

TEMA V

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

I. EL TRABAJADOR PROFESIONAL

1. CONCEPTO

El Derecho del Trabajo, a las características del trabajo en su sentido económico más simple, *añade las de profesionalidad y utilidad social*, con lo que reduce el amplio concepto que puede encontrar eco en otras disciplinas científicas y se configura uno propio.

El Derecho regula relaciones sociales, y por eso el trabajo que es objeto de regulación jurídica es, fundamentalmente, *aquel que beneficia a una persona distinta del propio sujeto productor del bien o prestador del servicio*.

La vida en sociedad tiene su razón de ser en la menesterosidad (necesidad) del hombre individualmente considerado y, con ella, en la necesidad de aprovechar, junto a los bienes naturales, *los servicios de los otros hombres*. Las distintas necesidades humanas exigen distintas ocupaciones y servicios, con lo que la vida social descansa en la división del trabajo.

La unión de una y otra perspectiva permite concluir:

- primero, el trabajo de cada hombre, *es un bien cedible para su uso y consumo por otros*;
- segundo, el trabajo es un *posible medio económico de vida*;
- tercero, *la división del trabajo posibilita la especialización laboral*.

El trabajador profesional es, así, el hombre que vive habitualmente del fruto de su trabajo; o, mejor dicho, que obtiene una compensación económica suficiente a cambio de la cesión a otros de los frutos de su trabajo. Por su parte, el trabajo profesional es tan sólo aquella actividad humana creadora de utilidad social, que, como tal, es retribuida.

2. CLASES

a) Trabajadores profesionales, empleadores y gestores empresariales

El concepto de trabajador profesional, tiende a comprender a todos los que se integran en la llamada «población activa» de un país. Pero en un sentido estricto, se excluye del concepto de trabajador a todo empresario, entendido en el viejo sentido de titular de la explotación por ser el aportador del capital, *pero que no es gestor de dicha explotación*. Trabajador profesional, es, el que vive, fundamentalmente, de la compensación económica de la cesión a otro de su trabajo profesional. La actividad empresarial no entra en el objeto del trabajo profesional a no ser en el caso del empresario–gestor o, del empresario–administrador activo de sociedades.

b) Trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena

Los trabajadores profesionales, pueden ocupar una doble situación jurídica; a saber: la de trabajadores *por cuenta propia* y la de trabajadores *por cuenta ajena*.

En el primer caso, *el trabajador por cuenta propia* organiza su propio trabajo, es su propio empresario, posee la facultad de disposición sobre su ser-vicio, y *asume el riesgo económico de la explotación*: hace suyas las posibles ganancias, pero soporta también las posibles pérdidas.

En el segundo caso, *el trabajador por cuenta ajena* se integra en una explotación cuya organización no domina; *la disposición suprema sobre el negocio* competen al titular jurídico de dicha. El trabajador *entra en la organización ajena y a ella se supedita*.

A cambio de esta disponibilidad sobre su trabajo tiene derecho a una compensación económica determinada, que es *el salario*. Al trabajador por cuenta ajena es, en principio no le afectan en el nacimiento de su derecho a una compensación económica ni los beneficios ni las pérdidas finales que puedan derivarse de su trabajo.

La situación en la que se encuentran respecto de la disposición de su trabajo permite calificar a los trabajadores por cuenta propia como *autónomos*, y a los trabajadores por cuenta ajena como *dependientes o subordinados*.

Los grupos económico-sociales más significativos entre los autónomos son los siguientes: en el sector primario, los cultivadores directos; en el sector industrial, los artesanos; y en el sector de servicios, los profesionales libres. Entre los trabajadores profesionales por cuenta ajena se distinguen *los funcionarios públicos* (civiles y militares) y los trabajadores *privados o particulares*.

El Derecho del trabajo es privativo de los trabajadores profesionales por cuenta ajena privados. Los funcionarios públicos se confinan en el Derecho administrativo.

e) Obreros y empleados

Los trabajadores por cuenta ajena se suelen clasificar, a su vez, en dos grandes grupos, a saber: el *de obreros* y el *de empleados*.

El criterio técnico-jurídico de clasificación, no consta con claridad. De ahí que la doctrina se oriente hoy día hacia una de estas dos soluciones:

- primera: los obreros son los trabajadores que participan en la *producción directa* de los bienes, mientras que los empleados son los que atienden la administración de la explotación o las relaciones con el público;
- segunda: se admiten nuevos grupos de trabajadores, pues la distinción dual, sin más, resulta estrecha para cobijar la gran variedad profesional de la compleja sociedad económica y social de nuestro tiempo.

En esta segunda posición, el Derecho laboral, distinguen numerosos grupos profesionales, entre los que se destacan, al menos para el Derecho español, los cuatro siguientes: *técnicos*, *administrativos*, *mano de obra cualificada* o especialistas y *mano de obra no cualificada*. Los Grupos de cotización a la Seguridad Social ofrecen también una clasificación especialmente significativa. En fin, cada uno de los grupos se suele subdividir en categorías y subcategorías.

Hoy día este cuadro orgánico de clasificación profesional está en proceso de revisión. El nuevo ETT abre a los pactos colectivos posibilidades para romper con el esquema: grupo-subgrupo-categorías-especialidades o funciones.

3. OTROS GRUPOS PROFESIONALES SIGNIFICATIVOS

En el Derecho del trabajo, la distinción básica de los trabajadores profesionales la de trabajadores por cuenta

propia, y la de trabajadores por cuenta ajena. Ahora bien, las normas laborales atienden a otras características de los componentes de la población laboral, tales como la naturaleza de la función o sector de actividad, el sexo, la edad, etc:

a) Sector de actividad

Los trabajadores profesionales se pueden clasificar, en atención al sector económico al que están adscritos, en agrícolas, industriales y de servicios. El Derecho del trabajo como legislación especial fue, en principio, privativo de los obreros, es decir, de los trabajadores manuales de la industria;

En la actualidad, el Derecho del trabajo ofrece un «régimen común», para los trabajadores por cuenta ajena de la industria y del comercio, mientras que los trabajadores agrícolas siguen sometidos en materia de Seguridad Social a un régimen jurídico con marcada tendencia a la especialidad, que se caracteriza por las siguientes notas:

- protección social a un nivel más bajo que en la industria y el comercio;
- tendencia a equiparar, el trabajador profesional autónomo con los trabajadores asalariados.

Pero hay más: en la propia relación de trabajo operan circunstancias de hecho que frustran la igualdad jurídica. La gran plaga social del trabajador agrícola es, la inestabilidad en el empleo. De ahí que predominen los *trabajadores eventuales* o, en el mejor de los casos, *los trabajadores fijos de trabajo discontinuo*. El derecho laboral de la estabilidad en el empleo queda sin base para su completa aplicación;

b) Sexo

el Derecho del Trabajo, como legislación protectora de los grupos más necesitados de ayuda, se inició como *legislación de niños y de mujeres*. En la actualidad es una idea-fuerza la equiparación del régimen jurídico del trabajo de la mujer y del hombre de acuerdo con el principio de «a trabajo de valor igual salario igual» y perfeccionado por las bases jurídicas de la Comunidad Europea, de la ONU y, hoy día, por la Constitución española que, exigen igual salario para trabajos de igual valor; Con todo, la mujer mantiene en su trabajo un estatuto jurídico especial, con la limitación de trabajos penosos y peligrosos, descanso pre y postnatal, etc., pero otras veces falta *ese elemento material diferenciador* y la norma desigual es discriminatoria. España ratificó en 26 de octubre de 1968 el Convenio núm. 100 de la OIT sobre no discriminación salarial por razón de sexo y otros muchos Convenios de igual orientación. La Ley de Relaciones Laborales, de 1976, representó la aceleración del proceso equiparador que se ha mantenido en el vigente Estatuto de los Trabajadores.

La presencia de la mujer en el trabajo es una de las grandes realidades nuevas en la Historia económica y social. La Unión Europea ha hecho cuestión de principio la no discriminación en el trabajo por razón de sexo. El problema ya no está en las normas propiamente dichas sino en la conducta de los sujetos implicados en las relaciones laborales (creencias, prejuicios, rechazo social, etc.).

e) Edad

La edad también se ha hecho sentir en el Derecho del trabajo en términos similares a los del sexo: legislación tutelar de niños y menores primero, y actualmente un régimen especial de protección en el trabajo por razones físicas, psicológicas y, en general, escolares, para propiciar la realización de estudios cada vez más avanzados. Se forman así dos grupos: el de trabajadores jóvenes (de 16 a 18 años) y el de adultos, con plenitud de derechos (de 18 a 65, en general). Pero hay otras edades significativas; a saber: por un lado, el desarrollo tecnológico, está originando un muy grave fenómeno social de incalculable importancia, cual es el de las dificultades de empleo para los trabajadores de más de cuarenta años. En España ha cobrado actualidad en fechas recientes y ha forzado al establecimiento de un régimen especial de fomento de empleo

para los mayores de cuarenta y cinco años; por otro lado, los problemas de escasez de empleo y de presión demográfica han forzado a medidas especiales en favor de los menores de veinticinco años; aparece así el fenómeno socio-lógico de los «jóvenes vetustos», (muy viejos). Tal fue la consecuencia de la socialmente regresiva Ley 10/1994, con su contrato de aprendizaje, en realidad contrato de inserción laboral «a cualquier precio» (el contrato basura, en la acertada ex-presión sindical).

La reforma laboral de 1997, volviendo al «contrato para la formación», ha reducido este alargamiento de la juventud por Ley y ha mejorado el contenido formativo, el nivel salarial y la protección social.

d) Otros factores

Otros criterios que son operantes en orden al régimen jurídico- laboral aplicable son los siguientes:

- **Duración:** de la relación de trabajo, con las nuevas formas del trabajo temporal.
- **Nacionalidad:** el trabajador extranjero en España; con la consideración de distintas situaciones: doble nacionalidad; ciudadano comunitario; extranjero no comunitarios pero con Convenio Internacional de Colocación o Empleo etc.
- **Validez profesional:** los minusválidos gozan de un estatuto singular compensador de su disminución.
- **Residencia:** el trabajador español en el extranjero es objeto de atención no sólo a través de Tratados, sino de normas.

e) Precariedad y movilidad

El Derecho laboral en general, y el español en concreto, aún está dominado por el *modelo* propio del trabajador industrial, urbano, estable en su relación de servicio, por lo que está anclado en principios típicos de 1931 a 1973; resulta así poco apto para recoger las situaciones en que se encuentran los trabajadores solicitados por la sociedad postindustrial de los años actuales. Frente a esta forma histórica se postula un Derecho con menos intervención estatal en beneficio de una intervención *concertada* fruto de la autonomía colectiva; *tal es la línea abierta con grandes riesgos por las Leyes 10/1994 y 11/1994* que ha seguido la reforma de 1997, cristalizando en la Ley 63/1997, que ha establecido un programa experimental por cuatro años para medir la eficacia social de una modalidad del contrato de duración indefinida: el de «fomento» de tal contratación.

Desde 1996 el contrato temporal tiende a ser el único que se celebra: la modalidad dominante es la de temporal por «obra o servicio determinado». De ahí los citados Programas de reforma laboral en busca de un contrato de duración indeterminada, un contrato temporal *estable*, cuya contradicción terminológica revela su difícil tratamiento legal.

II. LOS «DERECHOS SOCIALES» DEL TRABAJADOR PROFESIONAL

1. LA TABLA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

El trabajo profesional, plantea ante la sociedad y ante el Estado una gama muy completa de exigencias, que se suelen conocer con el nombre de «derechos sociales del trabajo», que se recogen en los textos políticos fundamentales de nuestro tiempo, a partir de la Constitución de Weimar de 1919.

En la actualidad, el derecho a la ocupación profesional se proyecta en una «tabla» muy detallada de garantías políticas y de derechos derivados, entre los que cabe destacar los siguientes:

1. El derecho a la libre elección de profesión Las garantías de este derecho están, a su vez, en los servicios de orientación, selección y formación profesional, en la protección escolar, etc..
2. Derecho al trabajo o empleo; su garantía está en el desarrollo económico del país de un modo general y en los servicios de colocación ya sean públicos, ya privados.
3. Derecho a una retribución suficiente, que permita una vida individual y familiar moral y digna. Las garantías de este derecho están en la política intervencionista del salario con la fijación de salarios mínimos, y en la organización del sistema de compensación de las obligaciones familiares.
4. Derecho a descansos en el trabajo, diarios, semanales y anuales

5. Derecho a la seguridad social, con subsidios y auxilios económicos en las cuatro grandes situaciones de inseguridad económica del trabajador, a saber: invalidez; jubilación por edad; paro forzoso y muerte. Las garantías de estos derechos están en las distintas medidas de Seguridad Social, fundamentalmente en los seguros sociales obligatorios.

La satisfacción de estas exigencias puede lograrse espontáneamente por la propia iniciativa de los interesados (autonomía individual). Pero si ésta falta o si es insuficiente, en la tabla de los derechos sociales del trabajador se reconocen nuevos derechos, fundamentalmente estos dos, a saber: primero, el derecho de asociación; segundo, el derecho a la intervención del Estado por medio de los órganos adecuados para que los derechos del trabajador se proclamen y se reconozcan y luego se cumplan.

El cuadro completo y detallado de las normas que reconocen y hacen efectivos los derechos del trabajador profesional, junto con sus garantías, constituye precisamente el Derecho Social del Trabajo.

2. NATURALEZA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

El artículo 53 de la CE establece la naturaleza y garantías constitucionales de los distintos derechos establecidos por la propia Constitución. De acuerdo con su tres grados o niveles, los derechos sociolaborales tienen el siguiente carácter:

A) *Libertades*: el derecho de libertad sindical; el derecho de huelga; y los derechos sociolaborales del «condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma».

B) *Derechos fundamentales*: comprende el derecho al trabajo; a la libre elección de profesión y oficio; a la promoción a través del trabajo; a una remuneración suficiente personal y familiar; a la no discriminación laboral por razón de sexo; a la negociación colectiva laboral; a la adopción de medidas de conflicto.

C) *Derechos constitucionales simples*: todos los demás derechos sociolaborales, incluidos los de Seguridad Social; la protección de la salud; protección especial de minusválidos etc.

Los derechos de los grupos A) y B) tienen un *contenido esencial* que está fijado en la propia Constitución; pero las leyes de desarrollo completan por «agregación o conexión» dicho núcleo básico, con lo que estos elementos añadidos también pueden ser defendidos, por ejemplo, en el recurso de amparo, según declara reiteradamente el Tribunal Constitucional.

Los derechos sociales del grupo C) son, por el contrario, «derechos de ordenación legal», exigibles ante los Tribunales ordinarios de justicia en los términos que fija, en principio, el legislador.

SEGUNDA PARTE

LA ORGANIZACIÓN SOCIAL DEL TRABAJO

TEMA VI

LA ORGANIZACIÓN DEL PERSONAL EN LA EMPRESA

I. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA EMPRESA

1. ACEPTACIONES

El término «empresa» se utiliza en el Derecho positivo al menos en tres sentidos, a saber:

- empresa como sinónimo de «empresario» o «empleador»;
- empresa como «explotación», negocio, obra o industria, en este sentido, la empresa es *un objeto de derecho*, no un su-jeto;
- empresa como «comunidad socioprofesional», entidad aglutinante de una pluralidad de elementos personales, como son el titular de dicha explotación y los trabajadores, sobre un fondo común, que es la propia explotación o negocio, de naturaleza material.

Los dos primeros conceptos están perfectamente contruidos, tanto en el Derecho mercantil como en el Derecho del trabajo; el ETT acepta como empresario a «todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que re-ciben la prestación de servicios de las personas...» que merezcan la calificación de tra-bajadores en sentido técnico jurídico.

Por su parte, la «explotación» es la obra o industria que puede ser cedida o transmitida por venta, herencia, etc., llevando consigo las relaciones individuales de traba-jo que puedan integrarse en ella.

El tercer concepto, *la empresa-comunidad* profesional, está por elaborar definitivamente, pero, es la que interesa decisivamente en el Derecho colec-tivo del trabajo, en el que se cuenta, por un lado, con el *personal*», con un interés colectivo específico del que serán portadores los Comités de empresa y, por otro lado, con la situación del empresario. La comunidad total se alcanza en el *acuerdo colectivo de empresa*, por la acción conjunta de los portadores de los intereses respectivos.

2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La empresa puede ser definida como una actividad humana, sometida a plan, encaminada hacia la consecución de un fin económico mediante la utilización de ciertos medios que suelen denominarse, capital y trabajo.

En la empresa en cuanto tal se pueden distinguir los siguientes elementos:

- a) *un objeto*, que constituye la razón de ser de la empresa; este objeto puede estar motivado por el ánimo de lucro de las distintas personas que actúan en la empresa, o puede ser desinteresado, pero ha de existir siempre;
- b) *unos medios* patrimoniales o bienes, materiales e inmateriales, con los que se cuenta para la consecución del fin empresarial y que presuponen un capital;
- c) el *trabajo*; ejercicio de medios para lograr una utilidad;

d) una organización, con la cual se unen capital y trabajo para la mejor obtención del fin perseguido.

En orden a las personas que concurren a la formación de la empresa, es posible distinguir entre los aportadores *de capital*, los gestores o emprendedores y los presta-dores *de servicios subordinados*.

Los primeros, si se limitan a tal aportación, quedan fuera de la empresa en su sen-tido funcional; Cuando el aportador de capital también aporta trabajo; se acumulan así en una misma persona las dos situa-ciones jurídicas, pero no por ello se confunden entre sí.

II. EL PERSONAL

1. CONCEPTO Y COMPOSICIÓN

En la práctica, la empresa cuenta con el *trabajo prestado por personas distintas de los aportadores del capital*, con lo que se habla de los trabajadores en la empresa o, *del personal*.

El personal está constituido por los trabajadores vinculados a la explotación por un contrato de trabajo. El contrato se celebra con el empresario como titular de la explotación y basta que haya un contrato de trabajo y, por tanto, un solo trabajador, para que la empresa entre en el ámbito del Derecho de trabajo.

El personal es, pues, el conjunto de trabajadores que, en virtud de sus contratos de trabajo, se han obligado a prestar un servicio profesional en una explotación por cuen-ta y bajo la dirección del titular de ésta. *El personal, como grupo, es titular de un in-terés común o colectivo, y como tal, distinto del interés de cada trabajador agrupado; dicho interés colectivo es defendido por los representantes de di-cho grupo.*

2. CLASIFICACIÓN

Los trabajadores que integran el personal están clasificados según numerosos criterios. Los más importantes para el régimen jurídico colectivo del trabajo en la empresa son los siguientes:

2.1. Grupos y categorías profesionales

En el Derecho español, los grupos profesionales más relevantes son los siguientes: técnicos, administrativos, mano de obra cualificada o especialistas, y mano de obra no cualificada. Dentro de cada grupo, los trabajadores ostentan distintas categorías, pero todos ellos se reconducen al grupo. Hay, por otra parte, una tendencia a concentrar los distintos grupos según criterios sociológico--políticos, y así reaparece la distinción clasista entre obreros y empleados cuando se ar-ticula la composición de los Comités de Empresa en sólo dos colegios de electores y elegibles.

2.2. Fijos y temporales y a tiempo parcial

La configuración del personal acepta una nueva distinción entre trabajadores fijos y temporales.

a) *los trabajadores eventuales*, que se contratan para las tareas excep-cionales, de muy breve duración;

b) *los trabajadores interinos*, que atienden un puesto fijo mientras no se cubre adecuadamente.

c) *para obra o servicio determinado*, contratados para mientras duren esa obra o servicio;

d) *trabajadores temporales por dispensa legal*: el puesto de trabajo puede ser permanente por naturaleza, pero la Ley, para fomentar el empleo o por otras razones puede aceptar su contratación por un tiempo máximo.

Otros trabajadores temporales por naturaleza son los titulares de contratos formativos; a saber: los trabajadores en prácticas y los en formación. Hay una situación especial en el caso de los deportistas profesionales y también en el contrato especial de los mediadores laborales cuyos contratos temporales escapan al principio restrictivo.

Hay, en fin, otras distintas situaciones; a saber:

- *el trabajador fijo pero de trabajo.*

– *el trabajador a tiempo completo o a tiempo parcial.*

El Derecho colectivo se había diseñado tradicionalmente con referencia al personal fijo de trabajo continuo. La crisis económica ha forzado a tener muy en cuenta los contingentes, cada vez más numerosos, de los trabajadores temporales. La Ley 32/1984, rompe las fortísimas garantías de estabilidad en el empleo que había establecido la Ley de Relaciones Laborales, de 1976. Las Leyes 10/1994 (MUFO) y 11/1994 han acentuado la flexibilidad en el ingreso en la empresa, y el contrato temporal se está generalizando al máximo en las nuevas contrataciones: 90 de cada 100 nuevos contratos. El Real Decreto-Ley 8/1997 aceptó una modalidad de la contratación de fijos para fomento de la estabilidad en el empleo.

3. CAPACIDAD

El personal, como agrupación de los trabajadores por encima de su situación individualizada, tiende a convertirse en un sujeto de Derecho; de ahí que se suscite la cuestión doctrinal de saber si es una persona jurídica.

En una concepción realista del Derecho, el concepto de personalidad jurídica es prácticamente irrelevante; es más útil, la categoría de «capacidad», como aptitud para alcanzar un determinado fin o realizar una determinada pretensión al amparo del Derecho.

El personal, en el Derecho positivo español, tiene asignadas funciones y goza de las capacidades necesarias para atenderlas. Las más interesantes, posiblemente, son las que convienen a la negociación de los convenios de empresa y, ahora, desde 1994, a los acuerdos colectivos de empresa.

El personal, como ente colectivo, actúa a través de *representantes*: éstos son los que ejercitan, los poderes o capacidades establecidas en las leyes, pero el *titular* de dichos poderes o facultades no es el órgano representativo, sino *la colectividad representada*. El personal, pues, tiende a convertirse en un ente colectivo sujeto de derechos *dentro* del Derecho colectivo del trabajo y de las *demás disposiciones* legales que le atribuyen capacidades.

III LA GESTIÓN DE LA EMPRESA

1. FUNCIONES Y FACULTADES

La función empresarial mínima, imprescindible, *es la de ordenación*, que se manifiesta en la elección del fin y de los medios requeridos para su obtención; y a su lado, en igual necesidad, aparece *la función de ejecución*.

En la empresa normal, *con personal auxiliar*, el cuadro funcional anterior se complica, pues hay que considerar, además, otras funciones y otras facultades, entre las que se suelen destacar las siguientes:

a) *La dirección del personal*, que se concreta en la función de exigir a cada auxiliar la prestación de servicio que se considera adecuada para los intereses de la empresa. La dirección implica, pues, una facultad de mando en el «director» y una obligación de obediencia en el personal. Ahora bien, el trabajo *debido* por el

trabajador quedó predeterminado en su contrato de trabajo. El contrato delimita el poder de dirección empresarial. Los cambios y modificaciones del *pro-grama de trabajo* sólo son posibles para el empresario si no tienen carácter sustancial (*ius variandi*).

b) *La función disciplinaria*, que se concreta en la función de juzgar sobre el cumplimiento o incumplimiento de las órdenes im-partidas, así como en su sanción.

La formulación de las distintas funciones y de las fa-cultades atribuidas a cada miembro del personal auxiliar permite a la doctrina hablar de la función empresarial *legislativa o reglamentaria*, pero se trata, de una actividad instrumental de exteriorización del plan general de división del y, por tanto, de una función sin entidad propia, reflejo de la función de dirección.

2. SECTORES

Los sectores en los que se pueden desplegar las distintas funciones y ejercitar las correspondientes facultades que la empresa requiere son múltiples, pueden distinguirse los siguientes:

- *Sector económico*, con las operaciones de financiación, elección de mercados, etc.
- *Sector técnico*, con los actos determinantes de los sistemas de trabajo, organización de equipos, modelos de fabricación, etc.
- *Sector profesional*, sobre condiciones de trabajo, selección y contratación de personal, política de ascensos, fijación de jornada, despidos, etc.
- *Sector social*, que comprende las llamadas «obras y servicios sociales».

IV. TITULARIDAD DEL PODER DE GESTIÓN EN LA EMPRESA

1. CRITERIOS

La empresa, en cuanto conjunto organizado, exige un órgano supremo de gestión, investido de las facultades necesarias para dar órdenes e instrucciones y hacerse obedecer.

Ahora bien, *¿quién es el titular* de los poderes o facultades de gestión y mando?.

La respuesta resulta fácil en el orden sociológico y económico, pero el jurista ha de distinguir entre *titularidad del poder y ejerci-cio del poder*: el director o directivo ejerce el poder de gestión y sus derivados, unas veces como titular y otras veces, como representante, *nombrado* por su titular, con lo que quien manda, *en Derecho*, es quien puede realizar dicho nombramiento o revocarlo; en consecuencia, hay que preguntarse quien es *el ti-tular de la jefatura suprema* de la empresa.

Ante esta cuestión, en la política social, pueden registrarse tres posiciones principales, a saber:

a) En la primera, *el poder de decisión se atribuye al capital*, ya sea aportado por particulares, ya sea aportado por el Estado. En Occidente ha sido la respuesta clásica, que se ha considerado conforme con la naturaleza de las cosas.

b) En la segunda, *el poder de decisión se quiere atribuir en exclusiva al trabajo*; El capital quedaría como un elemento ins-trumental de la empresa, y su propietario, si no tuviese más título que el de propiedad, estaría fuera, de dicha empresa, vinculado por una relación de crédito. La gestión de la empresa sería *autogestión*; el gerente, un representante del personal, y en este personal entrarían tanto los *trabajadores subordinados en su función como los administradores y directivos de la empresa*.

c) En la tercera, se busca una vía media, por la que los *aportadores de capital y los aportadores de trabajo*

participen simultáneamente en la gestión, con los que se ofrecen los distintos sistemas de *gestión conjunta o cogestión*.

Los proyectos favorables a la participación del personal se suelen combatir con argumentos jurídicos y con argumentos de hecho, invocando, por ejemplo, la mala preparación cultural y técnica del trabajador. Parece que ninguno de ellos es concluyente. Basten los siguientes ejemplos y consideraciones.

1.1. Propiedad y gestión

El aportador del capital –se afirma– ha de ser también dueño para decidir en la empresa, pues la propiedad implica la facultad de disposición. Este argumento *confunde capital con empresa*, de la que dicha aportación es sólo una parte, pues en la empresa entran también las prestaciones de servicios por tanto, la propiedad sobre el trabajo de otras personas. *sólo se produce cuando el contrato de trabajo ha legitimado la cesión voluntaria por el trabajador de sus servicios; el contrato*, y no la propiedad del capital, será el título de los poderes de dirección sobre el trabajo del personal en la empresa.

1.2. Riesgo y gestión

El aportador del capital sufrirá el riesgo de la empresa, y, por tanto –se afirma–, debe estar facultado en Derecho para decidir. El argumento vuelve a ser válido en parte: pues, por un lado, en la empresa vinculada a una sociedad de capitales, la gestión y la responsabilidad ya se han separado de hecho, y, por otra parte, el trabajador al vincularse a una explotación asume un riesgo respecto de su futuro profesional.

1.3. Participación y cultura del trabajador

Menor entidad tiene la objeción habitual de la falta de preparación cultural del trabajador: ninguna ley fija un nivel mínimo de instrucción a los accionistas para reconocerles el derecho a adquirir acciones y a votar en las Juntas generales. En fin, en cualquier caso, la posición jurídica constitucional española obliga a dar entrada a ciertas formas comunitarias y democráticas de la empresa (CE, art. 129.2).

2. FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN

2. 1. Criterio político–jurídico

En la letra de la Ley, era más avanzada la idea de participación en el Derecho autoritario anterior que en la etapa democrática actual.

Hoy día, el Estado asume los valores *sociales y democráticos* y como tal ha de dar participación a la sociedad y a sus grupos en sus estructuras y en sus competencias. Pero es difícil saber si de ahí se sigue una igual redistribución de las funciones y facultades en los entes privados. Las organizaciones económicas se forman y viven en la esfera de la libertad individual. Una de ellas, la empresa. Y está claro que la ordenación de la empresa es atribución, garantizada constitucionalmente, del empresario. El personal tiene abierta constitucionalmente la participación en los grados y sectores que ofrece la Ley ordinaria, pero la regla constitucional es una directriz o criterio; llega hasta donde fijen los términos de la Ley que establezca la participación pero no podrá trabar la libre decisión en el *sector económico* del empresario.

En un plano estrictamente jurídico–positivo, el examen de la realidad histórico–social regulada por el actual Derecho español de las empresas, revela que la supeditación del trabajador a las decisiones del aportador del capital no tiene más fundamento que el propio contrato de trabajo en su forma clásica.

V. LA COGESTIÓN

1. CONCEPTO

La cogestión propiamente dicha no se da cuando el trabajador participa en la administración de la empresa a título de aportador de capital o accionista o, en general, a título de socio. La cogestión debe referirse exclusivamente a los casos en que participan en la gestión de empresa, junto a los representantes del capital, los representantes del personal en cuanto tal.

El derecho de cogestión es, así, el derecho del personal a participar en la gestión de la explotación junto al titular de dicha explotación. Hay que tener presente que el subordinado es el trabajador individual como, mientras que el titular del derecho de cogestión es, siempre, el *personal*, entidad colectiva, no cada trabajador en particular.

2. CLASES

El derecho de participación puede tener un contenido más o menos extenso, según el sector y el grado en que se ejerza. La doctrina suele hablar, al respecto, de:

a) *Extensión*

Cogestión *total*, que alcanza a los cuatro sectores de la empresa, y cogestión *parcial*, limitada a alguno o algunos de dichos sectores. La competencia del personal a intervenir se reconoce con cierta facilidad para los sectores profesional y social; con dificultades en el plano técnico, y con grandes resistencias y cautelas en el económico.

b) *Grados*

La doctrina alemana, en base a su legislación, ha formulado la siguiente sistemática clasificación: derecho de información; derecho de discusión; derecho de deliberación o consulta; derecho de colaboración en la aplicación de las medidas acordadas, y, en fin, el príncipe de los derechos, o *derecho de decisión*, en su doble forma de *derecho de veto* (paralizando la decisión adoptada unilateralmente por el empresario capitalista) y *derecho de participar en la formación de la propia decisión*.

c) *Sistemas*

Las leyes ordinarias fijan las funciones y los grados de la participación del personal en la empresa privada. Unas veces el *sistema es de integración*: los representantes del personal forman parte, junto con los del capital, en los mismos órganos de gobierno; otras veces, el *sistema es de cooperación*: los órganos del personal están en la empresa, pero no en la sociedad; se complementan o contrapesan, pero no se unifican orgánicamente.

Dcho. Del Trabajo pág. 47