejo de administración, ni en el órgano de dirección de la empresa. JM. Embid Irujo, *Introducción al derecho de sociedades de capital*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p.173.

Sin embargo, una sociedad mercantil sí puede, en el marco de la ley y de la autonomía societaria, protegidas por la “garantía institucional” de la libertad de empresa recogida en el art.38 CE, adoptar decisiones sobre su funcionamiento y su modelo de gobernanza, modificando, en su caso, sus estatutos sociales o los reglamentos internos de la junta de accionistas o del consejo de administración.

Ante esta hipótesis, la sociedad mercantil tendría que convocar a su junta de accionistas para modificar los estatutos sociales con el fin de que se integraran, con o sin voto⁴⁴, los representantes del personal en las reuniones de los órganos de administración. Con ese fin, también bastaría firmar un “**pacto parasocial**” con consecuencias obligacionales para los suscribientes, preferiblemente suscrito por todos los socios para que alcance así –sin lugar a dudas– efectos generales. Si bien, tampoco es necesaria esta suscripción por todos los socios si se trata de pactar la sindicación del voto social o la reforma del reglamento de funcionamiento de los órganos sociales⁴⁵. Se trata de una fórmula alternativa, resultado de la libertad contractual de los socios, un tipo de pacto social eficaz que no precisa ser publicada o registrada (en el Rto. Mercantil)⁴⁶, ni tampoco publicada o incorporada a los estatutos o a la escritura de constitución de la sociedad. En definitiva, un pacto que no requiere la unanimidad, ni a la mayoría de los socios, por lo que es mucho más fácil de concertar que un cambio de los estatutos⁴⁷.

Esta participación de representantes de los trabajadores podría acordarse para otros órganos internos distintos al consejo de administración. Pienso en el comité de dirección (el verdadero *management*, o **board of directors**), o en la **comisión de nombramientos y retribuciones** que prevé la Ley de Sociedades de Capital. Una comisión que propondrá la política de remuneraciones de los cargos del consejo y de los directivos o consejeros ejecutivos⁴⁸.

Recordar, por último, que otra fórmula -aun menos conflictiva que las anteriores- para incorporar esa participación de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones sobre cuestiones de cuya regulación es competente el Derecho societario, serían los antes mencionados códigos de buen gobierno o, en su caso, **códigos de conducta**⁴⁹. Aunque estos instru-

⁴⁴ El art.181 de la Ley de Sociedades de Capital prevé que los estatutos sociales autoricen la asistencia a la Junta de accionistas de personas no accionistas con derecho a voz pero sin voto. Los estatutos podrían ordenar, por tanto, que intervinieran representantes de los trabajadores.

⁴⁵ Por ejemplo, el pacto extraestatutario o parasocial podría ser suficiente para modificar los Reglamentos de funcionamiento de la junta de accionistas o del consejo de administración de la sociedad de capital, en uno como en otro caso para dar entrada a representantes de los trabajadores (uno o más) en calidad de terceros (aunque sean *stakeholders*), o como representantes de los socios si es que el colectivo de trabajadores dispone de unas participaciones o alguna clase de acción suscrita que les habilite.

⁴⁶ La Ley de Sociedades de Capital regula más restrictivamente estos pactos en los casos de Sociedades Cotizadas (arts.530 a 535).

⁴⁷ JM. Embid Irujo, *Introducción al derecho de sociedades de capital*, cit., p.38.

⁴⁸ Es una lástima que la recientemente aprobada Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, no haya tenido para nada en cuenta la posible intervención de la representación de los trabajadores como garantía de la efectiva ejecución de lo que manda la Ley: que la remuneración de los administradores deberá ser razonable, acorde con la situación económica de la sociedad y con las funciones y responsabilidad que les hayan sido atribuidas. Un sistema de retribución orientado, por lo demás, a promover la rentabilidad y sostenibilidad de la sociedad en el largo plazo.

⁴⁹ Un código de buen gobierno puede establecer recomendaciones de funcionamiento, por ejemplo, sobre la forma de seleccionar / nombrar a los administradores... Recomendaciones que podrían consolidarse si se introdujeran en los reglamentos de funcionamiento de los órganos societarios. Por otro lado, los códigos de conducta sirven para establecer compromisos voluntarios entre la empresa y sus miembros, en torno a temas ambientales, relaciones con el entorno social, o beneficios para los propios trabajadores y sus familias; no hay impedimento alguno en el marco de la autonomía de la voluntad para incluirse también compromisos sobre el buen gobierno societario, aunque desconozco si esta idea ha tenido alguna repercusión práctica.

mentos no suele reconocérseles fuerza vinculante y su exigibilidad es cuando menos compleja⁵⁰. Aún y todo, estos códigos crean obligaciones “morales”, que con el tiempo se convertirán en una suerte de costumbre de empresa con efectos obligacionales débiles, en cuanto que son modificables por la autonomía de la voluntad colectiva. En cualquier caso, su incumplimiento deberá ser justificado ante los órganos societarios que los adoptaron, y de esta forma podrían derivarse responsabilidades sociales (de los órganos sociales) o individuales (de los directivos) por ese incumplimiento⁵¹.

3.5 La intervención legislativa como opción política: fomento de la co-determinación, de la negociación colectiva, o abstención.

Tal y como estamos observando durante el desarrollo de este ensayo, el modelo de participación en la empresa está ampliamente influenciado por la cuestión ideológica (si se prefiere por la cultura empresarial o/y sindical), así como por el tipo de tradición política legislativa nacional desarrollada sobre esta cuestión. Las experiencias nacionales son múltiples, está el enfoque característico del “laissez faire social”, típico del modelo británico, ampliamente influenciado por las tesis de no intervención legislativa de Otto Kahn-Freund: todo el poder regulador a la autonomía colectiva y al convenio. Ello sin embargo, no ha impedido la existencia de distintos intentos de regulación de la co-determinación en la empresa a través de la historia de su sistema de relaciones industriales. Podríamos recordar el *Donovan Report* de 1968 o el *Bullock Report* de 1977⁵². En el otro extremo, estarían los modelos de **intervención legislativa reguladora de la co-determinación** en la empresa privada, hecha realidad en 19 de los 28 EEMM de la UE, como Alemania, Países Bajos, Austria, Suecia, Dinamarca, Finlandia o Francia, y otros varios países del este de Europa⁵³.

El caso español sería un tanto especial, porque no es exactamente igual al caso de Italia (este país está mucho más en línea con las tesis abstencionistas profesadas por el ilustre laboralista O.Kahn-Freund). España cuenta con una política legislativa muy intervencionista en el sistema de relaciones industriales (lo que antes se denominó como modelo “neocorporativo” le iría muy bien a la calificación del caso español), que ha optado formalmente por un doble canal de representación en la empresa. Esto exigiría un reparto claro de funciones entre ambos canales, lo que no sucede en realidad, ya que la actividad de uno u otro canal se superpone en la práctica. Esta experiencia invita a considerar la superación del doble canal por una única representación⁵⁴ tal y como sucede en Italia y en Reino Unido. Por esta razón nuestro modelo encuentra muchas más similitudes con el enfoque favorable a la negociación colectiva como vector regulador de las condiciones laborales (anglosajón y afines), en detrimento de los sistemas de co-determinación sobre las decisiones en torno a la gestión productiva y económico-estratégica de la empresa (centroeuropeo y afines), decisiones que en España se reserva casi totalmente a la persona del empresario, o emprendedor como se tiende a decir ahora, cuya regulación se encuentra por consiguiente a caballo entre el Derecho mercantil y el Derecho laboral.

Aunque, tal y como ya hemos visto, formalmente el Título II TRLET regula la participación de los trabajadores a través de sus representantes electos mediante las técnicas de información y consulta, en la práctica real los órganos de representación no actúan como mecanismos de participación-colaboración en la toma de decisiones en la empresa sobre las cuestiones de gestión de la producción y estratégicas, sino que “colaboran” a través de procedimientos de nego-

⁵⁰ Basados en la máxima anglosajona: *comply or explain*. Vid. JM. Embid Irujo, ult. cit., p.41.

⁵¹ JM. Witte, “The potential and limits of Codes of Conduct and Standards in Fostering Core Labor Standards” en B.J Fick *International Labour Law*, cit., pp.501y ss.

⁵² Para más información, vid. E.MacGaughey, “British Codetermination and the Churchillian Circle”, UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers- LRI WP 2/2014, pp.27 y ss.

⁵³ A.Seifert, “Employee participation at Board level in Europe,” cit., p.213.

⁵⁴ Entre nosotros, defendiendo esta reforma del doble canal de representación: J.LAHERA FORTEZA, “Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma”, Rev. *Derecho de Relaciones Laborales*, n1, 2016, p.62.

ciación-conflicto, en una abierta pugna entre intereses (normalmente entre inmovilismo e innovación) defendidos en contradicción por los representantes de las partes intervinientes en la organización de la producción.

A pesar de ello, la participación de los trabajadores en los órganos de administración y dirección estratégica de la empresa a la que pertenecen debe ser considerada con particular interés por los laboristas, porque los trabajadores no son unos *stakeholders* corrientes, son parte constitutiva de la empresa, ya que la existencia de ésta depende de su actividad laboral, del trabajo que prestan. Su papel en el consejo de administración y en las comisiones delegadas del mismo puede ser mucho más eficaz que el que, por ejemplo, hasta ahora han desarrollado los consejeros independientes (quienes han contribuido aun más a financiarizar el interés de empresa)⁵⁵. Esta última fórmula –la de los consejeros independientes– ha estado en todas las propuestas en torno al debate sobre la gobernanza corporativa del último cuarto del siglo pasado, sin embargo tiene un límite grave, el de que los consejeros independientes desconocen la actividad empresarial. En cambio, los trabajadores la han desarrollado desde el nacimiento de la empresa, y con la debida formación podrían complementar, incluso sustituir eficazmente estas otras figuras de consejeros independientes.

Como hemos dicho, la vía legislativa introduciendo la participación de los trabajadores en el gobierno societario de la empresa está bastante extendida en los países europeos de nuestro entorno. Permítaseme hacer referencia a dos ejemplos interesantes para ese hipotético desarrollo legislativo de la participación en España.

El primero, es el de los **Países Bajos**. Desde 1971 (la legislación vigente actual data de 2004) el consejo de vigilancia permite a los representantes de los empleados (debe existir previamente un comité de empresa) involucrarse en las decisiones del consejo de administración. Al igual que la asamblea de accionistas, los representantes de los trabajadores pueden determinar la elección de los miembros del consejo de administración de la empresa en las grandes empresas del país mediante el veto a los nombres propuestos por el consejo de administración. Esta regla es operativa en todas las empresas holandesas con al menos 100 empleados y 13 millones de euros de capital social⁵⁶.

El segundo caso es el de **Suecia**, tal vez el ejemplo más próximo a la práctica española, muy a tener en cuenta, por lo tanto, a la hora de debatir la fórmula legislativa más adecuada de la participación. En este país, desde la legislación puesta en marcha en la década de los años 70, los sindicatos de la empresa co-determinan cuestiones como la elección del director general, aunque en caso de veto, esto puede dar origen a una solicitud de daños y perjuicios desde la sociedad mercantil perjudicada por el bloqueo en el nombramiento. Asimismo, esta ley no prevé un mínimo estándar de decisiones a codecidir, porque ha preferido delegar a la negociación con los sindicatos a nivel de empresa los temas a codecidir⁵⁷. Por otra parte, una Ley mercantil de 1972 para las sociedades por acciones y cooperativas (ulteriormente revisada por otra Ley de 1987) establece la participación de una representación de los trabajadores –nombrada por el sindicato local– directamente en el consejo de administración (no existe consejo de vigilancia

⁵⁵ Según el *World of Work Report 2011* de la OIT, los beneficios de las empresas no financieras de las economías avanzadas del primer mundo se han utilizado cada vez más para pagar dividendos y para invertir en activos financieros en lugar de realizar inversiones productivas, cuando la creación de empleo depende fundamentalmente de las inversiones productivas, Informes OIT, nº90, Mº de Empleo y de Seguridad Social, Madrid, 201, pp. 63 y 64.

⁵⁶ A partir de una reforma del 2011, las empresas holandesas pueden optar por una estructura monista de sus órganos de gobierno, pero en tal caso el comité de empresa debe de seguir teniendo el mismo poder de influencia que en la estructura anterior (el porcentaje de representantes nominados por el comité en el consejo de vigilancia estaba entre 20% y 33%), es decir, poder elegir a los componentes del órgano, a través de la propuesta de los consejeros así llamados independientes. A. Jacobs, *Labour law in The Netherlands*, cit., p.297.

⁵⁷ A. Adlercreutz & B. Nyström, *Labour Law in Sweden*, cit., p.241 y 242.

en la Ley de sociedades sueca) de las empresas de más de 25 trabajadores, en un número siempre inferior (entre dos y tres) al de representantes del capital. Eso sí, estos representantes deberán abstenerse de intervenir cuando se trate de tomar decisiones sobre negociación colectiva o conflictos derivados⁵⁸. Observo dos problemas, uno menor y otro mayor, para intentar trasladar esta experiencia a nuestra realidad. El menor, la negociación sindical debe ser a nivel de empresa, realidad que está lejos de estar generalizada en España. El mayor, el nivel de sindicación sueco es inmensamente superior al español, además de tratarse de un sindicalismo principalmente unitario.

3.5.1 *La intervención legislativa en España*

Como acabamos de ver, junto con las tradicionales técnicas legislativas reguladoras de la participación de los trabajadores a través de los derechos a la información, consulta y negociación, o las más incisivas legislaciones de algunos Estados europeos sobre la participación en los órganos directivos de las empresas o en el capital social de la misma, existen intentos más flexibles –y respetuosos con la libertad de empresa– como son las más modernas aproximaciones al tema de la revisión de la gobernanza empresarial desde las técnicas de *soft law*, así como con la estrategia RSE, los códigos de buen gobierno o los códigos éticos de empresa. Todas estas técnicas *soft law* adolecen todavía de mecanismos de control verificables o de sanción eficaz, y tampoco son suficientemente democráticos (si no ofrecen a los trabajadores derecho a voto ni derechos de bloqueo a la minoría social, ya que en el Derecho mercantil solo se reconoce estos poderes a los titulares de acciones), y ni siquiera sirven por el momento para medir su impacto en la mejora de la *performance* empresarial.

Por esta razón, es muy importante seguir considerando la necesidad de la intervención desde las técnicas propias del Derecho del Trabajo. El legislador español ha intervenido, desde luego, y desde hace relativamente bastante tiempo, aunque tampoco podamos considerarnos pioneros en la introducción vía legislativa del tema de la participación en la empresa en el entorno europeo. Eso sí, bastante pioneros hemos sido en su plasmación constitucional, posiblemente lo ha sido el **art.46, 2º de la Constitución republicana de 1931** cuando encomendaba a la “legislación social del estado” la regulación de, entre otros aspectos, “la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas ...”, sin duda un claro precedente del actual art.129,2ºCE. Sin embargo, a nivel legislativo, como se sabe, no tuvo mayor viabilidad el proyecto de ley de 1931 que 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 (...)”. Los decretos de colectivizaciones de los años de la guerra civil fueron normas para situaciones excepcionales, al igual que lo fueron las experiencias participativas de la industria de Guerra en Alemania. Tampoco hay que olvidar el antecedente de la Ley de 21 de julio de 1965 sobre “participación del personal en la administración de las empresas que adopten forma jurídica de sociedad”, desarrollada por el Decreto 2241/1965, de 15 de julio, y que estuvo formalmente en vigor hasta la promulgación del ET de 1980.

El modelo actual que regula el TRLET encierra de manera asistemática, como ya hemos visto, posibilidades para la aplicación en las empresas de sistemas de co-determinación, tanto débil como fuerte, en las decisiones que afectan a la organización del trabajo y la productividad, entre otros temas. Antes de transponer la **Directiva Marco 2002/14/CE** mediante la Ley 38/2007, la participación tenía un significado genérico en el que las técnicas de la información y la consulta se entendían implícitos. Hoy en día, la redacción del artículo 4, 1º g) TRLET parece que la participación pasa a ser una técnica más, junto con los derechos de información y de consulta, más enigmática si cabe puesto que no queda claro su concreto contenido instrumental.

Ciertamente, la Directiva Marco 2002/14/CE define la consulta como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”,

⁵⁸ Ibidem, p.254 y 255.

y así queda igualmente reflejada por el art.64TRLET. Pero la consulta es una forma de participación; si no es redundante el añadido de participación sobre el de la consulta es porque debe significar algo más, tal vez porque el legislador pretendía dar cabida a otra dimensión de la co-determinación, o sea a la misma co-gestión en los órganos de decisión de la empresa, al modo de otra definición comunitaria aún más interesante y completa de la consulta. Me estoy refiriendo a la ya referida Directiva 2001/86/CE sobre la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas analizada anteriormente⁵⁹.

Sin duda se trata, más que de otra cosa, de defectos técnicos en la implementación de las Directivas, y que el legislador laboral no ha pretendido inmiscuirse en lo que seguramente es considerado por toda la doctrina como un tema afecto al campo material del Derecho de sociedades, lo cual no obsta a que mi opinión sea abiertamente crítica a esta percepción, además de que es lamentable que en un tema como el de la participación de los trabajadores debamos compartimentar su regulación entre disciplinas jurídicas, lo que seguramente debería ser materia para una ley transversal sobre la participación en la empresa.

Mientras la ley no se pronuncie, no me cabe duda, tal y como he dicho con anterioridad, que la autonomía estatutaria de cada empresa conjugada con el diálogo con los trabajadores puede dar soluciones autónomas a cada empresa adecuadas a su propia cultura de la participación de los trabajadores. En este sentido de facilitar las vías para introducir mecanismos novedosos y posibilistas de participación a través de la autonomía colectiva o societaria, una última puntualización sobre nuestro actual marco legislativo.

Por un lado, conviene afirmar que en ese diálogo con los trabajadores hay una institución laboral muy relevante que podría ser utilizada a tal fin. Me refiero a **la asamblea de los trabajadores**, la cual podría adoptar decisiones sobre aspectos relativos tanto a la organización del trabajo, las condiciones del mismo u otras decisiones de tipo más estratégico de la empresa, a falta de otra regulación, respetándose las condiciones de voto secreto de cada trabajador de la plantilla y con los requisitos de quórum, etc., que marca el art.80TRLET⁶⁰. Asimismo, siguiendo el ejemplo de las comisiones *ad hoc* reguladas por el art.41,4^o TRLET, la asamblea podría nombrar representantes en los órganos de administración o de dirección de la sociedad, con un mandato más general o limitado para ejercer esa representación, eso sí previa modificación de los estatutos sociales, etc.⁶¹.

Esta interpretación posibilista de la asamblea, que, desde luego, trasciende el ámbito de la reunión y la libre expresión, y que la convertiría en un verdadero órgano de participación directa de los trabajadores en la empresa, tiene sus valedores dentro de la doctrina. Por ejemplo, la asamblea es contemplada como otro instrumento de participación de los trabajadores en la empresa, junto con los órganos de representación unitaria y sindical⁶², o subsidiariamente, en au-

⁵⁹ En donde la participación es la influencia de los representantes de los trabajadores en las decisiones de la empresa mediante el derecho a elegir, proponer u oponerse a la propuesta de los miembros del consejo de vigilancia o del consejo de administración de la empresa.

⁶⁰ Sin embargo, nuestra jurisprudencia defiende que las condiciones establecidas en el art.80 para la válida adopción de acuerdos de la asamblea solo son exigibles para los supuestos que la legislación prevé, pero no para otras situaciones, donde habrá que estar a las condiciones previstas por quienes deciden voluntariamente solicitar que la asamblea se pronuncie (STS (Soc.) de 21 de febrero de 2012, rec.45/2011). Esta doctrina bien podría trasladarse a otros asuntos, quedando de este modo preservada por la jurisprudencia esta facultad de decisión por parte de la Asamblea -al margen de las exigencias legales del art.80.LET- para otros supuestos no expresamente previstos en la Ley pero que la voluntad participativa conjunta de empresa y trabajadores pudieran trasladar a su seno.

⁶¹ En contra de esta opinión posibilista, P.Nieto, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p.160.

⁶² M. Iglesias Cabero, "Asamblea de trabajadores", en *Enciclopedia Laboral Básica Alfredo Montoya Melgar*, Civitas, Madrid, 2009, p.194.

sencia de estos últimos, eligiendo representantes asamblearios⁶³, o como una modalidad de representación de los trabajadores apoyada en la democracia directa, cuya característica esencial es la participación permanente de todos los trabajadores de un modo personal y directo, convirtiéndose como tal personificación orgánica en sujeto colectivo, en un órgano de interlocución con el empresario⁶⁴.

En definitiva, el diagnóstico no es fácil. Porque podría estimarse que nuestra legislación contiene los mimbres suficientes para que la autonomía colectiva elija el camino a emprender para introducir la participación de los trabajadores en la empresa, o bien también podría decirse que nuestro legislador no es capaz de implantar un modelo de co-determinación coherente con los modelos conocidos, incluso reconocerse una cierta impotencia de la intervención legislativa para conducir la participación co-determinadora por cauces distintos a los de la negociación colectiva.

¿Ante esta ausencia de claridad del sistema español de relaciones laborales, la pregunta sería la siguiente: ¿es la negociación colectiva la técnica adecuada para generalizar el derecho a la participación en todas o en determinado tipo de empresas? Más concretamente, en relación con nuestro tema, ¿son más efectivos los cauces de la negociación colectiva que los procedimientos de la co-determinación para gestionar el cambio en la empresa?

4. EL ENFOQUE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO TÉCNICA DE PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA Y EL CASO ESPAÑOL.

El predominio de la utilización de los procedimientos de negociación colectiva en la gestión del cambio en la empresa privada, en detrimento de otros procedimientos inspirados en la idea original de la democracia industrial, o en su traducción más fidedigna, la co-determinación, es un fenómeno que obedece, sin duda, a razones distintas. Pero mi opinión personal es que la particularidad de esta configuración de nuestro sistema de relaciones laborales es fruto, sobre todo, de los avatares de una ideología sindical poco proclive a reinventarse, así como consecuencia del escaso interés político mostrado por todas las partes para reformar a fondo nuestras instituciones laborales en la materia.

En mi opinión, también es difícil augurar ningún éxito clamoroso a la posible toma en consideración de esta cuestión por parte de nuestra tradicional concertación social, como tampoco es probable a medio plazo una intervención política directa, es decir una intervención legislativa unilateral por parte del Gobierno de la nación, por ejemplo, con ocasión de la aprobación del nuevo código mercantil. Otra posibilidad de cambio podría intervenir desde el Derecho de la unión europea, bien a través de la revisión de sus Directivas sobre sociedades mercantiles, o bien lanzando un debate sobre el modelo de gobernanza de la empresa europea más adecuado para hacer frente a los desafíos de la globalización económica, y también más innovador para integrar la 4ª revolución tecnológica y favorecer una economía sostenible.

Todo esto es pura especulación política, razón por la cual no tengo otro remedio que plantear como una vía pragmática para hacer avanzar la realización de los derechos de participación, la de la propia negociación colectiva, ya sea a nivel nacional como a nivel de empresa. A este planteamiento no se podría oponer la legalidad vigente en torno al contenido posible de los convenios colectivos. Primero, porque constitucionalmente hablando debemos entender que se consagra el principio de la **libertad del contenido negocial**⁶⁵, como manifestación funcional

⁶³ M.A. Limón Luque, *El derecho de reunión en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, p.382.

⁶⁴ S. González Ortega, "El ejercicio de los derechos colectivos en empresas sin representación", en F. Rodríguez-Sañudo, y E. Carrizosa Prieto, *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 143.

⁶⁵ R. Menendez Calvo, *Negociación colectiva y descentralización productiva*, Ed. CES, Madrid, 2009, p.68 y 69. JM. GOERLICH PESET, "La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica", *Rev. del Mº de Empleo y Seg. Soc.*, nº108, 2014, p.264.

del derecho de libertad sindical, que permitiría conducir la negociación colectiva más allá de la acepción estricta del término “laboral” que acoge el art.37,1CE. En segundo lugar, porque en lo que atañe a la legislación ordinaria sobre los convenios colectivos estatutarios⁶⁶, la relación de posibles temas de negociación estatutaria identificados por el art.85,1º TRLRT, que ya es en sí misma muy amplia, es una relación *ad exemplum*, al contrario de lo que el mismo precepto en su apartado tercero refiere sobre el contenido mínimo, el cual sí es legalmente vinculante y de obligada observación, y por lo tanto cerrado⁶⁷. Como correspondería decir al intérprete de las normas que desarrollan derechos fundamentales, hay que evitar una interpretación restrictiva, en este caso, del ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical. En tercer lugar, no habría problema alguno para que, en último caso, se pudiera adoptar un acuerdo sobre participación en el marco de un convenio extraestatutario, de configuración totalmente libre en el marco de la Constitución y de la legislación civil sobre contratos.

En fin, porque pactar obligaciones entre las partes sobre el modo de hacer participar a los trabajadores o a sus representantes en la toma de decisiones sobre materias concretas dentro de la empresa no es contraria a la libertad de empresa (art.38 CE), ni tampoco al derecho de propiedad si el objeto del pacto colectivo fuese implantar un modelo de cogestión en el órgano de dirección o en el consejo de administración (art.33,1º CE)⁶⁸.

La **libertad de empresa**, principio básico del modelo productivo capitalista, implica una libertad de organización de la acción económicamente relevante emprendida, de fijación de la estructura interna de la empresa⁶⁹, y el inherente poder de dirección empresarial⁷⁰, incluidas medidas referentes a la llamada gestión del personal que afectan el contrato de trabajo⁷¹. Es decir, reconoce la plena iniciativa al emprendedor mediante el ejercicio de sus tradicionales poderes de organización y dirección de la producción y de la actividad laboral aplicada a la misma⁷². Todo ello no hace sino reforzar aun más la autonomía de la voluntad, para poder pactar procedimientos sobre la toma de decisiones en torno a la organización de la producción que cuenten con la participación de los trabajadores o de sus representantes⁷³.

Asimismo, la planificación de la actividad económica de la empresa, la toma de decisiones sobre la estrategia del negocio, tiene como base la autonomía de la voluntad de quien ejerce como propietario de la empresa. En el marco de la legislación mercantil, o civil en su caso, la autonomía de la voluntad puede prever mecanismos de implicación de los representantes de los trabajadores en este tipo de decisiones. El convenio colectivo de empresa puede ser uno

⁶⁶ La Ley es jerárquicamente superior al Convenio y constitucionalmente hablando podría, en principio, limitar esa autonomía contractual. Entre otras, vid. STC210/1990, de 20 de diciembre.

⁶⁷ Por la doctrina, por ejemplo, T.Sala Franco (dir.), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Mº de Trabajo y AS., Madrid, 2001, pp.238 y 239.

⁶⁸ Por acuerdo político, o de concertación, entre UGT y la Administración del Estado competente se pactó en España la presencia de los sindicatos en los Consejos de administración de las empresas públicas, el 16 de enero de 1986.

⁶⁹ STC. 49/1988, de 22 de febrero.

⁷⁰ STC. 92/1992, de 11 de junio.

⁷¹ STC. 208/1993, de 28 de junio.

⁷² ML. Molero y F.Valdés Dal Ré, *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Ed. Comares, Granada, 2014, pp.14 y 15.

⁷³ Un ejemplo concreto es el del CC de la Empresa Michelin y concretamente, el del establecimiento de Lasarte, recientemente firmado en 2015 para tres años. En este convenio, además de crearse distintas comisiones paritarias sobre temas como el plan de formación del personal de la empresa o la comisión sobre la prevención de riesgos, se constituye una “comisión de organización y funcionamiento”, delegada del comité de empresa, encargada de los temas relacionados con la organización del trabajo, para cuyo funcionamiento se impartirá una formación adecuada a sus componentes y que actuará para aprobar las modificaciones en temas de organización industrial, tales como, la transformación de puestos de trabajo a puesto fijo a incentivo, variaciones del nivel de producción igual o mayor al 10%, introducción de nuevas unidades de producción, etc. (art.56).

de los cauces —otros los hemos abordado en la Parte I (ap.3)— para comprometer la voluntad del factor trabajo en el modelo de gobernanza de la empresa adoptado.

Con todo, el derecho a la negociación colectiva está sometido al respeto de las leyes de derecho necesario o de orden público. Además de las leyes laborales, evidentemente está la legislación mercantil sobre sociedades de capital. Hay que ser conscientes también de que, como fuente de regulación de la participación de los trabajadores, la negociación colectiva tiene una debilidad intrínseca, su duración temporal (en mi opinión no deberían admitirse los convenios colectivos indefinidos en cuanto a su ámbito temporal), así que los contenidos libremente pactados en un momento dado podrán requerir su renegociación con el transcurso del tiempo⁷⁴, de donde se desprende la necesidad de trasladar a otro tipo de “contratos mercantiles” el aseguramiento en el tiempo de lo pactado.

Por último, hay otra dificultad más, la raíz de la posible utilización de la negociación colectiva como fuente de regulación es necesariamente **el convenio colectivo**, lo que abre el debate sobre **sus límites como fuente de regulación**. Si como yo pienso también el convenio colectivo es un contrato singular pero contrato al fin y al cabo⁷⁵, este contrato colectivo bien podría dar cauce a modificaciones de otros contratos societarios, como, aquellos en que se sostienen los reglamentos internos o incluso los estatutos societarios. No obstante, la ley mercantil solo permite modificarlos a los socios, con lo que en el mejor de los casos, la parte representante de la propiedad de la empresa (directivos o consejeros ejecutivos) podría comprometerse a plantear este cambio en los estatutos al resto de los socios (a través de la junta de accionistas), o bien a algunos de ellos (mediante pactos parasociales como hemos visto anteriormente), pero, en ningún caso, podrá el convenio colectivo modificarlos directamente.

En los marcos de relaciones industriales menos institucionalizados, como es el sistema anglosajón, donde no existe un mandato legal o constitucional de articular mecanismos de participación directa o a través de representantes, a menudo los acuerdos de negociación colectiva son los que sirven para introducir formulas de participación a nivel de empresa. Como ya hemos visto, en la prioridad dada a la negociación colectiva sobre los procedimientos de participación ha influido también el carácter sindical y negociado de la participación en Suecia, que sin embargo convive con un modelo de co-determinación validable a nivel europeo. En cambio, en los Países Bajos, los acuerdos de empresa alcanzados por el empresario con el comité son obligatorios para ambas partes. Aunque ello no quiere decir que tengan efectos generales sobre los contratos de los trabajadores representados por ese comité, solamente cuando así lo establece la Ley (excepcionalmente en acuerdos sobre el tiempo de trabajo o sobre la ampliación de facultades de los propios comités), a diferencia de lo que sucede con la co-determinación alemana⁷⁶.

En el Derecho de la unión europea, si bien parece obvio que las técnicas de participación preferentes son los derechos de información y consulta, en ocasiones, los procesos de consulta van ligados a procedimientos de negociación colectiva, como sucede con la **Directiva 98/59/EC**, sobre despidos colectivos, en donde se exige que los empleadores procedan a consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de alcanzar un acuerdo colectivo de buena fe. En este caso al menos, no estaríamos propiamente ante un mecanismo bilateral de consulta, dirigido a conocer cada parte la opinión de la otra, antes de la toma unilateral de la decisión por parte de la empresa, sino ante la inducción de un proceso de negociación colectiva inspirada y

⁷⁴ E.MacGaughey, “Collective bargaining for corporate change”, paper presentado en la Conferencia inaugural de la LLRN, Barcelona junio del 2013, p.14.

⁷⁵ Vid. últimamente sobre este tema de la controvertida naturaleza jurídica del CC estatutario a J.LAHERA FORTEZA, “La contractualización del convenio colectivo: una lectura contractualista”, *Rev. Derecho de las Relaciones Laborales*, nº1, 2015, pp.59 y ss.

⁷⁶ A.Jacobs, *Labour law in The Netherlands*, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2015, p.51.

procedimentalizada en cuanto a sus posibles efectos jurídicos por la Ley (la Directiva 98/59 remite a los Derechos nacionales su concreta regulación jurídica).

Pero en España, la excepción a esta regla general de diferenciación de los procedimientos de participación y de negociación no es el art.51 TRLET, que bien podía justificarse por la inevitable implementación de esta Directiva, sino que el procedimiento de negociación colectiva está generalizado entre los procedimientos de consulta, lo cual no obedece tanto a la ausencia de un mandato claro constitucional, sino al expreso deseo de nuestra política legislativa y judicial⁷⁷, con el beneplácito de nuestros sindicatos más representativos y la anuencia de las organizaciones patronales⁷⁸.

En los sistemas de relaciones industriales de los países del sur de Europa, la negociación colectiva es el instrumento preferido para hacer posible la participación de los trabajadores y es el que mejor ejerce la influencia de éstos en la toma de decisiones por parte de la empresa. Tal y como acabamos de ver, los mecanismos de información y consulta pueden influir de forma más eficaz los procesos de toma de decisiones si vienen acompañados por los instrumentos de la negociación colectiva, sobre todo por la eficacia vinculante que emana de la naturaleza contractual del convenio colectivo sobre las dos partes y su irradiación personal erga omnes en el caso de los denominados convenios estatutarios.

Además, la funcionalidad de los instrumentos de la negociación colectiva no se detiene en su influjo posible sobre la articulación de las fórmulas participativas en la empresa, sino que, sobre todo, permite la auténtica expresión de los intereses de los trabajadores, y permite también acrecentar su influencia si la negociación va acompañada de los clásicos instrumentos de presión más adecuados a su defensa.

España es un claro ejemplo de la pérdida de importancia de los mecanismos de participación (o consulta) a cambio de una mayor incidencia de la procedimentalización negociadora de la toma de decisiones sobre la gestión y organización del trabajo. Esta especialidad española, obedece, por un lado, a un peculiar enfoque ideológico de los sindicatos, anclados en la defensa a ultranza de la libertad sindical como vehículo exclusivo de la defensa de los intereses de sus representados, lo que coincide con la tradicional desconfianza empresarial a compartir su poder de decisión sobre la empresa, planteamiento fielmente reflejado por una legislación de sostén de la libertad sindical, plegada igualmente a esta ideología compartida por ambas partes (4.1). Esta realidad de base en España es comparable con otros modelos nacionales en Europa, pero no es la predominante, ni puede considerarse más que parcialmente ajustada al Derecho de la unión europea (4.2).

4.1 La ideología sindical hecha norma en nuestra tradición legislativa nacional

El modelo español de relaciones industriales, que surgió y se consolidó en la década de los años 80, fue el resultado de una combinación entre la atención del interés público por medir la representatividad de las organizaciones sindicales de la democracia, por un lado, y a un intento de conciliar las antagónicas concepciones del sindicalismo histórico español con el nuevo sindicalismo surgido durante el periodo franquista, por otro lado⁷⁹. Resuelto el problema original a través de la legislación, que permitió la clarificación primero, y la consolidación después, de las

⁷⁷ JM. Goerlich, "Desarrollo y contenido de las consultas", en CCNCC, *XXVI Jornadas de Estudio sobre los periodos de consultas*, Ed. Mº de Empleo y Seg. Soc., Madrid, 2014, p.64 y 65. M. Falguera Baró, "El acuerdo en el periodo de consultas", en CCNCC, ult. cit., p.133.

⁷⁸ Podemos citar como ejemplo reciente el Cap.IV del III AENC (Acuerdo Interconfederal sobre negociación Colectiva) dedicado a ratificar la utilidad de los convenios sectoriales y de empresa como únicos mecanismos eficaces de gestión del cambio.

⁷⁹ Por todos, P.Nieto, *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, cit., p.35 y ss.

organizaciones sindicales, perviven, sin embargo, los problemas de acreditación de la representatividad sindical (tal vez más acusadas aún en la medición de la representatividad de las organizaciones patronales, problema abordado por las reformas de este último periodo), y lo que es aun más grave, se agravan las disfuncionalidades de un modelo, que no estaba pensado para regular la participación de los trabajadores en la empresa de una manera colaboradora en interés de la propia empresa, sino para favorecer la consagración de la libertad sindical, el tema fundamental, según el enfoque ideológicamente preponderante en el marco de relaciones industriales del Siglo pasado, basado en el conflicto de intereses contrapuestos y gestionado a través de la negociación y el conflicto colectivos.

En este contexto, las teorías sobre la gestión participativa de la empresa que habían ido apareciendo en el resto de Europa en la segunda mitad del siglo XX, bajo la influencia sobre todo de la doctrina alemana y francesa de la postguerra, así como del pensamiento social-cristiano, a partir de una idea sobre la empresa como una institución que acogía al factor trabajo y al capital bajo un interés común: el interés de la empresa (la **teoría institucional de la empresa**, defendida, entre otros, por Michel Despax o Paul Durand, padre del Derecho del trabajo en Francia), solo podía ser recibida aquí con desdén y criticada con cierta simpleza al buscar paralelismos con las tesis de la doctrina corporativista⁸⁰.

Por razones como estas, el caso es que la participación en la empresa es una especie de cienicienta del modelo español de relaciones industriales. Impelido el legislador a regular alguna de las formas de participación en la empresa por mandato constitucional (art.129, 2º CE), lo hace formalmente a través del Tit. II de la LET, redactado al más clásico estilo europeo de la democracia sindical. Su inspiración no proviene tanto de los años 20, sino, sobre todo, de los intentos refundadores del gobierno de la empresa producidos en Europa a lo largo de las décadas de los 60 y de los 70, sin atender especialmente tampoco a nuestro antecedentes históricos en la materia.

En realidad, la práctica de este modelo legislativo se ha mostrado perverso, porque en aras de la sindicalización absoluta de nuestro modelo de relaciones industriales, los **órganos de representación unitarios han quedado vaciados de sus funciones tradicionales**. En la aplicación torcida de nuestra Ley, los comités de centro y de empresa han sido instrumentalizados, por un lado, para servir de base a la medición “exclusiva y excluyente” de la representatividad sindical, y por otro lado, han sido convertidos en el agente por excelencia de la negociación colectiva a nivel de empresa. Lo cual tampoco debe sorprender, ya que los sindicatos de clase han sido tradicionalmente reacios –y no solo en nuestro país– a practicar esta suerte de colaboración en la gestión ordinaria de la empresa.

En el camino han quedado las pequeñas empresas de menos de 6 trabajadores, o aquellas mayores donde no se celebran elecciones sindicales. Sin embargo, desde la reforma emprendida en 2011 se pueden elegir o designar, excepcionalmente y para gestionar cambios de índole grave (modificaciones sustanciales o EREs de carácter colectivo), comisiones ad hoc. Una solución limitada cuya operatividad todavía está bajo examen, pero que tiene la virtud de cubrir ese vacío de instrumento participativo que se daba en las empresas que no han podido celebrar elecciones sindicales.

⁸⁰ Sin embargo, todo respondía ala ideología imperante en ese momento en nuestro país, porque con esta concepción de la doctrina laboral francesa de la década de 1950, el Derecho del Trabajo privilegiaba una cierta visión política de la empresa, dominada por las referencias a las libertades públicas y por una búsqueda de la democracia representativa en el gobierno de la empresa, que se resumía en el control social que los representantes de los trabajadores ejercían sobre el poder económico del manager o jefe de la empresa. Cfr. Alain Supiot, *Le droit du Travail*, versión castellana (Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p.51). Con todo, para Supiot la empresa-institución es pura ilusión, porque es la expresión de la libertad de emprender, y por lo tanto una noción jurídica inasible (*insaisissable*).

Por otra parte, las previsiones favorecedoras de una co-determinación fuerte entre las funciones del órgano de representación unitario, continuamente reforzadas en las sucesivas reformas de los arts. 41, 44, 47, 51, 82,3º, se han orientado sistemáticamente al reforzamiento del procedimiento de negociación colectiva (haciendo obligatorio, en la práctica, el acuerdo de empresa de buena fe) en vez de reforzar la naturaleza del procedimiento de información y consulta en favor de la codecisión, que por ejemplo podría alcanzar la misma eficacia de los acuerdos de empresa si se acompaña de un derecho de veto reforzado o de modelos de conciliación interna del desacuerdo. Igualmente, se podría optar por reforzar la paridad del órgano unitario y de sus decisiones, con una presidencia de consenso que dirimiese los desacuerdos internos (nuestra regulación sobre el comité de salud y seguridad en el trabajo representa una buena práctica que debería ser extendida a otros materias de gestión interna).

Separar las funciones y cometidos prototípicos del contenido de la negociación colectiva en la empresa (el salario, la jornada y condiciones generales de trabajo) de las demás situaciones laborales, especialmente de las acaecidas con ocasión de la gestión del cambio en la empresa (introducción de nuevas tecnologías, promoción y movilidad, conciliación, formación continua, sistemas de trabajo y rendimiento, estructura del salario, primas de productividad, calendarios de vacaciones y permisos, horarios y distribución de la jornada, horas extraordinarias, planes sociales, etc..) para que éstas sean co-determinadas por el órgano de representación según procedimientos específicos de participación, permitiría mejorar la eficiencia de la empresa, su productividad, y por añadidura la satisfacción de los trabajadores, al poder recaer en la decisión de estos (de manera directa o a través de sus representantes) la gestión de una buena parte de la determinación de las condiciones del trabajo en su empresa, así como el control efectivo sobre su variación.

Si el convenio colectivo es un **contrato colectivo**⁸¹, y con independencia de su eficacia personal general u obligacional, conforma las condiciones específicas de los contratos de trabajo sometidos a su regulación, incluso más allá de su ámbito temporal, podemos explicar también que los acuerdos de empresa —o como se quiera denominar a los coetáneos resultados de los procedimientos de co-determinación— se insertan igualmente en los contratos de trabajo con respecto de aquellas materias que no han sido reguladas o declaradas indisponibles por la negociación colectiva empresarial o sectorial en el marco de la ley.

Con esto no propongo suplantar el procedimiento de negociación colectiva por la co-determinación, sino poner en valor su **complementariedad**. Son demasiado numerosos los aspectos de las relaciones laborales reservados a la **negociación colectiva** (criterios generales de la clasificación profesional o la política de prevención, las modalidades contractuales o el derecho sancionador laboral) como para que ésta no tenga un lugar preferente en la regulación de la gestión de los cambios organizativos. Con todo, el convenio colectivo no debiera ser funcionalmente el único instrumento utilizable para gestionar el día a día de las relaciones laborales en interés de la empresa, de su eficiencia y del bienestar de cada trabajador individualmente considerado, especialmente si en la empresa rige un sistema de **co-determinación** para llevar a cabo esa tarea.

El art. 64, 9º del Estatuto de los Trabajadores dice expresamente que el contenido de las obligaciones informativas y consultivas hacia los órganos de representación podrá ser ampliado por la negociación colectiva. De esa manera, la propia norma básica que regula las relaciones entre empresario y trabajadores recoge una remisión a posibles fórmulas participativas que, en el caso de ser llevadas a la práctica a través del convenio colectivo, debería realizarse por medio de una cláusula convenial que preferiblemente tuviera una vigencia distinta del resto del convenio, es decir, ajena a la denuncia del convenio y sus consecuencias. Ello no sería necesario, empero, si se optara por un acuerdo o pacto de empresa, mecanismo jurídico que no tiene ese problema, ya que es un pacto sin otro requisito legal que el de que lo firmen las partes legitimadas, y por mayoría si desean que tenga eficacia personal *erga omnes*.

⁸¹ Como dice J.LAHERA, "La contractualización del convenio colectivo...", cit., p.61.

4.2 El vector innovador del Derecho comparado y la regulación europea

La elusión del tratamiento de los órganos de representación unitaria en la empresa como auténticos sistemas de representación de los trabajadores para la participación se enfrenta a la normativa europea, y la recuperación de su genuino papel de influir en la toma de decisiones en la empresa –bastante distinto al de ejercer como agente de la negociación colectiva en la empresa– no debería retrasarse más y precisa, en mi opinión, de una reorientación de nuestra política legislativa.

Una primera razón para ello es la conveniente adaptación de nuestro sistema de relaciones industriales a la **política europea dirigida a fomentar la participación de los trabajadores** en las decisiones de su empresa. En el año 1993, la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (*Eurofound – European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*) publicó un Informe⁸² en el que se daba cuenta del debate ya iniciado en la década anterior sobre la repercusión de la innovación tecnológica en los trabajadores y en los métodos de gestión de las empresas. Se trata de un vasto trabajo de campo (en torno a los principales países de la entonces Europa a 17) sobre el papel de la participación de los trabajadores en distintos dominios de la gestión de los procesos de **innovación tecnológica** (selección, puesta en marcha y evaluación), así como de las experiencias recogidas sobre los problemas ligados a la participación obrera en distintos aspectos del ciclo productivo, como por ejemplo, en los planes de formación o en la organización del trabajo.

El informe estaba realizado a partir de la hipótesis de que la mejor defensa de la competitividad de las empresas europeas en la era de la globalización económica precisaba extraer el máximo provecho del potencial de mejora de la productividad que ofrecen las tecnologías de la información. Lo cual significaba disponer de más **personal cualificado** y capaz de manejar estas tecnologías, personas más motivadas y con **espíritu de cooperación**. A tal fin había que revisar las organizaciones jerárquicas que siguiendo el modelo taylorista de producción habían estado funcionando en las empresas europeas, sobre todo en las empresas manufactureras, pero que estaba también bien implantada en las empresas de servicios. En resumen, el informe apuntaba a una conclusión inevitable, la de que en la era de las TIC's y de la competencia globalizada, con su tensión permanente hacia la gestión de los cambios, era urgente discutir el modelo de gobernanza empresarial, y tratar de definir uno más adaptado a este desafío de la competitividad global. Esto implica lógicamente tener que debatir el papel de los distintos participantes (*stakeholders*) que intervienen en la empresa, y por consiguiente la funcionalidad más o menos óptima a tal fin de los mecanismos de participación de trabajadores utilizables en el diseño de ese modelo de gobernanza empresarial.

La tesis de la centralidad de la participación de los trabajadores en el modelo de gobernanza empresarial está integrada en las políticas europeas desde la aprobación de la Agenda social europea en el Consejo de Niza 2000. Según el discurso comunitario europeo, la implicación de los empleados en los procesos decisionales en la empresa se ha convertido en una parte esencial de la estrategia comunitaria y de su agenda de política social.

Desde la perspectiva de la organización del trabajo, frente a la verticalidad y jerarquización de las relaciones de trabajo características del **modelo taylorista** de producción, la evolución del modelo productivo capitalista con la introducción de las nuevas tecnologías abre nuevas perspectivas a la concepción de un modelo de relaciones laborales renovado, basado en la **co-**

⁸² Informe sobre “*La implication du lieu du travail dans l'innovation technologique dans la Communauté Européenne*”. Publicado en dos volúmenes por l'Office des publications officielles des Communautés Européennes, el primero de ellos en el mismo año 1993 llevaba por subtítulo “*Les voies de la participation*”, del que eran autores D. Frölich, C. Gill y H. Kriegeren, y el segundo, un año después, el año 1994, fue realizado por los mismos tres autores más T. Beaupain, y llevaba por título “*Questions relatives à la participation*”.

operación y el aprendizaje colectivo⁸³, más favorable a la libre expresión de los empleados, de lo que son un ejemplo las redes sociales de empresa (ejemplo, Danone 2.0⁸⁴), y otras maneras de trabajar y desarrollar la inteligencia colectiva de la acción empresarial⁸⁵. Estos cambios señalan también el camino hacia nuevas formas de revalorización del factor trabajo, y coloca a las personas que dan vida a la actividad empresarial (empleados, suministradores o clientes) en el corazón de la estrategia empresarial de negocio.

En este sentido, desde un punto de vista cuantitativo, aunque también desde el plano del impulso político, la **Unión Europea** ha dedicado más esfuerzos a la garantía de la democracia industrial que a la democracia económica. En efecto, en este caso no se trata ya de Recomendaciones y de Comunicaciones, tal y como vimos en relación con la participación financiera, sino de Directivas europeas apoyadas en el art.153 TFEU, en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de 1989 (arts.17-18) y en la Carta de derechos fundamentales del 2000 (arts. 27 y 28) sobre derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en los procesos decisionales de la empresa. Al mismo tiempo, la UE ha prestado particular atención al fomento del diálogo social entre trabajadores, sus representantes y sus empleadores, porque observa un vínculo claro entre el diálogo, la confianza y la productividad dentro de las empresas, así como un elemento clave para la definición de la nueva gobernanza de las empresas, más propicia a la creación de mejores cualificaciones, mayor esfuerzo y más confianza en el mercado de trabajo europeo. Esta visión subyace en el centro de la Estrategia Europea de Empleo y va más allá de ella⁸⁶.

La implicación de los representantes de los trabajadores en las decisiones económicas y sociales ha sido y es una constante de la política comunitaria desde el primer Programa de Acción de la Comunidad Europea de 1974. Sin embargo, el tortuoso camino seguido para la aprobación de la participación de los trabajadores en el Reglamento de la *Societas Europea* 2157/2001 y su Directiva complementaria Dir. 2001/86, desde su iniciación en 1970 para ser aprobada después de 40 años de negociaciones, es una buena muestra de la dificultad de introducir en el Derecho comunitario un derecho del trabajador a participar en el proceso de decisión de su empresa. Representa también un resultado posibilista de la confrontación habida durante todo ese tiempo entre modelos de gobernanza empresarial como son el anglosajón y el centroeuropeo, al igual que entre la percepción cultural de la participación obrera entre el norte (Noruega, Suecia, Dinamarca), el centro (Alemania, Austria y Holanda, con Francia también), y el sur de Europa (con España e Italia a la cabeza).

El resultado ha sido una acción legislativa europea que ha supuesto la instalación de los procedimientos de consulta de manera regular y extendida sobre muchas cuestiones reguladas por el derecho social europeo. Este modelo de consulta/participación se va a consagrar como modelo europeo de gobernanza empresarial a partir del modelo-tipo regulador de la **Directiva de los Comités de Empresa europeos 94/45 (modificada por la 2009/38/CE)** que prioriza su establecimiento en la empresa a través del acuerdo⁸⁷. Este derecho de los trabajadores a tener un procedimiento de participación en la empresa, a ser regulado y exigido dependiendo de los modelos societarios de los países miembros de la UE, difumina en los hechos la tradicional separación entre los campos del Derecho societario y el Derecho laboral, y permite afirmar que

⁸³ See Blanche Segrestin et Armand Hatchuel, *Refonder l'entreprise*, Editions du Seuil, France, 2012, p.37.

⁸⁴ P.MARECHAL, "L'histoire de la double ambition de Danone", *Bulletin Metis "on line"* de 17 de noviembre de 2015.

⁸⁵ S.Riot, <Vive la CoRévolution ! pour une société collaborative > http://www.metiseurope.eu/vive-la-corevolution_fr_70_art_29599.html.

⁸⁶ C. Barnard, *EC Employment Law*, cit., 702.

⁸⁷ En efecto, este mismo procedimiento de regulación de la participación obrera ha sido implementado en las sucesivas *Directive 2002/14 on national level information and consultation, the Directive 2003/72, on worker participation in the European Co-operative Society, or Directive 2005/56 on cross-border mergers of limited liability companies*.

la regulación comunitaria de la gobernanza de la empresa europea trasciende el modelo tradicional de la propiedad por acciones como único factor determinante para constituir los órganos de gobierno corporativo⁸⁸.

A pesar de las llamadas a considerar la creación de un *EU Industrial Relations System*⁸⁹, excepción hecha de la Directiva sobre los comités de empresa europeos, que ha permitido desarrollar la información, consulta y hasta en ocasiones la negociación colectiva transnacional, los instrumentos de participación en la empresa siguen dependiendo fundamentalmente del modelo regulador de la gobernanza empresarial establecido en cada Estado miembro. Por ejemplo, en los casos de Francia y en España, el verdadero órgano de contrapoder en la empresa es el comité de empresa, porque ejerce funciones decisorias sobre aspectos importantes de la actividad social en la empresa, así como en la organización del trabajo (con un alcance tal vez equiparable al modelo de co-determinación alemán), y porque tiene en determinados casos facultades de negociación colectiva en la empresa. Los sindicatos tienen su propia representación en el seno de las empresas y la ley nacional dispone de vehículos adecuados para que controlen la labor del comité de empresa, con lo que los comités de empresa han trascendido en la mayoría de las empresas su original función de colaboración con el empresario, para devenir un órgano de expresión conflictual de los intereses de sus representados⁹⁰. En cambio, en la regulación alemana del comité de empresa (*Betriebsrat*) además de dotar al comité de empresa de facultades para decidir sobre la gestión de la producción y la organización del trabajo, mediante la introducción de la participación de representantes obreros en el consejo de vigilancia (leyes de 1951 para las empresas del sector del carbón y del acero, y la Ley de 1976 para todas las empresas de más de 2000 trabajadores: 2/3, y de más de 500 trabajadores: 1/3) los representantes de los trabajadores también intervienen en la toma de decisiones estratégicas sobre la orientación estratégica de la empresa.

Pero, como advertíamos en la introducción de este ensayo y lo confirma el artículo de Gilles Auzero en este mismo número de DL, Francia ya no es un referente directo de este modelo regulador. La Ley francesa (*Loi de Sécurisation de l'emploi de 2013*)⁹¹ es un importante caso que refuerza una tendencia europea hacia la implicación de los trabajadores en los procesos de decisión de la empresa y contribuye a reforzar la imagen de la existencia progresiva de un verdadero modelo europeo de gobernanza de la empresa, elemento clave para la consolidación de ese sistema europeo de relaciones industriales.

5. CONCLUSIÓN

¿Puede la implantación de un sistema de co-determinación en las empresas españolas mejorar el procedimiento de gestión negociada del cambio?. Cada sistema nacional de relaciones industriales contiene sus propias respuestas, incluso ambiguas y confusas, como en el caso español, y cada empresa conduce sus prácticas internas de acuerdo con su propia cultura y tradición al amparo de la protección constitucional de la libertad de empresa, de iniciativa económica y de autonomía de la voluntad, así como de la libertad sindical, etc., en el marco de leyes nacionales de carácter laboral, mercantil, etc., que las regulan.

Sin embargo, hay intangibles, ideas fuerza, que marcan tendencia al legislador nacional, pero también a los sindicatos y a la dinámica empresarial. Una de ellas, es **la 4ª revolución tecnológica-digital**, que entre otras cosas significa que la apropiación, conservación y la ges-

⁸⁸ See A. Johnston "EC Regulation of Corporate Governance", cit., 311.

⁸⁹ M. Rönmar, Labour Law, *Fundamental Rights and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p.20.

⁹⁰ A. Supiot, "Le Droit du Travail", cit., 92.

⁹¹ Se calcula que en 2012 existían 39 consejeros representantes de los trabajadores en 16 consejos de administración, la mayoría representando a trabajadores accionistas, lo que significa que casi el 20% de las empresas cotizadas en Francia cuentan al menos con un representante de los trabajadores en su consejo de administración. See http://www.metiseurope.eu/administrateurs-salariés-on-pourrait-mieux-faire_fr_70_ar...12/04/2013.

ción a través de la innovación del conocimiento propio –del *know-how*– es fundamental para la competitividad empresarial en el marco de la globalización económica. Estamos hablando de personas, cuadros e investigadores, o los directivos modernos, personas de formación y cualificación altas, fundamentales para atender en la empresa eso que se denomina el I+D+i.

Una consecuencia clara de esta constatación es la importancia creciente que en las empresas se otorga a dar satisfacción a los intereses de este personal, por ejemplo, a través de su implicación en los procesos innovadores, o de su participación en los resultados,... Solo esto ya plantea un cambio en el paradigma de la gobernanza de la empresa. Junto a ello, el personal dedicado a la producción debe aprovechar este cambio de tendencia en el cambio de la gobernanza de una empresa para que, a través de la formación continua y favoreciendo su interés por la participación en los niveles de decisión que correspondan, se generalice a todos los estamentos del personal al servicio de la empresa el reconocimiento de ese interés de cada partícipe en el proyecto empresarial, para que sea debidamente atendido a la hora de adoptar las decisiones internas a la empresa, tanto de las organizativas como las de estrategia a medio y largo plazo.

Una segunda línea de tendencia, ciertamente un tanto atenuada en estos tiempos de incertidumbre, pero aún y todo real, son las **políticas europeas**. En torno al tema de la **gobernanza en la empresa**, la UE persigue sobre todo con suavidad (*soft law*), y consenso (*reflexive regulation*) un modelo de implicación de todos los partícipes a través de la participación, dejando a la elección de las partes la opción entre mecanismos de negociación sindical y/o co-determinación, o distintas combinaciones entre ambos para llevarla a efecto.

Una tercera idea fuerza, igual más voluntarista pero que es observable en ciertos entornos empresariales, es el **cambio en la cultura de empresa**. Se precisa revisar el concepto de empresa, a partir de una comprensión más adecuada de la acción colectiva creadora de actividad económica. El modelo de empresa eficiente no puede reducirse al tradicional enfoque reequilibrador entre los intereses del capital y del trabajo, ya que debe responder también a los desafíos contemporáneos de la competencia a través de la innovación y de la legitimación permanente del llamado *management* o directivos de la empresa. Al director de empresa (ahora se le exige también actuar como líder) se le recuerda que su autoridad y legitimidad no proviene solo de su contrato de mandato societario, sino de su autoridad y profesionalidad en el manejo de las competencias requeridas para dirigir una acción colectiva de manera eficaz (reinventando su poder de dirección, en origen de raíz contractual, mediante el desarrollo de una función más horizontal, de facilitador o animador de esa inteligencia colectiva que es el motor de la acción empresarial), a partir de unos principios de gestión que le permitan reconocer el consenso en torno a su función de manager, tanto de los que le confían su patrimonio como de los que le confían su destino profesional como trabajadores partícipes de esa empresa.

Ineluctablemente esta reconstrucción del modelo cultural de la empresa conduce a la introducción de principios de **gestión democrática y socialmente responsable en las empresas**. Esto conlleva, a mi modo de ver, superar la atención preferente al interés de los accionistas (o detentadores de paquetes de acciones que en ocasiones, además permiten ejercer el control de la sociedad), y desarrollar un enfoque holístico de la empresa, que tenga en consideración los intereses del conjunto de los *stakeholders*⁹². Un enfoque y una cultura muy extendida en los modelos de gobernanza dual o bicameral que se practica, sobre todo, en los países del centro de Europa, cuyas empresas presentan las mayores fortalezas frente a los desafíos de la competencia global y ofrecen mejores respuestas ante los efectos sociales derivados de las crisis sistémicas del capitalismo⁹³.

⁹² M.Boutillier et al. "Financement et gouvernement des entreprises. Exceptions et convergences européennes", *Revue d'Economie Politique*, vol.112, nº4, 2012, p. 535.

⁹³ No hay duda de que el sistema dual de los órganos de administración de la empresa, típico del modelo de empresa alemán, ha inspirado la polémica creativa entre los sectores doctrinales favorecedores de la idea y los opuestos a ella. Por ejemplo, la propuesta de Isabelle Ferreras de *l'entreprise bicamérale* con un órgano de re-

También me interesa señalar como otra idea fuerza, que afecta esta vez a la autonomía del Derecho del Trabajo como disciplina, y que viene muy aparejada a este debate sobre la gobernanza de la empresa, como es mi personal constatación de la existencia de una cada vez más fuerte interdependencia entre las instituciones del Derecho laboral y del Derecho mercantil de sociedades, y de ambas con el Derecho público de la economía. En mi opinión, además de una evidencia, es un camino que los laboristas debemos atender –y profundizar en el mismo–, planteando el justo reconocimiento y la contribución real del valor del factor trabajo a la prosperidad de la empresa y a sus resultados. Desde mi punto de vista, el mejor ámbito donde se puede plasmar la contribución de los trabajadores a la acción empresarial es por la doble vía de la valorización de la aportación del trabajo humano a la acción empresarial y la del ejercicio del control de los procesos de decisión en la empresa por los representantes de los trabajadores, cualquiera que sea el modelo societario que revista la empresa. En el fondo se trata de una aproximación humanizadora (y democratizadora) de la empresa en su concepción y valores. La nueva empresa, además de perseguir un fin económicamente viable, debe ser gobernada mediante una gestión responsable por parte del *management*, lo que significa que sus decisiones serán controlables por el voto mayoritario de sus accionistas así como por el de los demás partícipes.

Esta formulación de la noción de la empresa puede plantear todavía en algunos marcos de relaciones industriales nacionales problemas de orden político y sindical. Sin embargo, sigo pensando que resolver el desafío de la gobernanza de la empresa del SXXI es central para la redefinición estratégica de los nuevos objetivos e instrumentos de la acción sindical que guiarán a un **sindicalismo renovado y más moderno**, así como una guía para los dirigentes empresariales más inteligentes, responsables y moralmente concienciados.

Reimplantar en nuestro modelo de relaciones industriales la co-determinación en todas sus dimensiones, débil, fuerte y estratégica, sería un gran paso en una dirección más acorde con los vectores fuerza que están impulsando los cambios del modelo capitalista de producción y la evolución de nuestras empresas⁹⁴. Por esta razón no me decanto por ninguna de las dos formulaciones presentadas dialécticamente –que no alternativamente, eso solo lo hacen algunos sindicalistas y empresarios– en este trabajo, porque no hay disyuntiva posible, **negociación y participación no son antitéticas**, cada una tiene su campo de actuación, y los sindicatos y sus representantes pueden estar en ambos procedimientos, como así lo demuestra la realidad, comparativamente hablando⁹⁵. La cuestión es recrear un espacio para la co-determinación, y como indican todos los modelos de co-determinación que hemos visto, el espacio natural de la co-

presentación de los inversores de trabajo (que decide por mayoría sobre los temas estratégicos) y otro representativo de los inversores de capital quien designará a los miembros del consejo de administración de la empresa (y que funcionará igualmente por mayoría), pero éste responderá ante los dos órganos o cámaras de representantes, y no solo frente a la asamblea de accionistas. Es una propuesta que en esencia intenta corregir de esta manera el funcionamiento no paritario del modelo de co-determinación alemán. Vid. I. Ferreras, "Gouverner le capitalisme?", cit., 130 at 131.

⁹⁴ Lo que permitiría separar las funciones contenido de la negociación colectiva en la empresa (el marco salarial básico y la jornada máxima) de las demás condiciones de trabajo que son consustanciales a la gestión del cambio, para que éstas sean co-determinadas por el órgano de representación según procedimientos específicos a la participación. De esta manera cada empresa tendría margen para mejorar la eficiencia de la empresa, su productividad, así como el bienestar de los trabajadores, al recaer en su decisión la concreta determinación de buena parte de las condiciones de trabajo así como su cambio adaptativo a las circunstancias propias.

⁹⁵ La eficiencia de este modelo se comprueba en el funcionamiento coordinado de la negociación colectiva alemana: las competencias reconocidas por la Ley a los comités de empresa o *betriebsrat* les permite una derogación controlada de los convenios colectivos nacionales o regionales, puesto que la relación entre los niveles de negociación no es jerárquica. Los comités son relativamente autónomos de los sindicatos que dirigen la negociación colectiva sectorial supraempresarial. El empresario alemán se ve vinculado contractualmente a unos y otros acuerdos, de rama (con los sindicatos) y de empresa (con el comité). Vid. M. FAIOLI, "Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata nell'esperienza francese e tedesca", Riv. Italiana di Diritto del Lavoro, Vol. I, 2012, p. 484.

determinación es la gestión del día a día en la empresa, también de sus cambios organizativos, innovadores de procesos y productos, salvo cuando esos cambios afecten a las condiciones pactadas en convenios colectivos en vigor en esa empresa. En ese caso, los delegados de los sindicatos firmantes (o la comisión paritaria del convenio) deberán ser llamados a negociar esos cambios, siempre y cuando la ley o la propia negociación colectiva no haya previsto otra solución alternativa a la negociación.

A falta de estudios sociológicos y económicos concluyentes de los efectos prácticos en las empresas de las reformas laborales, es bastante más cierto que incorrecto afirmar que el funcionamiento de **nuestro sistema de relaciones industriales no está favoreciendo una gestión eficiente de los cambios en la empresa**. Un aspecto importante de la disfuncionalidad de nuestro propio modelo es que la Ley añade las funciones correspondientes a un procedimiento de consulta fuerte o de co-determinación a las propias de la negociación colectiva a nivel de empresa. Efectivamente, el órgano de co-determinación, el comité, es también el órgano de negociación colectiva de los convenios de empresa, estén o no los sindicatos presidiendo la actividad de estos órganos de representación. En mi opinión, esta duplicidad de funciones participativas y negociadoras ha acabado finiquitando la participación en la empresa en nuestro modelo de relaciones industriales.

Conceptualmente sería mucho más clarificador y útil deslindar ambos procedimientos y los sujetos intervinientes en los mismos. De esta manera sería correcto reservar la **denominación de acuerdos de empresa** a aquellos productos surgidos de los procedimientos de consulta (**co-determinación**), mientras que el termino convenio o pacto colectivo aludiría a los productos emanados de un procedimiento de negociación colectiva sindical, separando sistemáticamente la ordenación de unos y otros instrumentos entre los Tit. II y III del TRLET. De modo que la determinación de las condiciones de trabajo básicas, en cuanto a salario y jornada, se reservarían a la negociación colectiva por ley, salvo que aquella consintiera hacerlo o ser modificada por los acuerdos de empresa, con los límites y procedimientos fijados por el propio convenio colectivo de aplicación, o también, como prevé el Derecho alemán, se acordara a tres bandas las modificaciones a nivel de la empresa del convenio colectivo, entre los sindicatos firmantes, el comité y la dirección de la empresa⁹⁶. Una fórmula esta muy interesante porque daría un papel interventor en los procedimientos de co-determinación a los delegados sindicales en la empresa (asistidos por expertos externos si fuera preciso), porque a la postre, los delegados sindicales no son órganos de participación, a pesar de que dispongan de los mismos derechos de información y consulta que los comités (art.10,3º LOLS), pero sí pudieran ser los interlocutores adecuados para adaptar el convenio colectivo a los acuerdos sobre gestión del cambio.

⁹⁶ B.Waas, "Non trade union workers' representation in Germany", en R.Blanpain & N.Lyutov, *Workers' representation in central and Eastern Europe*, cit. p.101 y 102.